

**ONTWERP VAN DECREET TOT WIJZIGING VAN DE WET VAN 30 APRIL
1999 BETREFFENDE DE TEWERKSTELLING VAN BUITENLANDSE
WERKNEMERS, HET DECREET HOUDENDE SOCIAALRECHTELIJK TOEZICHT
VAN 30 APRIL 2004 EN HET DECREET VAN 22 DECEMBER 2017
HOUDENDE EEN PREMIE OM DE TRANSITIE VAN WERKZOEKENDEN NAAR
ONDERNEMERSCHAP TE STIMULEREN**

Samenvatting

Het voorliggend voorontwerp van decreet voorziet in een wijziging van artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. De bepaling inzake ketenaansprakelijkheid wordt geoptimaliseerd om constructies die als doel hebben de verantwoordelijkheid bij illegale tewerkstelling van buitenlandse werknemers te ontlopen tegen te gaan. Deze optimalisatie wordt doorgevoerd in het licht van onder meer het dossier Borealis. In geval van oneigenlijke detachering, waarbij de gedetacheerde werknemer niet beschikt over een rechtsgeldig verblijf in het zendland, is er sprake van illegale tewerkstelling en kan Vlaanderen hiertegen optreden omdat dit een exclusieve bevoegdheid is. Momenteel kan reeds elke schakel – van laatste onderaannemer tot aan de opdrachtgever - worden aangesproken voor inbreuken illegale tewerkstelling op de werf, doch wordt deze uitgehold door de huidige bepalingen en dringt een optimalisatie zich op.

Daarnaast worden de bepalingen met betrekking tot de beroepsprocedure (artikel 9 en 10 van voormelde wet) in lijn gebracht met de praktijkervaring van het Departement Werk en Sociale Economie en de toekomstige digitalisering door de verdere operationele uitrol van het loket "working in Belgium", met oog voor de bescherming van de rechten van verdediging van de buitenlandse werknemer.

Ter voorkoming van misbruiken worden er ook wijzigingen doorgevoerd aan enkele sanctiebepalingen zodat de gevolgen bij overtredingen in overeenstemming worden gebracht met het huidig regelgevend kader.

De Europese en buitenlandse au pair jongeren worden opgenomen in het decreet private arbeidsbemiddeling door een uitbreiding van de definitie van werknemer.

Ten slotte worden in het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren een aantal bepalingen ingevoerd met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMENE TOELICHTING

A. Situering

1. Wijziging van artikel 12/4 van de Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers

De Vlaamse Regering heeft zich voorgenomen om misbruiken bij 'oneigenlijke detachering' van derdelanders in de toekomst tegen te gaan, op te sporen en te sanctioneren. Zowel op het vlak van uitbuiting als van constructies die als doel hebben verantwoordelijkheid te ontlopen, wordt een nultolerantie gehanteerd.

Eén van de voorgestelde maatregelen is de optimalisatie van de bepalingen inzake ketenaansprakelijkheid bij illegale tewerkstelling bij onderaanneming. Momenteel kán in principe reeds elke schakel – van laatste onderaannemer tot aan de opdrachtgever - worden aangesproken voor inbreuken illegale tewerkstelling op de werf, doch wordt deze ketenaansprakelijkheid vandaag vaak uitgehold en dringt een optimalisatie zich op.

Het Vlaamse Gewest is bevoegd voor de materie economische migratie en het sanctioneren van inbreuken m.b.t. illegale tewerkstelling.

2. Wijziging van artikel 9 en 10 (beroepsprocedure), artikel 12, §1 en artikel 12/3, §1, eerste lid van de wet van 30 april 1999 (sanctiebepalingen)

Er worden wijzigingen doorgevoerd aan de beroepsprocedure in functie van de praktijkervaring van het Departement Werk en Sociale Economie, in het licht van de verdere operationele uitrol van het uniek loket "Working in Belgium" en met oog voor de bescherming van de rechten van verdediging van de buitenlandse werknemer.

Daarnaast wordt er ook gesleuteld aan de sanctiebepalingen zodat de gevolgen bij overtredingen in overeenstemming worden gebracht met het huidig regelgevend kader.

3. Wijziging van het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren

In het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren worden een aantal bepalingen ingevoerd met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

4. Wijziging van het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling

De Europese en buitenlandse au pair jongeren worden opgenomen in het decreet private arbeidsbemiddeling door een uitbreiding van de definitie van werknemer.

B. Inhoud

Probleemstelling en omgevingsanalyse

Wijziging van artikel 12/4 van de Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers

Derdelanders die wettig verblijven in een EER-lidstaat, kunnen via detachering via hun Europese werkgever prestaties verrichten in een andere EER-lidstaat, in opdracht van de Europese werkgever. Op die manier verkrijgen ze tijdelijk toegang tot de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat zonder enige voorafgaande toelating tot arbeid.

Uit onderzoek naar detacheringen door het Departement Werk en Sociale Economie¹ blijkt dat Vlaamse ondernemingen vaak gebruik maken van detacheringen. Het vrij verkeer van diensten is ook één van de pijlers van de Europese Unie en trekt ook economische meerwaarde voor Vlaanderen aan. 160.000 gedetacheerden zijn op dit moment aan de slag in Vlaanderen, naast de 13.000 economische migranten die via gecombineerde vergunning of arbeidskaart in Vlaanderen aan de slag zijn. Vlaamse bedrijven gebruiken beide systemen ook door elkaar.

Een detachering die volgens de regels verloopt kan een competitief voordeel opleveren en is op zich niet problematisch (dankzij de arbeidsrechtelijke garanties van Europa). Echter wanneer de voorwaarden van EER-detachering niet worden nageleefd (bv. plaatselijke loonnormen worden niet gerespecteerd), leidt dit tot sociale dumping en oneerlijke concurrentie. Het wordt voor een Vlaams bedrijf immers veel interessanter om een (goedkopere) arbeidsmigrant via detachering tewerk te stellen.

In verschillende dossiers zien we het terugkomend fenomeen van "oneigenlijke detachering" van derdelanders: een derdelander (bv. Brazilië, Oekraïne) voert in dienst van een Europese werkgever (bv. Portugal, Polen) prestaties uit in België, terwijl de derdelander niet beschikt over een geldig verblijf of toelating tot arbeid in de lidstaat van de werkgever. Het bewijs van onderwerping aan de sociale zekerheid in die lidstaat werd vervalst. Tijdens verschillende recente controles werd op die manier illegale tewerkstelling vastgesteld, vermomd als Europese detachering.

Verschiede dossiers, waaronder het Borealis-dossier, tonen aan dat er in alle sectoren een potentieel gevaar is van uitbuiting en misbruik en de inspectiediensten niet altijd de juiste en voldoende instrumenten in hand hebben om performant op te treden.

¹ <https://www.vlaanderen.be/publicaties/intra-eu-detachering-in-het-vlaams-gewest-een-analyse-van-de-data-uit-limos-a-2010-2020>

De circuits lopen via een alsmaar groter kluwen van lidstaten en constructies, zodat het langer duurt en complexer wordt om alles te verifiëren en te bewijzen. Er wordt gebruik gemaakt van ketens met vele onderaannemers. Wanneer er inbreuken worden vastgelegd, leggen bedrijven dan ook regelmatig de verantwoordelijkheid bij hun onderaannemer.

Beleidsmaatregelen en doelstelling

1. Wijziging van artikel 12/4 van de Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers

Om misbruiken bij detachering in de toekomst verder tegen te gaan wordt voorgesteld om de bepalingen inzake ketenaansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling door (onder)aannemers te optimaliseren, om zo constructies die als doel hebben verantwoordelijkheid te ontlopen tegen te gaan.

Er wordt voorgesteld om de inbreuken waarvoor de aansprakelijkheid voor de rechtstreekse contractant geldt uit te breiden. In de huidige bepalingen wordt telkens verwezen naar "een inbreuk als vermeld in artikel 12/2". Dit is echter geen volledige verwijzing, gezien dit artikel betrekking heeft op het niet vooraf nagaan of de werknemer beschikt over een geldige verblijfsvergunning en op het niet beschikbaar houden van een afschrift van de verblijfsvergunning voor de bevoegde inspectiediensten. De inbreuk inzake illegale tewerkstelling wordt echter bepaald in artikel 12/1, paragraaf 1, van voormelde wet.

Daarnaast doen sommige aannemers ook een beroep op illegale zelfstandigen. Om dit te voorkomen wordt voorgesteld de aansprakelijkheid ook uit te breiden naar de inbreuk vermeld in artikel 22, 1° van het decreet van 15 oktober 2021 over de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten door buitenlandse onderdanen, zijnde het uitoefenen van een zelfstandige beroepsactiviteit zonder toegelaten of gemachtigd te zijn tot een verblijf van meer dan drie maanden of tot vestiging in België.

Momenteel kán in principe reeds elke schakel – van laatste onderaannemer tot aan de opdrachtgever - worden aangesproken voor inbreuken illegale tewerkstelling op de werf, doch wordt deze vandaag in de praktijk vaak uitgehold.

De huidige bepalingen laten immers toe om via een eenvoudige contractuele clause de aansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling door de rechtstreekse contractant uit te sluiten. We stellen daarom voor om deze ontsnappingsclause aan te vullen met de verplichting voor de onderneming om een gepaste zorgvuldigheid te betrachten wanneer zij beroep doen op een (onder)aannemer, zoals dit ook wordt bepaald in artikel 9, derde lid van Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen

inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. De onderneming dient zich dus als een voorzichtige en redelijke onderneming te gedragen. Hieraan voldoet men door de rechtstreekse (onder)aannemer een aantal gegevens of documenten te laten aanbrengen. Op die manier is de onderneming verplicht om de aanwezigheid van een aantal elementen te controleren, zodat er een bijkomend toezicht oog is tegen uitbuiting en misbruiken. De Vlaamse Regering zal een checklist opstellen met de concrete gegevens die de onderneming zal moeten laten aanbrengen om aan te tonen dat zij de gepaste zorgvuldigheid heeft betracht. Dit decreet voorziet hierin een decretale grondslag. Dit zowel op vlak van het type gegevens dat (desgevallend) aangebracht wordt als een bijhorende GDPR-bepaling. Het zal hier bijvoorbeeld gaan over de documenten die noodzakelijk zijn voor de tewerkstelling van derdelanders, zoals een geldige verblijfsvergunning en/of een arbeids- of beroepskaart, een limosa-melding,.. Deze lijst en de manier waarop deze documenten worden aangebracht, zal worden opgesteld in samenspraak met de sectoren. Het uitvoeringsbesluit waarin deze lijst en de aanbrengingsmodaliteiten worden opgenomen zal voorgelegd worden aan de Vlaamse Regering alvorens er een definitieve goedkeuring volgt van dit (voor)ontwerp van decreet. Dit laat de decreetgever toe om op basis van het overleg met de sectoren het decreet verder te verfijnen zowel op het vlak van het type gegevens dat (desgevallend) aangebracht kan worden als de bijhorende GDPR-bepaling.

Wanneer de onderneming vaststelt dat de aan te brengen gegevens niet aanwezig zijn, moet hij zijn rechtstreekse aannemer hierover aanspreken en hem verzoeken deze alsnog aan te brengen. Gaat deze laatste niet in op dit verzoek, brengt de aannemer of intermediaire aannemer inspectie hiervan op de hoogte.

Het is geenszins de bedoeling dat de onderneming de rechtsgeldigheid van de overgemaakte gegevens onderzoekt en hierbij in de plaats treedt van de bevoegde inspectiediensten. Indien de noodzakelijke gegevens aanwezig zijn, of – indien de gegevens niet aanwezig zijn – inspectie werd verwittigd, heeft de onderneming de gepaste zorgvuldigheid betracht en zal hij niet langer aansprakelijk kunnen worden gesteld.

De Vlaamse Regering bepaalt, in overleg met de sectoren, ook de modaliteiten van het laten aanbrengen van de gegevens. De gegevens zullen moeten worden aangebracht voor de aanvang van de samenwerking met de rechtstreekse contractant. Het is niet noodzakelijk dat nadien nog wordt geverifieerd of deze gegevens nog steeds aanwezig zijn: het betreft dus een momentopname.

Voor de optimalisatie van de ketenaansprakelijkheid bij illegale tewerkstelling zal de Vlaamse Regering er voor opteren om de bijkomende administratieve stappen die de ondernemingen dienen te zetten te herleiden tot het absolute minimum. Deze werkwijze wordt afgetoetst met de sectoren.

Het uitvoeringsbesluit waarin deze lijst en de aanbreningsmodaliteiten worden opgenomen zal voorgelegd worden aan de Vlaamse Regering alvorens er een definitieve goedkeuring volgt van dit (voor)ontwerp van decreet. Dit laat de decreetgever toe om op basis van het overleg met de sectoren het decreet verder te verfijnen zowel op het vlak van het type gegevens dat aangebracht kan worden als de bijhorende GDPR-bepaling.

Voor opdrachtgevers, aannemers buiten het kader van onderaanneming en onrechtstreekse onderaannemers geldt de voorwaarde dat men voorafgaand op de hoogte moet zijn van de illegale tewerkstelling door een (onder)aannemer alvorens men aansprakelijk kan worden gesteld. Er wordt bepaald dat het bewijs van dergelijke kennis een schriftelijke kennisgeving door de sociaalrechtelijke inspecteurs kan zijn. Hoewel dit niet wordt vereist doet deze bepaling vermoeden dat een kennisgeving door inspectie noodzakelijk is om aan te tonen dat de onderneming op de hoogte was van de illegale tewerkstelling. We stellen daarom voor om deze bepaling te herformuleren zodat het duidelijk is dat ook andere bewijsstukken door inspectie voldoende zijn om de opdrachtgever of onrechtstreekse aannemer aansprakelijk te kunnen stellen. Het betreft hier de bewijsmiddelen die de bevoegde inspectiediensten kunnen aanwenden op basis van hun bevoegdheden, vastgelegd in het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht (Vlaamse Sociale Inspectie) en in het Sociaal Strafwetboek (federale inspectie).

Er wordt louter en alleen beoogd om de malafide aannemer te treffen, niet om alle aannemers hogerop in de keten of de opdrachtgever te viseren. Hierbij wordt op zoek gegaan naar de effectieve schuldige(n). Of een onderneming mede aansprakelijk is voor de inbreuk zal door inspectie moeten worden bewezen. Dit zal geval per geval worden beoordeeld. Het zal de combinatie van verschillende factoren zijn die de schuld van een onderneming moet aantonen.

Vervolgens zal ook de rechter (in geval van strafrechtelijke vervolging) of de cel administratieve geldboeten nog moeten oordelen of er voldoende bewijs is om een opdrachtgever of aannemer aansprakelijk te kunnen stellen. Hierbij speelt uiteraard steeds het vermoeden van onschuld.

2. Wijziging van artikel 9 en 10 (beroepsprocedure), artikel 12, §1 en art. 12/3, §1, eerste lid van de wet van 30 april 1999 (sanctiebepalingen)

De bepalingen met betrekking tot de beroepsprocedure (artikel 9 en 10) worden in lijn gebracht met de praktijkervaring van het Departement Werk en Sociale Economie, de toekomstige digitalisering door de verdere operationele uitrol van het loket "working in Belgium" en met oog voor de bescherming van de rechten van verdediging van de buitenlandse werknemer.

Ter voorkoming van misbruiken worden er ook wijzigingen doorgevoerd aan enkele sanctiebepalingen (uitbreiding art. 12, §1 en wijzigingen aan art. 12/3, §1, eerste lid) zodat het huidig regelgevend kader beter aansluit op de gevolgen die hieraan gekoppeld worden bij overtredingen.

3. Wijzigingen van het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren

In het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren worden een aantal bepalingen ingevoerd met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens. Het gaat meer in het bijzonder om het bepalen van de verwerkingsverantwoordelijke, de categorieën van persoonsgegevens die verwerkt worden, de persoonsgegevens die uitgewisseld worden, wat er gecommuniceerd gaat worden naar de ondernemer en de bewaartermijn.

4. Wijziging van het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling

N.a.v. de zesde staatshervorming werd de materie met betrekking tot de tewerkstelling van buitenlandse werknemers opgesplitst: economische migratie is een gewestelijke bevoegdheid geworden. De tewerkstelling van buitenlandse werknemers die om een andere reden dan werk in België verblijven is echter federale bevoegdheid gebleven (FOD WASO).

Op het Overlegcomité van 25 november 2015 werd de bevoegdheid inzake au pairs niet toegewezen. Voor de prestaties van au pair jongeren in het gastgezin was het onduidelijk of ze beschouwd kunnen worden als:

- a) prestaties als economisch migrant waardoor de gewesten bevoegd zijn;
- b) prestaties van een buitenlandse onderdaan die zich in een specifieke verblijfssituatie bevindt (in kader van culturele uitwisseling) waardoor de federale overheid bevoegd is.

In afwachting bleven de bestaande regels van toepassing. Buitenlandse au pair jongeren uit derde landen verkrijgen verblijfsrecht op basis van een arbeidskaart B die door het gewest afgeleverd wordt aan het gastgezin. De Raad van State heeft in eerdere adviezen de dualiteit van het statuut au pair erkend, en stelt tegelijkertijd dat de betrokken overheden zo snel mogelijk een beslissing dienen te nemen over de bevoegdheid inzake au pairs, gezien de overgangssituatie slechts een tijdelijke oplossing kan zijn.²

² Zie o.m. Adv.RvSt 59.975/1 van 3 oktober 2016: *Ermee rekening houdend dat de bijzondere wetgever niet heeft bepaald wat in artikel 6, § 1, IX, 3° en 4° BWHI moet worden verstaan onder "de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen", wat een doorslaggevend criterium is om uit te maken of de normering van de tewerkstelling in een bepaalde situatie behoort tot de federale dan wel tot de*

Anno 2023 is de situatie voor de au pairs nog niet uitgeklaard en zijn de (oude) federale regels van 1999 nog steeds van kracht:

- au pairs uit derde landen verkrijgen een verblijfsrecht op basis van een arbeidskaart B (geen gecombineerde vergunning). Deze arbeidskaart wordt afgeleverd op basis van prestaties onder gezag buiten de arbeidsovereenkomst (art. 3, eerste lid, 1° wet 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers). Derdelandse au pairs verrichten deze prestaties binnen een duidelijk wettelijk kader (art. 24 e.v. van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers). Inbreuken worden gesanctioneerd door artikel 175 Sociaal Strafwetboek.
- Europese au pairs zijn vrijgesteld van arbeidskaart B en verkrijgen een verblijfsrecht in België op basis van het Europees vrij verkeer. Hierdoor heeft de sociale inspectie geen zicht op de aantallen en mogelijke misbruiken bij de inschakeling van Europese au pairs in Belgische gastgezinnen.

In meer dan één derde van de gecontroleerde au-pairdossiers door de Vlaamse Sociale Inspectie worden inbreuken vastgesteld. Het is positief dat de Vlaamse Sociale Inspectie kan optreden in deze dossiers. Echter, gezien de enige vorm van regulering van het au pairschap in de regelgeving economische migratie ligt, is de controle beperkt tot au pairs uit derde landen waarvoor een arbeidskaart B wordt afgeleverd.

Op de Interministeriële Conferentie (IMC) Migratie is een akkoord bereikt over de bevoegdheid inzake au pairs:

- Een au pair wordt gedefinieerd als een werknemer, van vreemde nationaliteit, tussen 18 en 26 jaar oud, die in België tijdelijk wordt opgevangen in een gezin met als doel de taalvaardigheid en kennis van het land te verbeteren, en er licht huishoudelijke werk uit te voeren en in te staan voor de verzorging van de kinderen in ruil voor een salaris.
- Voor de au pair werknemer wordt een functieomschrijving toegevoegd aan de lijst van referentiefuncties in de Collectieve Arbeidsovereenkomst van het paritair comité 323.

gewestelijke bevoegdheid, kan worden aangenomen dat in bepaalde gevallen, zoals te dezen, voor die bevoegdheidstoewijzing noodzakelijkerwijs een grondige afweging moet worden gemaakt van alle op een bepaalde situatie betrokken werk- en verblijfsgerelateerde aspecten, en dat in afwachting daarvan, bij wijze van overgangsmaatregel, er wordt geopteerd voor het behoud van de bestaande (federale) regeling. Ter wille van de, ook voor de regeling voor au pair-jongeren, vereiste overeenstemming met artikel 6, § 1, IX, 3° en 4° BWHI, staat het echter aan de betrokken overheden om zo spoedig als mogelijk de voornoemde afweging te maken en dienvolgens, indien nodig, de gepaste wetgevende initiatieven te nemen.

- Om als gastgezin een au pair in huis te nemen, moet deze aanstelling voldoen aan:
 - a) de voorwaarden inzake het uitvoeren van een programma van culturele uitwisseling vastgesteld in de arbeidsovereenkomst;
 - b) de loon- en arbeidsvoorwaarden verbonden aan de specifieke functieomschrijving van au pair jongere, daartoe opgesteld door het paritair comité;
- De regionale overheid kan bepalen dat de overeenkomst tot tewerkstelling van een au pair enkel mogelijk is via een erkende derde partij, die optreedt als werkgever;
- De minister van Werk kan het advies inwinnen van de Adviesraad voor de tewerkstelling van buitenlandse werknemers om de arbeidsvoorwaarden te verduidelijken;
- Enkel een au pair overeenkomst die aan deze voorwaarden voldoet, geeft recht op een verblijf. Een au pair overeenkomst die aan deze voorwaarden voldoet, voldoet aan de voorwaarde van het uitoefenen van een voldoende activiteit, voor een inschrijving als Unieburger;
- Omdat het om een tewerkstelling gaat met een absolute beperking in de tijd, wordt met betrekking tot een au pair overeenkomst die aan deze voorwaarden voldoet onderzocht of deze vrijgesteld kunnen worden van bepaalde sociale bijdragen;
- Met betrekking tot een au pair overeenkomst die aan deze voorwaarden voldoet wordt onderzocht of de lonen of bijdragen ervan fiscaal aftrekbaar gemaakt kunnen worden in overeenstemming met de doelstellingen van gelieerde maatregelen, met name de regionale sectorale bijdragevermindering voor dienstboden (VL) of de belastingvermindering voor een huisbediende (WIB art 145);
- Voor de erkenning van de diensten die de controle uitoefenen op het gastgezin, op het omstandigheden van verblijf en op de uitbetaling van de vergoeding, is de regionale Minister van Sociale Economie de bevoegde minister.

Door dit akkoord kan de au pair jongere gelijkgesteld worden aan werknemer in toepassing van het decreet private arbeidsbemiddeling. Er wordt één regelgevend kader gecreëerd dat van toepassing is op zowel de Europese en buitenlandse au pairs.

Het plaatsen van au pairs is enkel nog mogelijk door tussenkomst van een erkend au pair-bureau dat optreedt als juridische werkgever en fungeert als een uitzendbureau. Het gastgezin is de gebruiker die het werkelijke gezag uitoefent. Hierdoor wordt een driepartijenrelatie gecreëerd tussen de jonge au pair, het gastgezin en het au-pairbureau. Op grond van artikel 8 van het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling kan de Vlaamse Regering bepalen voor welke sectoren een afzonderlijke erkenning als uitzendbureau vereist is en daartoe de nadere regels bepalen. Via een besluit van

de Vlaamse Regering zal de afzonderlijke erkenningsplicht voor het plaatsen van au pairs en de specifieke voorwaarden daartoe worden bepaald.

Door deze aanpassing in het decreet private arbeidsbemiddeling worden au pairs beter beschermd:

- Au pairs leveren prestaties binnen een duidelijk arbeidsrechtelijke context. Deze context wordt verder uitgewerkt door de federale overheid;
- De plaatsing van de au pair verloopt verplicht via een erkend plaatsingsbureau. Een professioneel bureau treedt op als juridische werkgever binnen de driepartijenrelatie bureau-gastgezin-au pair. Een plaatsing in het kader van private arbeidsbemiddeling garandeert dat de grenzen van de tewerkstelling en de verplichtingen inzake culturele uitwisseling binnen het gastgezin gerespecteerd worden;
- Sociale inspectiediensten hebben zicht op het plaatsen van au pairs via de daartoe erkende bureaus, en dit ongeacht de nationaliteit van de au pair jongere. Via sociale inspectiediensten kan beter opgetreden worden tegen misbruiken, ongeacht de nationaliteit van de au pair jongere..

Dit regelgevend initiatief sluit aan bij het bestaande advies "au pair" van 28 juni 2018 van de Adviescommissie Economische Migratie (SERV) waarbij de volgende uitgangspunten essentieel zijn voor de sociale partners:

"(1) Elke au pair, Europese en niet-Europese, moet gekend zijn bij inspectie;
(2) De plaatsing van de au pair jongere moet gebeuren via een derde partij. De au pair kan niet rechtstreeks door een gastgezin worden tewerkgesteld. Deze derde partij moet de professionele deskundigheid hebben om jongeren, zonder sociaal netwerk in dit land, te plaatsen;
(3) Het aspect cultuur mag niet verloren gaan omdat het au pair statuut kansen geeft aan een ruime groep - inclusief laaggeschoolde - buitenlandse jongeren om andere culturen te leren kennen." (SERV, advies "au pair" 28 juni 2018, p. 3).

Impactanalyse

JoKER/ Kind- en jongereneffectrapport

Niet van toepassing.

Armoedetoets

Niet van toepassing.

Impact op lokale en provinciale besturen

Er is geen bestuurlijke impact op de lokale en provinciale besturen.

Implementatie

Het toezicht en de controle op de uitvoering van dit ontwerp van decreet verloopt overeenkomstig het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht van 30 april 2004.

Overeenkomstig artikel 6, §1, IX, 3° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot de hervorming der instellingen is de controlebevoegdheid inzake de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten een gedeelde bevoegdheid, wat betekent dat de vaststelling van de inbreuken eveneens kan worden verricht door de daartoe door de federale overheid gemachtigde ambtenaren.

Dit decreet treedt in werking op de tiende dag na de publicatie in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van artikelen 6 en 7, 3°, die in werking treden op een datum die de Vlaamse Regering bepaalt.

Er worden geen overgangsbepalingen voorzien. De nieuwe bepalingen zijn van toepassing vanaf de inwerkingtreding van het decreet.

C. Totstandkomingsprocedure

Het bijgaande voorontwerp van decreet werd onderworpen aan:

- het taal- en wetgevingsadvies nr. 2022/423 van 25 november 2022;
- het advies van de inspectie van financiën van 17 november 2022;
- het advies van de SERV (Adviescommissie Economische Migratie) van 19 december 2022;
- het advies van de Vlaamse Toezichtcommissie nr. 2023/001 van 17 januari 2023;
- het advies van de Raad van State nr. 73.156/1 van 23 maart 2023;
- het advies nr. 92/2023 van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 17 mei 2023.

Het ontwerp van decreet werd principieel goedgekeurd op 9 december 2022 (VR 2022 0912 DOC. 1361) en op 17 februari 2023 (VR 2023 1702 DOC. 0170).

Repliek op de ingewonnen adviezen

1. Het advies van de SERV (Adviescommissie Economische Migratie)

Naast het ontwerp van decreet gaat dit advies ook in op de eerder door de minister geformuleerde visie op illegale tewerkstelling. Aangezien deze punten geen betrekking hebben op het voorliggend ontwerp van decreet, worden deze in onderstaande repliek niet meegenomen.

a) Preventieve acties

De sociale partners merken op dat de memorie van toelichting nu enkel melding maakt van een dialoog met sectoren met betrekking tot de acties en vragen dat de adviescommissie economische migratie ook wordt betrokken. Concreet zien zij

de preventieve acties als een interprofessionele sokkel na advies van de adviescommissie economische migratie, eventueel sectoraal aangevuld op voorstel van de sectorale sociale partners in overleg met de Vlaams Sociale Inspectie (VSI). De sociale partners merken daarnaast op dat het duidelijk moet zijn welke concrete preventieve acties precies worden verwacht om te voldoen aan de zorgvuldigheidsplicht en dat deze acties moeten overeenstemmen met wat volgens de privacy- en andere wetgeving mag en kan qua controle. Het moet ook duidelijk zijn wat de werkgevers van de VSI kunnen verwachten qua ondersteuning.

Naar aanleiding van de opmaak van het Uitvoeringsbesluit dat de aan te brengen elementen zal vastleggen werd de adviescommissie economische migratie betrokken. Daarnaast werden op 21 december en 22 december 2022 overlegmomenten georganiseerd met zowel de werkgevers- als de werknemersorganisaties waarbij het ook mogelijk was om na de overlegmomenten input en feedback te bezorgen.

De concrete acties om te voldoen aan de zorgvuldigheidsplicht worden uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit. Bij de opmaak van dit besluit zal rekening worden gehouden met de privacy- en andere reglementering. Het Uitvoeringsbesluit zal ook voor advies worden voorgelegd aan de Vlaamse Toezichtcommissie.

b) Afstemming met het federale en het Europese niveau

De sociale partners stellen dat er ook afstemming met het federale en Europese niveau noodzakelijk is, zodat de principes die gehanteerd worden eenvormig en duidelijk zijn.

Er wordt gestreefd naar een gezamenlijke aanpak van misbruiken bij detachering. Het is dus zeker de bedoeling om de aanpak af te stemmen met het federale niveau (op 13 en 26 januari 2023 werden er overlegmomenten georganiseerd met het federale niveau) en om afspraken te maken om de thematiek aan te kaarten in het kader van het Belgisch EU-voorzitterschap in 2024.

2. Het advies van de Vlaamse Toezichtcommissie (VTC)

De VTC is van oordeel dat het voorgelegde ontwerp van decreet voldoende waarborgen zou kunnen bieden wat de bescherming van persoonsgegevens van betrokkenen betreft, op voorwaarde dat daarin volgende elementen bijkomend worden geïmplementeerd:

a) Kwaliteit van de regelgevende grondslag

Voor de verwerking van de gegevens vermeld in artikel 6 en artikel 10 wordt als rechtvaardigingsgrond "voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust" vermeld. De VTC is eerder van oordeel dat de rechtvaardigingsgrond "noodzakelijk voor een taak van algemeen belang" aan de orde is aangezien het gaat om normaal dossierbeheer, en beveelt aan om dit aan te passen in de memorie.

De artikelsgewijze toelichting in de memorie werd in deze zin aangepast.

b) Het uitvoeren van een gegevensbeschermingseffectenbeoordeling

De VTC meent dat het uitvoeren van een gegevensbeschermingseffectenbeoordeling (GEB) verplicht zal zijn voor wat de Vlaamse Instanties betreft.

Op advies van de Data Protection Officer van het Departement Werk en Sociale Economie wordt er een GEB ingepland voor deze maatregelen.

c) De juistheid van gegevens

Persoonsgegevens moeten juist zijn en zo nodig worden geactualiseerd. Het Ontwerp bevat geen bepalingen hierover. De VTC beveelt aan dat de verwerkingsverantwoordelijke hiertoe de nodige maatregelen neemt.

De verwerkingsverantwoordelijke staat conform artikel 5.1, d), van de AVG in voor de juistheid en actualisering van de verwerkte gegevens en informeert de betrokkenen vooraf over de verwerking van hun persoonsgegevens conform artikel 13 en 14 AVG en over hun rechten op basis van artikelen 15 tot en met 22 AVG. Dit hoeft niet in het ontwerp van decreet te worden opgenomen, aangezien het een verplichting betreft die de AVG zelf oplegt aan elke verwerkingsverantwoordelijke. Ter verduidelijking wordt dit wel opgenomen in de artikelsgewijze toelichting (art. 6 en 11) in de memorie van toelichting.

d) Transparantiemaatregelen

De VTC is van oordeel dat het aanbevolen is om het Ontwerp aan te vullen met de verplichting om de vermeldingen over de verwerking van persoonsgegevens op te nemen in de communicatie met de burger zodat de betrokkenen goed geïnformeerd worden over de verwerking van hun persoonsgegevens en het voor de betrokkenen duidelijk is wat hun rechten zijn en tot wie zij zich moeten richten voor de uitoefening van hun rechten.

Gelet op gegeven dat dergelijke bepaling een inbreuk zou vormen op het overschrijfverbod van de AVG en de opmerking van de Gegevensbeschermingsautoriteit hierover (*zie infra*) is het niet opportuun dergelijke bepaling toe te voegen. Artikel 13 van het ontwerp werd geschrapt.

3. Het advies van de Raad van State

Bevoegdheid

De Raad van State merkt op dat het toepassingsgebied van de samenwerkingsakkoorden van 2 februari 2018 en van 5 maart 2021, waarin de regels voor het gebruik van het gemeenschappelijk elektronisch platform zijn

bepaald, beperkt zijn tot de gecombineerde vergunning voor zowel toelating tot arbeid als verblijf. Ze hebben bijgevolg een ander toepassingsgebied dan het te wijzigen artikel 10 van de wet van 30 april 1999. De Raad stelt dat het niet aan één partij bij een samenwerkingsakkoord staat om het toepassingsgebied ervan, of van een op basis daarvan opgericht platform, eenzijdig te wijzigen. De aanneming van artikel 3, 1° en 3°, van het voorontwerp is dan ook voorbarig in de mate dat de toepasbaarheid van de ontworpen regeling afhangt van een nog te sluiten samenwerkingsakkoord. Het volstaat niet dat het sluiten van een samenwerkingsakkoord in het vooruitzicht wordt gesteld, te meer omdat de inwerkingtreding van de ontworpen bepalingen daar niet afhankelijk van wordt gesteld. Artikel 3, 1° en 3°, van het voorontwerp kan volgens de Raad dan ook geen doorgang vinden.

Het ontwerp van samenwerkingsakkoord dat het toepassingsgebied van het uniek loket uitbreid naar arbeidskaarten en beroepskaarten werd reeds geschreven door de regio's en de federale overheid. Binnenkort wordt het regelgevend traject opgestart waardoor deze bepalingen worden behouden.

Vormvereisten

De Raad van State merkt op dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet worden ingewonnen vooraleer het voorontwerp doorgang kan vinden.

Het advies van de GBA werd ingewonnen. De repliek werd hieronder opgenomen.

Artikel 4

De Raad beveelt aan de zinsnede "met behoud van de toepassing van artikelen 269 tot en met 274 van het Strafwetboek" te schrappen.

Strikt genomen is deze zinsnede inderdaad niet nodig maar door de opname ervan wordt de lijn gevolgd die de Vlaamse decreetgever destijds heeft uitgezet. De Vlaamse decreetgever heeft enkel willen aangeven dat deze bepalingen van het Strafwetboek van toepassing blijven. Daarom wenst de Vlaamse regering deze zinsnede te behouden.

De Raad merkt op dat het ontworpen artikel 12, §1, tweede lid van de wet van 30 april 1999 is vormgegeven als een opsomming, terwijl het artikel slechts uit één onderdeel bestaat. Deze opmerking geldt op overeenkomstige wijze voor het ontworpen artikel 13/2, § 2, tweede lid.

Dit werd aangepast in de ontwerptekst.

Artikel 6

De Raad merkt op dat de bedoeling om het ontworpen derde en zesde lid te laten samenvallen met de voorwaarde van het ontworpen tweede lid, 2°, duidelijker tot

uitdrukking moet worden gebracht. Ook in het ontworpen zevende lid dient te betrokken strafbepaling te worden verduidelijkt door de inleidende zinsnede weg te laten of te vervangen.

De bepalingen in de ontwerptekst werden in deze zin aangepast.

Hoofdstuk 4

Het ontworpen artikel 6/1 van het decreet van 22 december 2017 duidt het Departement aan als verwerkingsverantwoordelijke. Luidens artikel 87 van de BWHI is de regeling van de organisatie en werking van de administratie een zaak van de Vlaamse Regering. De Raad van State merkt bovendien op dat in de inleidende zin van artikel 10 moet worden verwezen naar "hoofdstuk 3/1, ingevoegd bij artikel 9" (niet: artikel 4).

De ontwerptekst werd aangepast. In het ontworpen artikel 6/1 wordt verwezen naar "de door de Vlaamse Regering aangewezen dienst".

Hoofdstuk 5

De Raad van State merkt op dat de ontworpen regeling inzake jonge au pairs kan worden aanvaard voor zover zij kan worden ingepast in de bevoegdheid van de gewesten inzake arbeidsbemiddeling, daargelaten het uit te klaren bevoegdheidsvraagstuk aangaande de jonge au pair.

Daarnaast merkt de Raad van State op dat de erkenningsregeling beschouwd moet worden als een vergunningsstelsel in de zin van de dienstenrichtlijn. Bijgevolg moet de ontworpen regeling worden getoetst aan deze richtlijn, waaronder aan artikel 8 (instellen van een vergunningsstelsel), artikel 10 (vergunningsvoorwaarden) en artikel 13 (erkenningprocedure).

Op de Interministeriële Conferentie Migratie en Integratie van 7 juli 2023 werd door de federale overheid het engagement aangegaan om een nieuw statuut te creëren voor au pair jongeren, waardoor zij beschouwd worden als werknemer en waarbij een functieomschrijving wordt toegevoegd aan de lijst van referentiefuncties in de CAO van het paritair comité 323.

Het voorstel is om de tewerkstelling van een au pair enkel mogelijk te maken via een erkend uitzendbureau, die optreedt als juridische werkgever. Het gastgezin is dan de gebruiker die het werkelijke gezag uitoefent. Uitzendactiviteiten worden als dienstverlening uitgesloten van de Europese Dienstenrichtlijn. Artikel 16 en 17 van het voorontwerp van decreet werden geschrapt.

4. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit (GBA)

Artikel 6

De autoriteit verzoekt om het begrip 'aanbrengen' nader te definiëren of te wijzigen (bv. door 'overmaken'). De concrete draagwijdte van de geïmplementeerde gegevensverwerkingen hangen immers in belangrijke mate af van de effectieve betekenis van 'draagwijdte' in deze context.

In eerste instantie moeten de gegevens inderdaad rechtstreeks door de onderaannemer aan de aannemer worden overgemaakt of bezorgd, zodat deze laatste de aanwezigheid ervan kan verifiëren. De Vlaamse Regering engageert zich echter om, in samenwerking met het federale niveau en de andere gewesten, toe te werken naar een gemeenschappelijk platform waarop de onderneming de aanwezigheid van deze gegevens op eenvoudige wijze kan nagaan. In dat opzicht werd gekozen voor de meer generieke term 'aanbrengen', zodat het aanbrengen van de gegevens in een platform hier ook onder kan vallen.

Daarnaast vraagt de GBA om de notie 'persoonlijke gegevens' nader te preciseren om te voldoen aan het beginsel van minimale gegevensverwerking overeenkomstig artikel 5.1.c. AVG en vereisten inzake voldoende nauwkeurigheid en voorzienbaarheid in hoofde van de betrokkenen.

De Autoriteit is in het licht van bovenstaande van oordeel dat de huidige tekst een te ruime delegatie aan de uitvoerende macht voorziet. Volledigheidshalve brengt de Autoriteit in herinnering dat ook elk uitvoeringsbesluit dat betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens ter advies moet worden voorgelegd.

Op grond van artikel 6.3 AVG volstaat het om het type/de categorie van persoonsgegevens decretaal te bepalen als essentieel element van de verwerking. In het ontworpen artikel 12/4, §1, derde lid wordt reeds gepreciseerd welke categorieën van gegevens moeten worden begrepen onder 'persoonlijke gegevens'. Zoals verduidelijkt in de artikelsgewijze toelichting in deze memorie zal het hier gaan over de documenten die noodzakelijk zijn voor de tewerkstelling van derdelanders, zoals een geldige verblijfsvergunning en/of een arbeids- of beroepskaart, een limosa-melding,.. De types van persoonsgegevens worden verder gespecificeerd in het uitvoeringsbesluit dat uitwerking geeft aan deze bepaling. Dit uitvoeringsbesluit zal ook ter advies worden voorgelegd.

De Autoriteit merkt op dat het ontworpen 11^e lid een inbreuk vormt op het overschrijfverbod van de AVG en stelt dat de betrokken passage geschrapt dient te worden.

Het ontwerp werd in deze zin aangepast.

Artikel 10 t.e.m. 14

De Autoriteit merkt op dat het ontworpen artikel 6/2 van het decreet van 22 december 2017 louter een ophijsting betreft van de categorieën van persoonsgegevens die door het departement kunnen worden verwerkt in kader van

zijn wettelijke opdracht. De feitelijke doeleinden die in casu worden nagestreefd situeren zich echter in hoofdstuk 2 van voormeld decreet. Het ontworpen artikel 6/1 dient overeenkomstig te worden gewijzigd.

Het ontwerp werd in deze zin aangepast.

Inzake de gegevensuitwisseling met de FOD Financiën is de Autoriteit van oordeel dat onvoldoende duidelijk is over welke fiscale gegevens het concreet zou gaan. Het verdient aanbeveling dit nader toe te lichten in het ontwerp (en idealiter bijkomend in de memorie van toelichting).

De fiscale fiche van de ondernemer werd in het ontwerp toegevoegd als categorie van persoonsgegevens die in het kader van de toekenning van de transitiepremie worden verwerkt. Het is enkel deze fiche die, met het oog op de belastingaangifte van de ondernemer, uitgewisseld wordt met de Federale Overheidsdienst Financiën.

Naar analogie met de opmerking in punt 19 van het advies stelt de Autoriteit dat het ontworpen artikel 6/4 het overschrijfverbod van de AVG schendt en geschrapt moet worden.

Het ontwerp werd in deze zin aangepast.

D. Bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest

Dit decreet regelt een gewestaangelegenheid.

II. Toelichting bij de artikelen

Artikel 1

Dit decreet regelt een gewestaangelegenheid. Het Vlaamse Gewest is bevoegd voor de materie economische migratie, het sanctioneren van inbreuken m.b.t. illegale tewerkstelling (art. 6, § 1, IX, 3° BWHI 8 augustus 1980) en voor de toekenning van premies aan uitkeringsgerechtigde werklozen die het werk hervatten of die een beroepsopleiding hebben gevolgd (art. 6, § 1, IX, 7°, c) BWHI 8 augustus 1980).

Artikel 2

Dit artikel vervangt het huidige artikel 9 van de wet van 30 april 1999.

Tegen een beslissing tot weigering of intrekking van de toelating tot arbeid kan momenteel enkel de buitenlandse werknemer met wettig verblijf in België en diens werkgever beroep aantekenen (artikel 9).

Voor toelatingen tot arbeid voor bepaalde duur kan in beginsel ook de buitenlandse werknemer beroep aantekenen. Het Vlaams economisch migratiebeleid is echter vraaggestuurd waardoor de werkgever (en niet de buitenlandse werknemer) een aanvraag indient tot het bekomen van een toelating tot arbeid van bepaalde duur en het bijgevolg aan de werkgever is om de beslissing tot weigering of intrekking van de toelating tot bepaalde duur aan te vechten middels een beroepsprocedure. Als een toelating tot arbeid wordt geweigerd of ingetrokken en de buitenlandse werknemer erin slaagt om de beslissing terug te draaien na de beroepsprocedure, kan de werkgever namelijk niet verplicht worden om de buitenlandse werknemer (opnieuw) in dienst te nemen. Om deze ongewenste situaties te vermijden, wordt de mogelijkheid voor de buitenlandse werknemer om beroep aan te tekenen tegen een beslissing met betrekking tot een toelating tot arbeid voor bepaalde duur geschrapt uit de regelgeving zodat deze bepaling aansluit bij het huidige beleid.

Voor toelatingen tot arbeid van onbepaalde duur beschikt ook de werkgever over de mogelijkheid om beroep aan te tekenen tegen een weigerings- of intrekkingbeslissing terwijl de buitenlandse werknemer de aanvraag indient teneinde een toelating tot arbeid voor onbepaalde duur te verkrijgen. Deze toelating houdt immers in dat betrokkene een onbeperkte toegang verkrijgt tot de arbeidsmarkt (bij een toelating tot arbeid voor onbepaalde duur is de tewerkstelling niet gelinkt aan één specifieke functie bij één specifieke werkgever in tegenstelling tot een toelating tot arbeid van bepaalde duur). Daarom wordt de bepaling in die zin aangepast dat alleen de buitenlandse werknemer beroep kan aantekenen tegen deze weigerings- of intrekkingbeslissing ongeacht waar hij verblijft. De voorwaarde om als buitenlandse werknemer over een wettig verblijf in België te beschikken om rechtsgeldig beroep aan te tekenen tegen een weigerings- of intrekkingbeslissing wordt geschrapt uit de regelgeving met oog op de bescherming van de rechten van verdediging. De beroepsprocedure is namelijk niet opschortend noch heeft dit tot gevolg dat zijn aanwezigheid op het grondgebied moet worden gedoogd in afwachting van de uitkomst van de beroepsprocedure. Deze aanpassing heeft bijgevolg geen ongewenst effect.

In de praktijk worden beroepen door mandatarissen (zijnde vertegenwoordigers van de werkgever: advocaten, boekhouders of andere personen die in naam en voor rekening van de werkgever handelen) wel aanvaard. Om deze reden wordt de bepaling uitgebreid door ook aan mandatarissen de juridische mogelijkheid te geven om beroep aan te tekenen tegen beslissingen tot weigering of intrekking van de toelating tot arbeid van bepaalde of onbepaalde duur.

Artikel 3

Dit artikel voert wijzigingen door aan artikel 10 van de wet van 30 april 1999. De beroepsprocedure dient te voldoen aan bepaalde vormvereisten die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (artikel 10).

Met oog op de toekomstige digitalisering van de aanvraag- en beroepsprocedures via het loket "working in Belgium" worden aanpassingen doorgevoerd aan het eerste lid van artikel 10 opdat de aanvraag- en beroepsprocedures ook via het elektronisch platform kunnen gecommuniceerd worden. In dat geval hebben de kennisgevingen via het elektronisch platform dezelfde juridische waarde als een aangetekend schrijven.

In het vierde lid wordt voorzien dat de Vlaamse Regering de andere nadere regels van de beroepsprocedure kan bepalen.

Er wordt een vijfde lid aan artikel 10 toegevoegd waarbij er ter duiding van het begrip "elektronisch platform" wordt verwezen naar artikel 40 van het samenwerkingsakkoord van 2 februari 2018 alsook de samenwerkingsakkoorden in uitvoering van voormeld artikel 40.

Artikel 4

In artikel 12, §1, eerste lid, worden de bedragen van de strafrechtelijke geldboete aangepast in lijn met de wijzigingen die worden doorgevoerd door het decreet tot wijziging van de toezichts- en handhabingsbepalingen in het beleidsdomein Werk en Sociale Economie, dat voor de tweede keer principieel werd goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 23 december 2022.

In artikel 12, §1, tweede lid van de wet van 30 april 1999 wordt een bijkomende sanctiebepaling toegevoegd. De werkgever is, overeenkomstig artikel 9 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 houdende uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, verplicht om de Dienst Economische Migratie van het Departement Werk en Sociale Economie te verwittigen indien hij de arbeidsovereenkomst van de buitenlandse werknemer verbreekt of een betekenisvolle wijziging aan de arbeidsvoorwaarden doorvoert dat gevolgen kan hebben op de afgeleverde toelating tot arbeid (bv. de aanpassing van een voltijds naar een deeltijds uurrooster). Tot op heden is er geen sanctiebepaling voorzien indien de werkgever zich moedwillig niet houdt aan deze verplichting. Vóór de zesde staatshervorming had de federale overheid (FOD WASO) wel een sanctiebepaling gekoppeld aan het niet nakomen van deze verplichting (oud art. 12, 2^o, d) van de wet van 30 april 1999).

De werkgever is verantwoordelijk voor de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer. Hij moet hiervoor een toelating tot arbeid aanvragen (art. 4, §1). Indien hij de toelating tot arbeid niet aanvraagt of indien hij de voorwaarden die vermeld staan op de toelating tot arbeid niet naleeft, wordt hij gesanctioneerd op basis van art. 12, §1 van de wet van 30 april 1999. Als deze redenering wordt doorgetrokken, wordt de werkgever ook strafrechtelijk gesanctioneerd indien hij de Dienst Economische Migratie van het Departement Werk en Sociale Economie

moedwillig niet verwittigt bij de verbreking van de arbeidsovereenkomst of betekenisvolle wijzigingen doorvoert aan de arbeidsvoorwaarden die gevolgen kunnen hebben op de toegekende toelating tot arbeid. Om deze reden wordt er in art. 12, §1 een tweede lid, 1° ingevoegd waarbij de werkgever gesanctioneerd wordt met een stafrechtelijke geldboete van 100 tot 1.000 euro (inbreuk niveau 2). Indien hij voor deze inbreuk niet strafrechtelijk wordt vervolgd, kan er een administratieve geldboete opgelegd worden. De decreetgever koppelt een sanctie aan het niet nakomen van de meldingsplicht zoals bepaald in art. 9 van het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 maar opteert er bewust voor om deze inbreuk milder te sanctioneren (inbreuk niveau 2 in plaats van het gangbare niveau 3 of 4) omdat het niet nakomen van de meldingsplicht niet altijd te wijten is aan enige moedwilligheid bij de werkgever. Hiermee zal rekening gehouden worden bij het beoordelen van de inbreuk.

Artikel 5

In artikel 12/3, §1, eerste lid, van dezelfde wet worden een aantal wijzigingen doorgevoerd.

De zinsnede "*in strijd met de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan*" wordt geschrapt uit het eerste lid omdat deze passage enkel betrekking heeft op de tewerkstelling van buitenlandse werknemers die niet zijn toegelaten of gemachtigd tot een verblijf in België van meer dan drie maanden of tot vestiging waarvoor reeds een sanctie is voorzien in artikel 12/1, §1.

In punt 3° wordt het woord "geëist" vervangen door het woord "gevraagd" omdat het louter vragen van een vergoeding in welke vorm ook een inbreuk vormt op artikel 12/3, §1, eerste lid, 3°. Het woord "eisen" heeft een meer dwingend karakter en kan tot onnodige discussies leiden ten nadele van het vergaarde bewijs door de administratie of de sociale inspectiediensten.

In punt 4° wordt het woord "tussenpersoon" geschrapt omdat dit in de praktijk tot discussies leidt of een werkgever ook beschouwd kan worden als een tussenpersoon indien hij is opgetreden tussen een buitenlandse onderdaan en de autoriteiten. De decreetgever heeft tot doel om eenieder, dus ook de werkgever, te sanctioneren als de inbreuk in artikel 12/3, §1, eerste lid, 4° wordt begaan. Om deze reden wordt het woord "tussenpersoon" geschrapt en wordt de sanctiebepaling herschikt ter bevordering van de leesbaarheid.

Artikel 6

Dit artikel regelt de wijzigingen aan artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, dat de ketenaansprakelijkheid regelt voor illegale tewerkstelling.

In punt 1°, punt 3° en punt 5° van dit ontworpen artikel worden de inbreuken waarvoor de aansprakelijkheid voor de rechtstreekse contractant geldt uitgebreid. In de huidige bepalingen wordt telkens verwezen naar "een inbreuk als vermeld in artikel 12/2". Dit is echter geen volledige verwijzing, gezien dit artikel betrekking heeft op het niet vooraf nagaan of de werknemer beschikt over een geldige verblijfsvergunning en op het niet beschikbaar houden van een afschrift van de verblijfsvergunning voor de bevoegde inspectiediensten. De inbreuk inzake illegale tewerkstelling wordt echter bepaald in artikel 12/1, paragraaf 1, van voormelde wet. Om deze reden wordt de verwijzing naar artikel 12/1, paragraaf 1, toegevoegd.

Daarnaast doen sommige aannemers ook een beroep op illegale zelfstandigen. Om dit te voorkomen wordt de aansprakelijkheid ook uitgebreid naar de inbreuk vermeld in artikel 22, 1° van het decreet van 15 oktober 2021 over de uitoefening van zelfstandige beroepsactiviteiten door buitenlandse onderdanen.

Daarnaast wordt er een wijziging doorgevoerd aan de ontsnappingsmogelijkheden voor de aansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling door een rechtstreekse onderaannemer. Om deze aansprakelijkheid uit te sluiten, zal het niet langer volstaan om in het bezit te zijn van een schriftelijke verklaring waarin hun rechtstreekse onderaannemer bevestigt geen illegaal verblijvende onderdanen van derde landen te zullen tewerkstellen. De ondernemingen zullen bijkomend een gepaste zorgvuldigheid moeten betrachten. Hier wordt mee bedoeld dat de onderneming zich als een voorzichtige en redelijke onderneming dient te gedragen. Aan deze gepaste zorgvuldigheid zal kunnen worden voldaan door het laten aanbrengen van een aantal gegevens door de rechtstreekse (onder)aannemer, aan de hand van een controlelijst. Het decreet bepaalt de categorieën van de gegevens die moeten worden aangebracht. De Vlaamse Regering bepaalt de concrete inhoud van deze controlelijst. Het zal hier bijvoorbeeld gaan over de documenten die noodzakelijk zijn voor de tewerkstelling van derdelanders, zoals een geldige verblijfsvergunning en/of een arbeids- of beroepskaart, een limosa-melding,...

Wanneer de onderneming vaststelt dat de gegevens niet aanwezig zijn, moet hij zijn rechtstreekse aannemer hierover aanspreken en hem verzoeken deze alsnog aan te brengen. Met 'niet aanwezig' wordt hier tevens de situatie bedoeld waarin er een document wordt overgemaakt dat niet (langer) geldig is, bijvoorbeeld een vervallen verblijfsvergunning, een vervallen arbeids- of beroepskaart,... Gaat de rechtstreekse onderaannemer niet in op het verzoek om de gegevens alsnog aan te brengen, brengt de aannemer of intermediaire aannemer de bevoegde inspectiediensten hiervan op de hoogte.

Het is geenszins de bedoeling dat de onderneming de rechtsgeldigheid van de overgemaakte gegevens onderzoekt en hierbij in de plaats treedt van de bevoegde inspectiediensten. Indien de noodzakelijke gegevens aanwezig zijn, of – indien de gegevens niet aanwezig zijn – inspectie werd verwittigd, heeft de onderneming de

gepaste zorgvuldigheid betracht en zal hij niet langer aansprakelijk kunnen worden gesteld.

De aannemer en de intermediaire aannemer kunnen toch worden gestraft indien zij voorafgaand aan de inbreuk op de hoogte zijn van het feit dat de rechtstreekse onderaannemer illegaal verblijvende onderdanen van derde landen tewerkstelt of een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent zonder toegelaten of gemachtigd te zijn tot een verblijf van meer dan drie maanden of tot vestiging in België. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de nodige gegevens werden aangebracht, maar men ervan op de hoogte is dat het gaat om vervalste documenten. Er wordt verduidelijkt dat het bewijs van dergelijke kennis door de sociaalrechtelijke inspecteurs met alle mogelijke bewijsmiddelen kan worden aangetoond. Het betreft hier de bewijsmiddelen die de bevoegde inspectiediensten kunnen aanwenden op basis van hun bevoegdheden, vastgelegd in het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht (Vlaamse Sociale Inspectie) en in het Sociaal Strafwetboek (federale inspectiediensten). Het is dus niet noodzakelijk dat er een schriftelijke verklaring door inspectie werd bezorgd.

De geldboete wordt vermenigvuldigd met het aantal bij de inbreuk betrokken buitenlandse onderdanen. De vermenigvuldigde geldboete mag evenwel niet meer dan het honderdvoud van de maximumgeldboete bedragen. Deze bepaling wordt niet gewijzigd maar opnieuw opgenomen in de gewijzigde tekst.

Er worden tevens twee nieuwe leden met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens toegevoegd. De aannemer, de intermediaire aannemer en de rechtstreekse onderaannemer treden op als de verwerkingsverantwoordelijken, zoals bepaald in artikel 4, 7) van de algemene verordening gegevensbescherming. Deze persoonsgegevens worden enkel verwerkt voor zover dit noodzakelijk is voor de uitoefening van een taak van algemeen belang, zijnde het voorkomen van illegale tewerkstelling. De gegevens worden niet langer bewaard dan noodzakelijk voor het doel waarvoor zij werden verzameld. Er werd gekozen voor een bewaringstermijn van tien jaar, rekening houdende met de burgerrechtelijke verjaringstermijn.

De verwerkingsverantwoordelijke staat conform artikel 5.1, d), van de AVG in voor de juistheid en actualisering van de verwerkte gegevens en informeert de betrokkenen vooraf over de verwerking van hun persoonsgegevens conform artikel 13 en 14 AVG en over hun rechten op basis van artikelen 15 tot en met 22 AVG.

In punt 4° en punt 5° wordt een zelfde verduidelijking doorgevoerd voor de vereiste van voorafgaande kennis voor opdrachtgevers, aannemers buiten het kader van onderaanneming en onrechtstreekse onderaannemers: het bewijs van dergelijke kennis kan door de sociaalrechtelijke inspecteurs met alle mogelijke bewijsmiddelen worden aangetoond.

Artikel 7 en 8

In het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht van 30 april 2004 worden de wijzigingen als bepaald in artikelen 4, 5 en 6 van voorliggend ontwerp van decreet doorgevoerd.

In artikel 7 van het ontwerp, dat artikel 13/2, §2 van het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht wijzigt, worden reeds de nieuwe boetebedragen opgenomen zoals deze worden voorzien in het decreet tot wijziging van de toezichts- en handhavingsbepalingen in het beleidsdomein Werk en Sociale Economie. Artikel 7 treedt dan ook in werking op dezelfde datum als het voormeld decreet dat de boetebedragen in het decreet houdende het sociaalrechtelijk toezicht wijzigt, zodat er geen discrepantie ontstaat tussen het boetebedrag voor deze nieuwe inbreuk en de overige boetebedragen. Daarnaast is het ook nodig dat de opdecimen, die eveneens worden ingevoerd door voormeld decreet, van toepassing zijn op dit bedrag.

Artikel 9

In het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren wordt een hoofdstuk 3/1 ingevoegd, dat betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 10

Het Departement WSE treedt op als verwerkingsverantwoordelijke zoals bepaald in artikel 4, 7), van de algemene verordening gegevensbescherming.

Artikel 11

In het kader van de toekenning van de transitiepremie dienen een aantal persoonsgegevens te worden verwerkt. Deze verwerking is noodzakelijk voor een taak van algemeen belang, namelijk het normaal dossierbeheer inzake het ontvangen en onderzoeken van de aanvragen voor de premie, het berekenen van de premie en de toekenning ervan.

Onder de identificatie- en contactgegevens worden de hoofdverblijfplaats en het rijksregisternummer van de begunstigde begrepen. Ze worden verwerkt op basis van de gegevens uit het Rijkregister van de natuurlijke personen. Deze gegevens zijn noodzakelijk voor het identificeren van de begunstigden.

Het bewijs van de VDAB waaruit de inschrijving van de ondernemer als werkzoekende blijkt, wordt verwerkt. Voor de uitkeringsgerechtigde werkzoekenden wordt eveneens het bewijs van het bevoegde uitbetalingsorgaan waaruit blijkt dat de ondernemer uitkeringsgerechtigd was op de dag vóór hij

zelfstandige werd, verwerkt. Het attest, uitgereikt door de dienstverlener, waaruit blijkt dat de aanvrager het prestarterstraject met succes heeft doorlopen, wordt alsook verwerkt. Het gegeven dat de zelfstandige zijn activiteiten verricht in hoofdberoep en de startdatum van zijn loopbaan worden verkregen via het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen (RSVZ). Het vestigingsadres en het KBO-nummer worden verkregen via de Kruispuntbank van Ondernemingen (KBO). Deze gegevens zijn noodzakelijk om te bepalen of de zelfstandige voldoet aan de voorwaarden tot toekenning van de transitiepremie, evenals voor rapporteringsdoeleinden. Het rekeningnummer is noodzakelijk om de premie te kunnen uitbetalen. De melding dat de ondernemer een jobbonus plus voor startende zelfstandigen heeft ontvangen wordt ook verwerkt.

Om te verifiëren dat de zelfstandige het drempelbedrag van de de-minimissteun niet overschrijdt (200.000 euro voor gewone ondernemingen) wordt er gewerkt met een verklaring op eer.

Teneinde aan de fiscale reglementering te voldoen en met het oog op de belastingaangifte van de ondernemer, worden jaarlijks fiscale fiches (281.93) van de ondernemers opgesteld en bezorgd aan de Federale Overheidsdienst Financiën. Op deze fiches vind je naast o.a. de identificatiegegevens ook de toegekende premies terug van het afgelopen inkomstenjaar.

Artikel 12

Het Departement dat belast wordt met de toekenning en uitbetaling van de transitiepremie zal om zijn opdrachten uit te voeren volgende persoonsgegevens uitwisselen met de volgende instanties:

- Identificatie en contactgegevens worden ontvangen via het Rijksregister van de natuurlijke personen. Het rijksregisternummer vormt de identificatie voor de uitwisseling van gegevens binnen de instellingen van de sociale zekerheid. Ook het criterium van de woonplaats is van hen afkomstig;
- Het gegeven dat de zelfstandige zijn activiteiten in hoofdberoep verricht en de startdatum van deze activiteiten worden verkregen via de RSVZ;
- Via de KBO worden het vestigingsadres en het KBO-nummer verkregen;
- De fiscale gegevens, meer in het bijzonder de fiscale fiche van de ondernemer, met de Federale Overheidsdienst Financiën.

Op basis van dit decreet en de uitvoeringsbesluiten worden de nodige machtigingen aangevraagd bij de vermelde instanties.

Voor de uitwisseling van persoonsgegevens wordt gebruikgemaakt van de bevoegde dienstenintegratoren als dit van toepassing is.

De verwerkingsverantwoordelijke staat conform artikel 5.1, d), van de AVG in voor de juistheid en actualisering van de verwerkte gegevens en informeert de

betrokkenen vooraf over de verwerking van hun persoonsgegevens conform artikel 13 en 14 AVG en over hun rechten op basis van artikelen 15 tot en met 22 AVG.

Artikel 13

De gegevens worden niet langer bewaard dan noodzakelijk voor het doel waarvoor zij werden verzameld. Er werd gekozen voor een bewaringstermijn van tien jaar, rekening houdend met de burgerrechtelijke verjaringstermijn van tien jaar en de termijn van tien jaar die in de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën wordt gehanteerd. Na het beëindigen van een procedure is het immers nog noodzakelijk de gegevens van de begunstigde te bewaren, bijvoorbeeld om te bepalen of de begunstigde reeds een transitiepremie ontving en bijgevolg nog in aanmerking kan komen voor een premie in de komende jaren.

Artikel 14

In artikel 3 van het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling wordt een definitie van jonge au pair toegevoegd. Zowel de Europese au pairs als au pairs uit derde landen worden door deze definitie gevat. De plaatsing van de au pair gebeurt verplicht via een erkend bureau. Daartoe worden de prestaties van de au pair gelijkgesteld aan beroepsactiviteiten en wordt de au pair opgenomen binnen de definitie van werknemer in het kader van private arbeidsbemiddeling. Dit stemt overeen met het akkoord dat werd bereikt op het IMC van 7 juli 2023 om een au pair te definiëren als werknemer. De federale overheid zal het arbeidsrechtelijk statuut van de au pair verder vorm geven.

Er wordt één regelgevend kader gecreëerd dat van toepassing is op zowel de Europese en buitenlandse au pairs, waarbij de plaatsing van au pairs bij Vlaamse gastgezinnen enkel nog mogelijk is door tussenkomst van een erkend uitzendbureau met een specifieke erkenning voor het plaatsen van au pairs. Hierdoor wordt een driepartijenrelatie gecreëerd tussen de jonge au pair, het gastgezin en het au-pairbureau. Het au pairbureau/uitzendbureau treedt op als de juridische werkgever van de jonge au pair, die prestaties verricht onder het gezag van de gebruiker, zijnde het gastgezin. Voor de plaatsing van een au pairs uit derdelanden zal het bureau een toelating tot arbeid moeten aanvragen.

De au-pairbureaus dienen aan een aantal voorwaarden te voldoen voor het bemiddelen en plaatsen van au pairs. Indien zij aan deze voorwaarden voldoen, verkrijgen ze een erkenning. Via een besluit van de Vlaamse Regering zullen de afzonderlijke erkenningsplicht voor het plaatsen van au pairs en de specifieke voorwaarden daartoe worden bepaald. Dit besluit zal tevens de inwerkingtreding van artikel 14 van voorliggend ontwerp van decreet bepalen.

Door deze aanpassing in het decreet private arbeidsbemiddeling worden au pairs beter beschermd: elke plaatsing verloopt via een erkend uitzendbureau en sociale

inspectiediensten hebben zicht op deze plaatsingen, ongeacht de nationaliteit van de au pair jongere.

Artikel 15

Deze bepaling regelt de inwerkingtreding. De algemene regel van inwerkingtreding op de tiende dag na de publicatie in het Belgisch Staatsblad geldt, met uitzondering voor artikelen 6, 8, 2°, en 14 die in werking treden op een datum die de Vlaamse Regering bepaalt. Artikel 7 treedt in werking op 1 januari 2024, zijnde dezelfde datum als de inwerkingtreding van het decreet dat de bepalingen van het decreet houdende het sociaalrechtelijk toezicht wijzigt (zie ook toelichting bij artikel 7).

De minister-president van de Vlaamse Regering,

Jan JAMBON

De Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en
Landbouw,

Jo BROUNS