

DE VLAAMSE MINISTER VAN ECONOMIE, INNOVATIE, WERK, SOCIALE ECONOMIE EN LANDBOUW

## **NOTA AAN DE VLAAMSE REGERING**

**Betreft:** - 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

- Definitieve goedkeuring

### **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 om 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.

# 1. SITUERING

## A. BELEIDSVELD/INHOUDELIJK STRUCTUURELEMENT/BELEIDSDOELSTELLING

Dit voorontwerp van decreet kadert binnen het beleidsveld werk en geeft uitvoering aan de doelstelling OD VI 1.5 Talent van buiten Vlaanderen aantrekken. Het voorontwerp van decreet voorziet een optimalisatie van de ketenaansprakelijkheid in geval van illegale tewerkstelling. Daarnaast worden de bepalingen met betrekking tot de beroepsprocedure en de sancties aangepast teneinde het regelgevend kader in lijn te brengen met de praktijk en ter voorkoming van fraude en misbruiken.

Daarnaast worden de Europese en buitenlandse au pair jongeren ingeschreven in het decreet private arbeidsbemiddeling door de uitbreiding van de definitie van werknemer.

Tenslotte 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.

## B. VORIGE BESLISSINGEN EN ADVIEZEN

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 2011;
- 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 principiële 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 in een nota 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 volgend 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

##### *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 11e 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 oplijsting 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 overschrijfbod van de AVG schendt en geschrapt moet worden.

Het ontwerp werd in deze zin aangepast.

## 2. INHOUD

### A. ALGEMENE TOELICHTING

#### 1. 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 hun Europese werkgever gedetacheerd worden om prestaties te 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. Derdelanders die via intra Europese detachering prestaties leveren, zijn volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie immers vrijgesteld van toelating tot arbeid (arrest *Vanderelst*, 9 augustus 1994; arrest *Essent*, 11 september 2014 en arrest *Danieli*, 14 november 2018).

Uit onderzoek naar detacheringen door het Departement Werk en Sociale Economie<sup>1</sup> 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 intra EU detachering tewerk te stellen.

In verschillende dossiers zien we het terugkomend fenomeen van “oneigenlijke detachering” van derdelanders: een derdelander (bv. uit Brazilië, Oekraïne) voert in dienst van een Europese werkgever (bv. Portugal, Polen) prestaties uit in België, terwijl de derdelander niet beschikt over een geldig

---

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



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 intra EU detachering. Verschillende 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.

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.

De Vlaamse Regering heeft zich voorgenomen om dergelijke misbruiken 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.

In voorliggend voorontwerp van decreet wordt voorgesteld om de bepalingen inzake ketenaansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling door (onder)aannemers te optimaliseren, om 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<sup>o</sup> 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 vaak uitgehouden en dringt een optimalisatie zich op. De huidige bepalingen laten immers aan de onderneming toe om via een eenvoudige contractuele clausule de aansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling door de rechtstreekse contractant uit te sluiten. Dit voorontwerp van decreet voorziet in de verplichting voor de onderneming om een gepaste zorgvuldigheid te betrachten wanneer zij beroep doet 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. Deze minimale zorgvuldigheidsplicht wordt decretaal verankerd als aanvulling op de contractuele clausule. Op die manier is de onderneming verplicht om de aanwezigheid van een aantal elementen te controleren, zodat er een bijkomend toezien 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 hier in 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 de 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 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 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 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 de huidige formulering 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).

Door deze optimalisatie wordt getracht om misbruiken en uitbuiting te vermijden door de onderneming voortaan te verplichten om een aantal elementen te verifiëren als er beroep wordt gedaan op een (onder)aannemer. Het vermoeden van onschuld blijft uiteraard gelden. Met deze optimalisatie wordt er louter en alleen beoogd om de malafide aannemer te treffen. 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 zal aantonen.

## 2. Wijziging van artikel 9 en 10 (beroepsprocedure), artikel 12, §1, eerste lid 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, eerste lid 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

De Europese en au pair jongeren uit derde landen worden opgenomen in het decreet private arbeidsbemiddeling, door een uitbreiding van de definitie van werknemer. De jonge au pair verricht prestaties onder het gezag van het gastgezin. Door de definitie van werknemer uit te breiden naar jonge au pair wordt de au pair gelijkgesteld met een “gewone” werknemer in een normale arbeidsrechtelijke context. Hierdoor kan de plaatsing van Europese én derdelands au pairs in Vlaamse gastgezinnen volgens de bepalingen van private arbeidsbemiddeling verlopen.

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 deze beschouwd moeten worden als:

- a) prestaties van een economische 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 (FOD WASO) 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.<sup>2</sup>

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 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<sup>o</sup> wet 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers). Dordelands au pairs verrichten

---

<sup>2</sup> Zie o.m. Adv.RvSt 59.975/1 van 3 oktober 2016: *Ermeë rekening houdend dat de bijzondere wetgever niet heeft bepaald wat in artikel 6, § 1, IX, 3<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup> 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 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<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup> 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.*

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 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 derdelanden 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.
- 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 privatearbeidsbemiddeling. Op die manier wordt er 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 au-pairbureau. Hierdoor wordt een driepartijenrelatie gecreëerd tussen de jonge au pair, het gastgezin en het au-pairbureau. De au-pairbureaus dienen echter aan een aantal voorwaarden te voldoen voor het bemiddelen en plaatsen van au pairs. Indien zij aan deze voorwaarden voldoen, verkrijgen ze een erkenning.

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).*

## **B. TOELICHTING BIJ DE ARTIKELEN**

Voor de toelichting bij de artikelen wordt verwezen naar de memorie van toelichting.

### **3. BESTUURLIJKE IMPACT**

#### **A. BUDGETTAIRE IMPACT VOOR DE VLAAMSE OVERHEID**

De artikelen uit het voorliggend voorontwerp van decreet hebben geen budgettaire impact voor de Vlaamse Overheid. Eventuele meeruitgaven worden opgevangen binnen de kredieten van het beleidsdomein Werk en Sociale Economie.

Het advies van Inspectie van Financiën van 17 november 2022 was gunstig. Er werd meegedeeld dat er geen begrotingsakkoord wordt vereist.

#### **B. ESR-TOETS**

Het voorliggend voorontwerp van decreet heeft geen impact op de ESR.

#### **C. IMPACT OP HET PERSONEEL VAN DE VLAAMSE OVERHEID**

Het voorliggend voorontwerp van decreet heeft geen weerslag op het personeelsbestand en op het personeelsbudget.

#### **D. IMPACT OP DE LOKALE EN PROVINCIALE BESTUREN**

Het voorliggend voorontwerp van decreet heeft geen impact op de lokale en provinciale besturen.

### **4. VERDER TRAJECT**

Het ontwerp van decreet en de bijhorende memorie van toelichting worden ingediend bij het Vlaams Parlement.

Het gros van de geldende regelgeving op vlak van detachering en aansprakelijkheid bij onderaannemingen vloeit voort uit Europese regelgeving, die werd omgezet in federale regelgeving. De Vlaamse bevoegdheden op dit vlak zijn eerder beperkt. Om die reden streven we naar een gezamenlijke aanpak van de misbruiken bij detachering. Aan de federale overheid wordt voorgesteld een taskforce op te richten om de controle door de federale en regionale inspectiediensten (al dan niet binnen de schoot van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD)) op detacheringen en economische migratie te versterken. Verder zullen er ook met de federale overheid afspraken gemaakt worden om de thematiek aan te kaarten in het kader van het Belgisch EU-voorzitterschap in 2024.

## 5. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

- 1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het bijgaande 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 naar ondernemerschap te stimuleren, en de bijhorende memorie van toelichting;
- 2° de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en Landbouw, te gelasten voornoemd ontwerp van decreet en de bijhorende memorie van toelichting, in naam van de Vlaamse Regering, in te dienen bij het Vlaams Parlement.

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

Jo BROUNS