

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

BISNOTA AAN DE VLAAMSE REGERING

Betreft: - ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging 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, wat betreft de aan te brengen gegevens bij onderaanneming
- Definitieve goedkeuring

Samenvatting

In het kader van de optimalisatie van de ketenaansprakelijkheid voor illegale tewerkstelling moet een (intermediaire) aannemer voldoen aan een gepaste zorgvuldigheidsplicht wanneer hij beroep doet op een (onder)aannemer. De (intermediaire) aannemer is verplicht een aantal elementen te laten aanbrengen met betrekking tot zijn rechtstreekse (onder)aannemer. Voorliggend besluit voorziet bepalingen omtrent de gegevens die de onderneming moet laten aanbrengen en de nadere modaliteiten omtrent het opvragen van deze gegevens.

1. SITUERING

A. BELEIDSVELD/BELEIDSDOELSTELLING

Het voorliggend ontwerp van besluit kadert binnen het beleidsveld werk en geeft uitvoering aan de doelstelling OD VI 1.5 Talent van buiten Vlaanderen aantrekken

B. VORIGE BESLISSINGEN EN ADVIEZEN

Het bijgaande ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering werd onderworpen aan:

- het taal- en wetgevingsadvies nr. 2023/91 van 22 maart 2023;
- het advies van de inspectie van financiën van 13 maart 2023;
- het akkoord van de Vlaamse minister, bevoegd voor het budgettair beleid, van 20 april 2023;

- het advies van de SERV van 31 mei 2023;
- het advies nr. 2023/054 van de Vlaamse Toezichtcommissie van 16 mei 2023;
- het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 9 juni 2023;
- het advies nr. 74.907/1 van de Raad van State van 11 december 2023.

Repliek op de ingewonnen adviezen

1. Het advies van de SERV van 31 mei 2023

De Vlaamse Sociale partners hebben geen consensus gevonden, met uitzondering over het eerste punt dat een aantal gezamenlijke principes uit het advies 'Samen tegen illegale tewerkstelling' van 19 december 2022 herneemt:

- Gepaste zorgvuldigheid wordt voor de Vlaamse sociale partners geoperationaliseerd door middel van zowel de schriftelijke verklaring als preventieve acties die de aannemer moeten toelaten kennis te hebben van misstanden.

Hieraan wordt tegemoetgekomen in het decreet dat artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers wijzigt, en in voorliggend ontwerp van besluit dat hieraan uitvoering geeft, door te bepalen dat (intermediaire) aannemers zowel in het bezit moeten zijn van een schriftelijke verklaring als dat ze moeten voldoen aan een zorgvuldigheidsplicht door preventief de aanwezigheid van een aantal gegevens na te gaan.

- De minister dient af te stemmen met het federale en Europese niveau.

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 en om afspraken te maken om de thematiek aan te kaarten in het kader van het Belgisch EU-voorzitterschap in 2024.

- Het moet duidelijk zijn wie wanneer welke acties ten aanzien van wie moet ondernemen. Hierbij moet rekening worden gehouden met administratieve eenvoud en kan het niet de bedoeling zijn om ondernemingen een controlerende bevoegdheid te geven.

De plicht om de aanwezigheid van een aantal gegevens na te gaan geldt enkel voor de (intermediaire) aannemer ten aanzien van zijn rechtstreekse onderaannemer. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald in de ontworpen regelgeving. 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 en inspectie werd verwittigd, heeft de onderneming de gepaste zorgvuldigheid betracht en zal hij niet langer aansprakelijk kunnen worden gesteld.

- De Vlaamse Sociale Inspectie moet de nodige handvaten hebben en verder ontwikkelen met andere inspecties om illegale tewerkstelling te bestrijden en ketenaansprakelijkheid te optimaliseren.

Voorliggend ontwerp van besluit dat de ketenaansprakelijkheid optimaliseert is één stap hiertoe. Verder zal de Vlaamse sociale inspectie worden versterkt met 5 extra inspecteurs.

Verder vragen de sociale partners om in het kader van het only once principe snel werk te maken van een databank of platform dat door de overheid wordt beheerd en waartoe ondernemingen toegang kunnen krijgen om de aanwezigheid van de noodzakelijke gegevens te verifiëren waarover de Vlaamse en federale overheid reeds beschikken. Verder wensen de sociale partners op de hoogte te worden gehouden van het extern juridisch advies waarbij het ontwerp van besluit wordt getoetst aan de Europese regelgeving.

Zoals wordt aangegeven in deze nota aan de Vlaamse Regering engageert de Vlaamse Regering zich om toe te werken naar een dergelijk gemeenschappelijk platform. De gesprekken hiertoe zijn lopende. Daarnaast beperkt de Vlaamse regering zich in voorliggende regelgeving reeds tot de gegevens die noodzakelijk zijn voor de (intermediaire) aannemer. Gegevens die reeds door het Departement Werk en Sociale Economie werden nagekeken voorafgaand aan het afleveren van een arbeidskaart, toelating tot arbeid of beroepskaart (zoals een rechtsgeldige en ondertekende arbeidsovereenkomst, een bewijs van economische activiteiten als het gaat om een zelfstandige) moeten niet meer opgevraagd worden door de (intermediaire) aannemer omdat deze het voorwerp uitmaken om de toelating tot arbeid/zelfstandige activiteit te verkrijgen en dus gedekt zijn door het opvragen van de toelating tot arbeid/zelfstandige activiteit.

Het extern juridisch advies wordt overgemaakt aan de sociale partners. De tekst van het ontwerp van besluit en deze nota aan de Vlaamse Regering werden aangepast aan de bevindingen uit dit advies.

Standpunt werkgeversorganisaties

De werkgeversorganisaties merken op dat het aan de Vlaamse Inspectie is om op basis van gegevens die ze reeds ter beschikking heeft, ook van federale administraties, risk assessments te maken om slimmere en meer gerichte controles op illegale tewerkstelling mogelijk te maken. Dit komt ook administratieve eenvoud ten goede. Het kan niet de bedoeling zijn om ondernemingen met buitenproportionele plichten op te zadelen door ze de rol van inspectie te laten overnemen. De verscherping van de zorgvuldigheidsplicht moet zich kristalliseren rond een voldoende zicht op de werkvloer aan de hand van een beperkt aantal cruciale gegevens. Het moet duidelijk zijn wat er wordt verwacht en dat moet overeenstemmen met wat mag en kan, rekening houdend met het recht op vrij verkeer van diensten en GDPR- en andere regelgeving. Overeenkomstig het only once principe is het weinig zinvol gegevens die de overheid al heeft of eenvoudig kan opvragen bij de in de Limosa

opgenomen contactpersoon van de werkgever, nog eens op te vragen, laat staan daarvan een afschrift te bewaren.

Het is zeker de bedoeling om gerichte en efficiënte controles uit te voeren, waarbij in voorkomend geval gebruik kan worden gemaakt van datamining en het kruisen van gegevens. Het opvragen van bepaalde gegevens of informatie door inspectie bij de in Limosa opgenomen contactpersoon gebeurt eveneens in kader van deze controles. Een controle door inspectie zal echter pas mogelijk zijn nadat de tewerkstelling reeds is aangevangen. De bedoeling van het invoeren van een zorgvuldigheidsplicht is daarentegen net om naast controles door inspectie ook preventieve acties te hebben die de aannemer moet toelaten kennis te hebben van eventuele misstanden. Dit is ook één van de principes waar de sociale partners in hun gemeenschappelijk standpunt om verzoeken. Op die manier is er een bijkomend toezicht oog tegen uitbuiting en misbruiken, en kunnen de ondernemingen verifiëren of de (onder)aannemer waar zij een beroep op wensen te doen te goeder trouw is.

Inzake de conformiteit met de privacy-reglementering: het ontwerp werd ter advies voorgelegd aan de VTC en de GBA en werd waar nodig aangepast aan de opmerkingen van deze instanties.

Inzake de conformiteit met het Europese vrij verkeer van diensten werd extern juridisch advies ingewonnen. Uit dit advies blijkt dat het opvragen van de meeste gegevens in geval van EER-detachering niet problematisch wordt geacht in het licht van de Europese regelgeving en rechtspraak. Het opvragen van deze gegevens streeft immers een doelstelling van algemeen belang na, zijnde de bescherming van gedetacheerde werknemers en het voorkomen van oneerlijke concurrentie, waaronder ook de bestrijding van sociale dumping en fraudebestrijding. Het opvragen van deze gegevens is bovendien een geschikte maatregel om deze doelstellingen te waarborgen en gaat niet verder dan noodzakelijk om dit doel te bereiken. Omdat echter werd aangegeven dat het opvragen van de onderaannemingsovereenkomst en de arbeidsovereenkomsten de proportionaliteitstoets waarschijnlijk niet zou doorstaan, werden deze documenten geschrapt uit de lijst van gegevens, zoals opgenomen in het ontworpen artikel 79/1, punt 1°. Wat de gegevens betreft die opgevraagd worden in geval van economische migratie, is het vrij verkeer niet van toepassing aangezien er hier geen sprake is van een grensoverschrijdende situatie tussen lidstaten.

Wie

De werkgeversorganisaties vinden het belangrijk dat de verscherpte zorgvuldigheidsplicht zich tot de relatie van (intermediaire) aannemer met de rechtstreekse onderaannemer beperkt. Het feit dat de voorziene maatregel interprofessioneel over alle sectoren heen wordt opgelegd, druist in tegen artikel 14 Sanctierichtlijn en artikel 10 Handhavingsrichtlijn, waar duidelijke taken voor inspectie worden opgelegd voornamelijk op basis van risicobeoordelingen. Een one size fits all regeling is niet proportioneel. Een eventuele interprofessionele regeling moet voorzien in mogelijke afwijkingen indien sectoraal evenwaardige alternatieven bestaan (bv. bestuurdersattest en detachingsverklaring via IMI in de transportsector).

De nieuwe regeling beperkt zich inderdaad uitsluitend tot de relatie van de (intermediaire) aannemer met de rechtstreekse onderaannemer. Zoals in deze nota wordt toegelicht (*zie infra onder 'algemene toelichting'*) moet worden vastgesteld dat in alle sectoren een potentieel gevaar is van oneigenlijke detachering, wat vaak gepaard gaat met uitbuiting en misbruik. Het is net omdat uit overleg met de verschillende sectoren is gebleken dat er in veel verschillende sectoren verschillende eisen worden gesteld, dat het niet opportuun werd bevonden om met sectorspecifieke lijsten te werken. Om die reden werd beslist om met een algemene lijst van gegevens te werken die over het algemeen in de meeste sectoren van toepassing zijn, en die moeten toelaten te controleren of de nodige documenten voor de tewerkstelling aanwezig zijn. Indien een bepaald gegeven niet vereist is in een bepaalde sector, moet dit uiteraard ook niet worden aangebracht. Om die reden wordt in het ontwerp bv. voor Limosa dan ook verwezen naar de toepasselijke regelgeving in dat kader, zodat indien men niet onder het toepassingsgebied van deze regelgeving valt de verplichting om dit gegeven aan te brengen automatisch niet zal gelden.

Wat

De werkgeversorganisaties merken op dat door de overmaat van opgelegde gegevens de administratieve rompslomp soms de duur van de opdracht dreigt te overstijgen. Het aantal gegevens moet worden beperkt. Inzage in de volledige onderaannemingsovereenkomst is buitenproportioneel en moet zich beperken tot de identificatie- en contactgegevens en de schriftelijke verklaring. Deze overeenkomst op een platform laten aanbrengen is helemaal uit den boze.

De gegevens die moeten worden aangebracht beperken zich tot de gegevens die strikt noodzakelijk zijn om een derdelander rechtsgeldig tewerk te kunnen stellen en die hoe dan ook in het bezit van de onderaannemer zouden moeten zijn. De gegevens die moeten worden aangebracht wanneer er sprake is van EER-detachering beperken zich dan ook tot de gegevens die op basis van artikel 16, §1, 7° van het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 (in geval van werknemers), of artikel 2, §2, 5° van het Besluit van de Vlaamse Regering van 17 december 2021 (in geval van zelfstandigen), aanwezig moeten zijn om van de vrijstelling om te beschikken over een toelating tot arbeid of een beroepskaart te kunnen genieten.

Het ontworpen artikel 79/3 bepaalt bovendien dat het artikel 79/1, eerste lid, punt 1°, a), en punt 2°, a) slechts in werking treden op een moment dat de Vlaamse Regering vaststelt. Dit moment zal worden bepaald wanneer de hoger vermelde applicatie of platform voor het verifiëren van de aanwezigheid van de gegevens operationeel is en de nodige samenwerkingsovereenkomsten hiertoe werden afgesloten. Dit betekent dat het bewijs van een geldig paspoort of daarmee gelijkgestelde reistitel tot dan dus nog niet moet worden aangeleverd.

De verplichting om de onderaannemingsovereenkomst op te vragen werd uit het ontwerp geschrapt.

Hoe

In het bijzonder de plicht in hoofde van de (intermediaire) aannemer om de gegevens ter beschikking van de sociale inspectiediensten te houden is volgens de sociale partners overbodig en disproportioneel. De bewaarplicht is administratief overbelastend en rechtsonzeker in hoofde van verschillende wetgevingen (privacy, GDPR, vrij verkeer van diensten,...). Dit kan volgens de sociale

partners wel voor de identificatie- en contactgegevens in de onderaannemingsovereenkomst, waarbij inzage kan worden gegeven aan inspectie in de relevante passages in deze overeenkomst. Dit geldt ook voor de schriftelijke verklaring. Het kan echter niet de bedoeling zijn deze overeenkomsten op een platform op te laden. Voor de overige gegevens moet worden gewerkt met een platform dat door de overheid wordt beheerd, zodat de onderneming zelf niet moet verwerken en bewaren.

Het ontwerp van decreet dat de (intermediaire) aannemer aanduidt als verwerkingsverantwoordelijke van de aan te brengen gegevens en dat de bewaarplicht bepaalt werd, net als voorliggend ontwerp van besluit, ter advies voorgelegd aan de VTC en de GBA. Geen van deze instanties had opmerkingen of bedenkingen bij deze bepalingen. Desalniettemin wordt werk gemaakt van de ontwikkeling van een platform om de gegevens in op te laden, zodat ondernemingen de gegevens niet langer zelf moeten bewaren. Dit platform zal voldoen aan de nodige vereisten inzake privacy en het bewaren van persoonsgegevens. Niet-betrokken partijen zullen uiteraard geen toegang krijgen tot de gegevens. Er moet bovendien worden opgemerkt dat er op de private markt reeds applicaties bestaan die het mogelijk maken voor ondernemingen om identificatie- en tewerkstellingsdocumenten op te laden, waarna er een controle gebeurt op de rechtsgeldigheid van deze documenten. De aannemer die een beroep wenst te doen op een onderaannemer kan vervolgens in een beveiligde omgeving nagaan of deze documenten in orde zijn, zonder effectief inzage in deze documenten te krijgen. De plicht om de onderaannemingsovereenkomst te laten aanbrengen werd geschrapt uit het ontwerp.

Wanneer

De werkgeversorganisaties merken op dat het laten aanbrengen van de gegevens voor de aanvang van de werken in conflict is met het vrij verkeer van diensten. Ze gaan akkoord met het principe van het eenmalig laten aanbrengen. De inwerkingtreding van de nieuwe regelgeving moet in functie staan van het ter beschikking komen van het noodzakelijke platform waarna gedurende een leerperiode van 6 maand nog een gedoogbeleid zonder sancties geldt.

Over de conformiteit met het Europees vrij verkeer van diensten werd extern juridisch advies ingewonnen. Zoals hierboven reeds werd aangegeven wordt over de meeste gegevens gesteld dat het opvragen ervan noodzakelijk en proportioneel is om de doelstellingen, zijnde de bescherming van de gedetacheerde werknemers en het voorkomen van oneerlijke concurrentie, te waarborgen. De gegevens waarvan het laten aanbrengen niet proportioneel wordt geacht, met name de arbeidsovereenkomsten en de onderaannemingsovereenkomst, werden uit het ontwerp geschrapt. Het is bovendien de bedoeling dat de regelgeving slechts in werking treedt wanneer de applicatie, waarmee de aanwezigheid van de gegevens kan worden geverifieerd, operationeel is. Om die reden werd de datum van inwerkingtreding bepaald op 1 januari 2025.

Er zal ook worden voorzien in een gedoogperiode van zes maanden na de publicatie van de regelgeving in het Belgisch Staatsblad.

Standpunt werknemersorganisaties

De werknemersorganisaties zijn tevreden dat de omschrijving van de gepaste zorgvuldigheid in dit BVR wordt uitgebreid, doch vrezen zij dat aangezien dit begrip enkel administratief wordt ingevuld en de vrijstelling van ketenaansprakelijkheid wordt bekomen middels een afvinkoefening, deze maatregel slechts een beperkt effect dreigt te hebben.

Wat

De gepaste zorgvuldigheid moet ertoe leiden dat de aannemer weet dat er geen misstanden plaatsvinden in zijn (gehele) keten van onderaanneming. De werknemersorganisaties vrezen dat de beperking van de plicht tot gepaste zorgvuldigheid op basis van een administratieve afvinkoefening tot de eerstvolgende schakel van de keten een incentive dreigt te creëren om tussenpersonen toe te voegen en langere, ondoorzichtigere ketens in het leven te roepen, teneinde vrijgesteld te zijn van aansprakelijkheid. Daarom moet de aannemer bij zijn onderaannemer als potentieel intermediaire aannemer ook een overzicht opvragen van de onderaannemers die hij vervolgens zal gebruiken, samen met een bewijs dat de rechtstreekse onderaannemer de nodige gegevens heeft opgevraagd en verkregen van zijn onderaannemers.

De werknemersorganisaties bepleiten dat de Vlaamse Overheid de vrijwaring van aansprakelijkheid op basis van gepaste zorgvuldigheid enkel toepasselijk maakt voor een beperkte keten van drie onderliggende niveaus.

Er moest worden gezocht naar een evenwicht tussen enerzijds het voornemen om meer verantwoordelijkheid te leggen bij de ondernemingen die beroep doen op een onderaannemer, en anderzijds de administratieve last die dergelijke verantwoordelijkheid en de plicht om de aanwezigheid van bepaalde gegevens na te gaan met zich meebrengt. Door het invoeren van een zorgvuldigheidsplicht die geldt ten aanzien van de rechtstreekse contractant wordt er in principe in de gehele keten nagegaan of de noodzakelijke gegevens bij elke onderaannemer aanwezig zijn. De (hoofd)aannemer verantwoordelijk stellen voor het naleven van deze plicht voor alle ondernemingen in de keten, en de vrijwaring van aansprakelijkheid enkel laten gelden wanneer er sprake is van minder dan drie niveaus in de keten, zou dan ook disproportioneel zijn.

Deze nieuwe regelgeving is bovendien slechts één element in een totaalaanpak om illegale tewerkstelling tegen te gaan. Naast de invoering van de zorgvuldigheidsplicht wordt ook voorzien in een versterking van inspectie.

Verder menen de werknemersorganisaties dat de voorwaarden om te spreken van gepaste zorgvuldigheid niet volledig zijn. In het advies worden een aantal andere preventieve en remediërende maatregelen opgesomd die noodzakelijk zijn.

De opgesomde maatregelen kunnen bijdragen aan de effectiviteit van de bestrijding van illegale tewerkstelling van derdelanders, maar gaan verder dan de operationalisering van gepaste zorgvuldigheid zoals ook omschreven door de sociale partners (een schriftelijke verklaring alsook preventieve acties die de aannemer zouden moeten toelaten kennis te hebben van misstanden), alsook het bestrijden van illegale tewerkstelling van derdelanders. Zoals hierboven reeds wordt

aangehaald betreft de invoering van de zorgvuldigheidsplicht ook slechts één element in de aanpak van illegale tewerkstelling.

Ten slotte dient volgens de werknemersorganisaties verduidelijkt te worden wat het gevolg of de sanctie is van het niet voldoen aan de zorgvuldigheidsplicht, behalve het verlies van de vrijstelling van aansprakelijkheid.

Het gevolg is dat men aansprakelijk kan worden gesteld voor illegale tewerkstelling door zijn rechtstreekse onderaannemer. De mogelijke strafrechtelijke sanctie betreft een gevangenisstraf van zes maanden tot drie jaar en/of een strafrechtelijke geldboete van 600 tot 6000 euro (artikel 12/1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. Wanneer er geen strafrechtelijke vervolging wordt ingesteld kan een administratieve geldboete van 1800 tot 18.000 euro worden opgelegd. Deze bedragen worden binnenkort verhoogd naar 300 tot 3.000 euro, te vermenigvuldigen met opdecimien (momenteel vastgelegd op een factor 8). Hierdoor komt het boetebedrag op gelijke hoogte als de federale sanctie voor een inbreuk niveau 4 en wordt het bedrag in de toekomst automatisch aangepast, cf. strafrechtelijke geldboetes.

Deze sancties worden reeds bepaald in de betreffende regelgevingen en moeten derhalve niet opnieuw worden opgenomen in voorliggend ontwerp.

Wie

De werknemersorganisaties pleiten dat alle schakels in de keten een overzicht van het geheel van onderaanneming moeten bijhouden. Niet alleen moet de (hoofd)aannemer zich vergewissen dat de hele keten in regel is met de wetgeving, hij moet ook zijn invloed aanwenden om deze te voorkomen en recht te zetten. Daarnaast betreuren de werknemersorganisaties dat de rol van de opdrachtgever onderbelicht wordt gelaten.

Zoals hierboven ook werd aangegeven zou het disproportioneel zijn om de (hoofd)aannemer verantwoordelijk te stellen om na te gaan of alle ondernemingen in de keten conform de wetgeving handelen. Er moet dan ook een evenwicht worden gezocht tussen voldoende verantwoordelijkheid leggen bij de ondernemingen, en de administratieve last voor deze ondernemingen. Om die reden werd beslist om enkel in een zorgvuldigheidsplicht ten aanzien van de rechtstreekse contractant te voorzien. Er wordt beoogd om de malafide aannemer te treffen, en niet om alle aannemers hogerop in de keten of de opdrachtgever te viseren. Hierbij wordt op zoek gegaan naar de effectieve schuldige(n). Een opdrachtgever kan voor een onderaannemer (rechtstreeks of onrechtstreeks) bovendien op grond van de huidige bepalingen ook aansprakelijk worden gesteld indien hij op de hoogte was van de illegale tewerkstelling, net als de (intermediaire) aannemer voor zijn onrechtstreekse onderaannemer.

Modaliteiten: hoe en wanneer

Het opvragen van gegevens moet worden gekoppeld aan een periodieke verificatie op het terrein en via klachtenmechanismen, binnen de mogelijkheden die de (intermediaire) aannemer daartoe heeft. De beperking van een éénmalige ontvangst van bepaalde documenten zonder koppeling aan de

feitelijke werksituatie riskeert aan te moedigen dat de (intermediaire) aannemer de werkvloer liefst zo weinig als mogelijk bezoekt om zo bewust afstand en onwetendheid te kunnen voorwenden. Het gaat hier niet om een extra verzwaaring gezien in kader van de prestatie en de bepalingen rond veiligheid en preventie de (intermediaire) aannemer toch op de werkvloer aanwezig zou moeten zijn.

Het is niet de bedoeling dat ondernemingen de taken van inspectie gaan overnemen. Periodiek controleren houdt een te grote administratieve last in en niet elke onderneming beschikt over de capaciteiten om dit te kunnen bewerkstelligen. Een periodieke controle is in kader van het Europese vrij verkeer van diensten ook een verregaande beperking die de proportionaliteitstoets waarschijnlijk niet zal doorstaan. Om die reden werd dan ook bepaald dat de documenten voorafgaand moeten worden aangebracht. De controle op het terrein na de aanvang van de werken gebeurt door inspectie. Er wordt dan ook in een versterking van de Vlaamse Sociale Inspectie voorzien.

Na de totstandkoming van het platform voor het aanbrenge van de gegevens zal de administratieve last voor de ondernemingen mogelijk worden beperkt en kan dit voorstel van de werknemersorganisaties opnieuw worden bekeken.

De werknemersorganisaties pleiten voor het invoeren van een platform waarop de gegevens worden aangeleverd zodat er een onderscheid kan worden gemaakt in toegankelijkheid op basis van GDPR (gaande van volledig zichtbaar tot melding van correct aangeleverd). Het laat toe te voldoen aan het only once principe. Indien andere overheden hun verantwoordelijkheid niet opnemen dient de Vlaamse Overheid vanuit haar eigen rol hier het voortouw te nemen. De uitbouw van dergelijk platform mag geen vertraging zijn van het invoeren van de gepaste zorgvuldigheid en ondernemingen ontslaan van de opdracht om de in het besluit en in het advies vermelde acties na te gaan.

Zoals hierboven reeds wordt aangehaald maakt de Vlaamse Overheid werk van het platform. De eerste gesprekken hiertoe met de federale overheid hebben reeds plaatsgevonden. De uitbouw van dergelijk platform kan echter enige tijd in beslag nemen. De invoering van de gepaste zorgvuldigheidsplicht wordt hierdoor niet vertraagd, aangezien de ondernemingen de gegevens zullen moeten opvragen bij hun rechtstreekse onderaannemer tot dergelijk platform er is.

2. Het advies van de Vlaamse Toezichtcommissie van 16 mei 2023

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

- a) De correcte rechtsgrond aangeven, eventueel in de Memorie van Toelichting.

In de memorie van toelichting bij het decreet werd de rechtvaardigingsgrond reeds aangegeven. Aanvankelijk werd de rechtvaardigingsgrond “voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust” vermeld. Dit werd op advies van de VTC aangepast in de zin dat nu wordt verwezen naar de rechtvaardigingsgrond “noodzakelijk voor een taak van algemeen

belang”. Deze vermelding werd eveneens in de artikelsgewijze toelichting in deze nota toegevoegd.

b) Alle essentiële elementen van alle geplande gegevensverwerking bepalen

In het licht van artikel 6.3 van de AVG, adviseert de VTC om in het Ontwerp de maximale bewaartermijn(en) van de met het oog op de onderscheiden doeleinden voor deze verwerking van persoonsgegevens te voorzien, of toch minstens criteria op te nemen die toelaten deze bewaartermijn(en) te bepalen.

De bewaartermijn is reeds opgenomen in artikel 6 van het ontwerp van decreet dat artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers wijzigt en dat de rechtsgrond vormt van voorliggend ontwerp van besluit: “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.” Het is bijgevolg niet opportuun om de bewaartermijn opnieuw te bepalen in voorliggend ontwerp van besluit.

c) De transparantiemaatregelen uitwerken

De VTC is van oordeel dat het aanbevolen is om het Ontwerp aan te vullen met de verplichting om de vermeldingen zoals bedoeld in randnummer 36, 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 betrokken 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 is het niet opportuun dergelijke bepaling toe te voegen. Zie ook de bemerking hieromtrent in het advies nr. 92/2023 van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 17 mei 2023 over het ontwerp van decreet dat de betrokken bepalingen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens invoert in artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999.

d) De juistheid van de informatie garanderen

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 te worden opgenomen, aangezien het een verplichting betreft die de AVG zelf oplegt aan elke verwerkingsverantwoordelijke. Ter verduidelijking wordt dit wel al opgenomen in de artikelsgewijze toelichting (art. 6 en 11) in de

memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet dat o.a. artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers wijzigt.

3. Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit van 9 juni 2023

De Gegevensbeschermingsautoriteit besliste om te verwijzen naar het standaardadvies nr. 65/2023 van 24 maart 2023 betreffende de redactie van normatieve teksten. Dit advies heeft niet geleid tot wijzigingen aan het ontwerp van besluit.

4. Het advies van de Raad van State van 11 december 2023

De Raad van State merkt op dat de rechtsgrond van artikel 18 decreet van 27 oktober 2023 tot wijziging van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, het decreet houdende sociaalrechtelijke toezicht van 30 april 2004, het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren en het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling niet correct is. Dit werd aangepast naar artikel 15, eerste lid, van voormeld decreet.

De Raad van State stelt vervolgens dat het ontworpen artikel 79/2, tweede lid, enkel verwijst naar de sociale dienstverrichters en niet naar de erkende sociale secretariaten uit artikel 31ter, §2, 2° van de wet van 29 juni 1981, terwijl in de nota aan de Vlaamse Regering ook over sociale secretariaten wordt gesproken. Het ontworpen artikel werd aangepast in de zin dat nu ook wordt verwezen naar de erkende sociale secretariaten.

De Raad van State merkt op dat het overbodig is in een besluit van de Vlaamse Regering een bepaling op te nemen die op een later ogenblik bij een besluit van de Vlaamse Regering in werking zal worden gesteld. Dat laatste besluit kan de gewenste bepalingen immers rechtstreeks invoegen in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018.

Het doel van deze bepaling was om aan te geven dat de aanwezigheid van het paspoort slechts moet worden geverifieerd wanneer de applicatie, waarin de aanwezigheid van dit gegeven kan worden nagegaan, operationeel is. Aangezien de gesprekken voor de ontwikkeling van een applicatie lopende zijn en het de bedoeling is om de regelgeving in zijn geheel slechts in werking te laten treden wanneer deze applicatie operationeel is, werd deze bepaling geherformuleerd en werd 1 januari 2025 als datum van inwerkingtreding van het besluit opgenomen.

De bepaling van artikel 2 van het ontwerp werd in de voorgestelde zin aangepast.

2. INHOUD

A. ALGEMENE TOELICHTING

Dit ontwerp van besluit geeft uitvoering aan artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. Het decreet van 27 oktober 2023 tot wijziging van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, het decreet houdende sociaalrechtelijk toezicht van 30 april 2004, het decreet van 22 december 2017 houdende een premie om de transitie van werkzoekenden naar ondernemerschap te stimuleren en het decreet van 10 december 2010 betreffende de private arbeidsbemiddeling voorziet in de wijziging van dit artikel.

In verschillende dossiers ziet het Departement Werk en Sociale Economie immers 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 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.

Deze dossiers 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.

De nieuwe bepaling in artikel 12/4 van voormelde wet voorziet dat de aannemer en de intermediaire aannemer een gepaste zorgvuldigheid betrachten bij het aanstellen van een rechtstreekse onderaannemer om te voorkomen dat die rechtstreekse onderaannemer illegalen tewerkstelt als werknemer of als zelfstandige. Om te voldoen aan deze zorgvuldigheid laten de aannemer en de intermediaire aannemer gegevens aanbrenge door de rechtstreekse onderaannemer. 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 concrete gegevens die moeten worden aangebracht alsook de nadere modaliteiten omtrent het opvragen ervan worden via dit ontwerp van besluit bepaald. Naar aanleiding van de opmaak van

voorliggend besluit werden de werkgevers- en werknemersorganisaties van verschillende sectoren geconsulteerd.

Vertrekkende vanuit het 'only once-principe', waarbij de overheid wilt vermijden dat burgers steeds opnieuw dezelfde gegevens moeten aanleveren terwijl de overheid reeds over deze gegevens beschikt, werd voor het aanbrengen van de gegevens door de rechtstreekse onderaannemer aan de (intermediaire) aannemer onderzocht of er een databank of platform kan worden gebruikt of opgericht waartoe ondernemingen toegang kunnen krijgen om de aanwezigheid te verifiëren van de noodzakelijke gegevens waarover de overheden (zowel de Vlaamse als federale overheid) reeds beschikken. Een aantal van deze aan te brengen gegevens behoren tot de bevoegdheden van de federale overheid (DVZ, FOD WASO, RSZ en RSVZ) en zijn reeds beschikbaar in hun databanken (bv. het aanbrengen van gegevens met betrekking tot het verblijf, de Limosa-meldingsplicht in het geval van detachering, de aangifte van onmiddellijke tewerkstelling (Dimona), de aansluiting als zelfstandige,...). Het Departement Werk en Sociale Economie heeft, op voorstel van de sociale partners, gesprekken opgestart om te onderzoeken of:

- 1) er met de regio's en de federale overheid een gemeenschappelijk regelgevend initiatief kan genomen worden voor het optimaliseren van de bepaling omtrent de ketenaansprakelijkheid inzake illegale tewerkstelling. Dezelfde bepaling is van toepassing is op de andere regio's en een gelijkaardige bepaling staat ook vermeld in art. 175/1, §5 van het Sociaal Strafwetboek dat van toepassing is op buitenlandse werknemers in een specifieke verblijfssituatie waarvoor de federale overheid (FOD WASO) bevoegd is. Op die manier kan "forumshopping" worden voorkomen doordat eenzelfde geoptimaliseerde bepaling van toepassing is op het gehele Belgische grondgebied;
- 2) er een gemeenschappelijk platform of databank gecreëerd kan worden dat kan geraadpleegd worden door ondernemingen om de aanwezigheid van de aan te brengen gegevens op een eenvoudige wijze na te gaan.

De gesprekken met de federale overheid zijn nog lopende.

Voor wat betreft punt 2) heeft het departement ook het advies ingewonnen van de Functionaris voor Gegevensbescherming (DPO) om na te gaan of de toepassing van het "only once" principe strookt met de Algemene verordening gegevensbescherming wanneer er aan de ondernemingen toegang wordt verleend tot bestaande/nieuwe databanken of platformen waar persoonsgegevens zijn verzameld met betrekking tot de tewerkstelling en de verblijfssituatie van onderdanen van derde landen. De Functionaris voor Gegevensbescherming geeft aan dat:

- het verlenen van toegang tot bepaalde databanken of platformen gelijk staat aan het meedelen van persoonsgegevens tussen verwerkingsverantwoordelijken: bv. RSZ (de verwerkingsverantwoordelijke van de Limosa databank) deelt persoonsgegevens mee aan de (intermediaire) aannemer (de onderneming die verwerkingsverantwoordelijke is voor het laten aanbrengen van gegevens door de rechtstreekse onderaannemer). Artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999 voorziet niet dat de overheid persoonsgegevens meedeelt aan de (intermediaire) aannemer. Er wordt enkel voorzien dat de (intermediaire) aannemer gegevens

laat aanbrengen door de rechtstreekse onderaannemer. Er wordt niet vermeld dat de gegevens door de overheid worden aangebracht.

- Indien art. 12/4 wordt aangepast in die zin dat de overheid wel persoonsgegevens meedeelt aan de (intermediaire) aannemer is er, voor wat betreft de persoonsgegevens die tot de federale bevoegdheid behoren, ook een protocolverplichting waarbij de tussenkomst van het Informatieveilighedscomité (IVC) vereist is.
- Naast de protocolverplichting moet ook de proportionaliteitstoets worden doorstaan. De (intermediaire) aannemer dient enkel toegang te verkrijgen tot de persoonsgegevens van de onderdanen van derde landen die prestaties leveren bij de rechtstreekse onderaannemer (hetzij in dienstverband hetzij als zelfstandige). Om de proportionaliteitstoets te doorstaan dienen de overige persoonsgegevens te worden afgeschermd of vergrendeld. Om deze gegevens af te schermen of te vergrendelen dienen de persoonsgegevens op voorhand te worden geïdentificeerd door de overheid.

Rekening houdende met bovenstaande adviseert de Functionaris voor Gegevensbescherming dat de (intermediaire) aannemer de gegevens laat aanbrengen door zijn rechtstreekse onderaannemer zonder hiervoor een databank van de overheid te raadplegen. De rechtstreekse onderaannemer dient zich immers te vergewissen over de verblijfs- en tewerkstellingssituatie van de onderdanen van derde landen, hetgeen in zekere mate enig beheer van deze gegevens vergt. Deze gegevens kunnen dan via (al dan niet elektronisch) uittreksel worden bezorgd aan de (intermediaire) aannemer zodat hij de gepaste zorgvuldigheid heeft betracht.

De Vlaamse Regering engageert zich desalniettemin om, in samenwerking met het federale niveau toe te werken naar een gemeenschappelijk platform waarop de onderneming de aanwezigheid van deze gegevens op eenvoudige wijze kan nagaan.

De Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken beschikt over een site, checkdoc.be, waarop men eenvoudig Belgische identiteitsdocumenten kan verifiëren. De documenten zelf worden niet getoond, er wordt enkel geverifieerd of de identiteitsdocumenten door een Belgische overheid werden uitgereikt. Er zal worden onderzocht of er een gelijkaardige applicatie kan worden ontwikkeld voor het verifiëren van de gegevens die aanwezig moeten zijn bij de rechtstreekse onderaannemer, waarbij de aannemer enkel weet of de voorwaarden voldaan zijn en geverifieerd worden (groen scherm) of dat er een probleem is (rood scherm), zonder dat de aanvrager de informatie zelf te zien krijgt. Het uitgangspunt is dus dat de (intermediaire) aannemer de aanwezigheid van deze gegevens kan checken, zonder dat hij ze zelf moet verwerken en bewaren.

De ambitie is dus om zoveel als mogelijk via een platform of applicatie te laten verlopen, maar het is niet de bedoeling om ondernemingen te sanctioneren die de gegevens fysiek opvragen bij hun rechtstreekse onderaannemer. Het is ook de bedoeling dat deze regelgeving slechts in werking treedt wanneer de applicatie, waarmee de aanwezigheid van de gegevens kan worden geverifieerd, operationeel is. De gesprekken met de federale overheid rond de ontwikkeling van deze applicatie zijn lopende. Het doel is om te landen op 1 januari 2025. De businessanalyse, die eind mei van start gaat, moet uitwijzen welke gegevens via de applicatie kunnen worden geraadpleegd en hoe dit

raadplegen concreet zal kunnen verlopen. Idealiter kan de overheid via dit platform ook zien dat de onderneming aan zijn zorgvuldigheidsplicht heeft voldaan, zodat het bewijs hiervan ook niet meer door de onderneming moet worden aangeleverd in het geval van een controle.

De onderneming kan zich voor het laten aanbrenge van de gegevens eventueel laten bijstaan door een sociale dienstverrichter. De Vlaamse Regering engageert zich om hierover in overleg te gaan met de sociale secretariaten en dienstverrichters, om te bekijken welke software kan bijdragen tot een automatisering van dit proces. Zo kan de administratieve last voor de ondernemingen worden beperkt.

B. TOELICHTING BIJ DE ARTIKELN

Artikel 1.

Dit artikel voegt een nieuw hoofdstuk 11/1 in in het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018.

In het ontworpen artikel 79/1 worden de gegevens bepaald die de (intermediaire) aannemer moet laten aanbrenge door zijn rechtstreekse onderaannemer om de gepaste zorgvuldigheid te betrachten, zoals bepaald in artikel 12/4 van de wet van 30 april 1999. Op deze manier wil de Vlaamse Regering de (intermediaire) aannemer ondersteunen zodat hij preventief kan optreden ten aanzien van eventuele misbruiken door zijn rechtstreekse onderaannemer. In de wet wordt bepaald dat het gaat over:

- de identificatie- en de contactgegevens van de rechtstreekse onderaannemer en,
- de persoonlijke gegevens, de gegevens van de verblijfsrechtelijke situatie en de gegevens over de tewerkstelling van de buitenlandse werknemers en buitenlandse zelfstandigen van de rechtstreekse onderaannemer.

In het geval van intra EER-detachering, zijnde dienstverlening op basis van het vrij verkeer van diensten overeenkomstig artikel 16, §1, 7° van het Besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018 (in geval van werknemers), of artikel 2, §2, 5° van het Besluit van de Vlaamse Regering van 17 december 2021 (in geval van zelfstandigen), worden buitenlandse werknemers en zelfstandigen vrijgesteld van een toelating tot arbeid (arbeidskaart/gecombineerde vergunning) of een toelating voor een zelfstandige activiteit (beroepskaart). Voor deze vrijstelling gelden de volgende voorwaarden:

- 1) ze beschikken over een recht op verblijf of verblijfsvergunning van meer dan drie maanden in de lidstaat van de EER of de Zwitserse Bondstaat;
- 2) de werknemers zijn wettig tewerkgesteld, of de zelfstandige is op rechtsgeldige wijze actief als zelfstandige, in de lidstaat waar ze verblijven en de vergunning is tenminste geldig voor de duur van het in België uit te voeren werk;
- 3) de werknemers zijn in het bezit van een regelmatige arbeidsovereenkomst;

- 4) de werknemers of zelfstandigen beschikken over een paspoort en verblijfsvergunning van een duur die minstens gelijkwaardig is met de duur van de dienstverlening om hun terugkeer naar hun lang van oorsprong of verblijf te verzekeren.

De documenten die de (intermediaire) aannemer moet laten aanbrengen door zijn rechtstreekse onderaannemer betreffen dan ook vooral de documenten die aanwezig moeten zijn om te genieten van de voormelde vrijstelling overeenkomstig de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie (Vander Elst) en de voormelde bepalingen die deze rechtspraak verankeren. Om die reden moeten volgende gegevens worden aangebracht:

- het bewijs van een geldig paspoort of daarmee gelijkgestelde reistitel van elke buitenlandse werknemer die door de rechtstreekse onderaannemer wordt tewerkgesteld, of van de buitenlandse zelfstandigen waar de rechtstreekse onderaannemer een beroep op doet. Indien de rechtstreekse onderaannemer een buitenlandse onderdaan is die zelf als zelfstandige activiteiten gaat uitvoeren in opdracht van de (intermediaire) aannemer, wordt ook zijn paspoort of reistitel opgevraagd om na te gaan of hij rechtsgeldig op het grondgebied verblijft (punt a);
- het bewijs van het recht op verblijf of een verblijfsvergunning van meer dan drie maanden in de lidstaat van de Europese Economische Ruimte of de Zwitserse Bondstaat van de betrokken werknemers of zelfstandigen die onderdaan zijn van een derde land (punt b);
- het bewijs van de Limosa-verklaring van de buitenlandse werknemers of zelfstandigen, indien van toepassing voor de sector of activiteiten van de betrokkenen (punt c);
- het bewijs van de A1-verklaring, zijnde het document, afgegeven door de buitenlandse instelling, dat verklaart dat de socialezekerheidswetgeving van dat land van toepassing blijft tijdens de tewerkstelling op het Belgisch grondgebied, of, als een internationale overeenkomst daarover ontbreekt, een verklaring van de rijksdienst voor Sociale Zekerheid dat de voorwaarden om onderworpen te zijn aan het Belgisch stelsel voor Werknemers, niet vervuld zijn (punt d).

Het opvragen van alle arbeidsovereenkomsten van de buitenlandse werknemers bleek volgens het extern juridisch advies een te verre gaande maatregel die de proportionaliteitstoets in kader van het vrij verkeer van diensten mogelijks niet zou doorstaan. Om toch te kunnen nagaan of er voldaan is aan de voorwaarde van een rechtsgeldige tewerkstelling in de zendlidstaat, wordt daarom vereist dat de onderaannemer de A1-verklaringen van de betrokken werknemers aanbrengt. Ook vanuit de RSZ wordt aangegeven dat dit document het enige sluitende bewijsstuk is dat er sprake is van een rechtsgeldige tewerkstelling in de zendstaat.

Aangezien een A1-document laattijdig en zelfs retroactief kan worden afgeleverd, is het mogelijk dat dit document bij de aanvang van de tewerkstelling of zelfstandige activiteiten nog niet beschikbaar is. Om deze reden volstaat het om in dat geval het ontvangstbewijs van de aanvraag van de A1-verklaring aan te leveren. Zo worden nodeloze drempels, waarbij de onderneming zou moeten wachten tot de bevoegde administratie het document effectief aflevert, vermeden. De RSZ geeft

hierbij aan dat bij elke aanvraag van een A1-verklaring in een EER-lidstaat op korte termijn een ontvangsbewijs wordt afgeleverd.

Het opvragen van bovenvermelde documenten beantwoordt aan dwingende redenen van algemeen belang, zijnde de bescherming van (gedetacheerde) werknemers en het voorkomen van oneerlijke concurrentie, waartoe ook de bestrijding van sociale dumping en fraude behoort. De maatregel is bovendien geschikt om dit doel te bereiken. Dit werd ook bevestigd in het extern juridisch advies dat hierover werd ingewonnen. Daarnaast wordt ook gesteld dat het opvragen van het paspoort, de verblijfsvergunning in de zendlidstaat, de limosa-melding en de (aanvraag van een) A1-verklaring proportioneel is, gezien er geen minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn om de doelstellingen te behartigen dan het rechtstreeks opvragen van deze documenten. De aard van het aanbrengen is bovendien niet te ingrijpend omdat het louter gaat om een check of de betreffende documenten voorhanden zijn, waarbij een inhoudelijke controle geenszins wordt vereist. Er wordt ook niet vereist dat de aannemer een document, bv. de A1-verklaring, zelf moet aanvragen wanneer dit niet voorhanden is.

Gelet op voorgaande is de regeling dan ook in overeenstemming met de principes van het Europese vrij verkeer van diensten en de mogelijke beperkingen daarvan.

Er moet ook worden opgemerkt dat de aanwezigheid van deze gegevens geenszins vereist is om toegang tot de arbeidsmarkt te verkrijgen of om de werken te laten aanvangen. De gegevens moeten enkel worden aangebracht in kader van de zorgvuldigheidsplicht in hoofde van de aannemer, zijnde om niet aansprakelijk te worden gesteld indien er onregelmatigheden zouden worden vastgesteld bij zijn rechtstreekse onderaannemer.

Indien de buitenlandse onderdanen worden tewerkgesteld in een Belgische context volgens de regels van de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en zelfstandigen waarbij resp. een toelating tot arbeid of beroepskaart vereist is (economische migratie), worden de gegevens onder punt 2° opgevraagd. De Vlaamse Regering beperkt zich tot de gegevens die noodzakelijk zijn voor de (intermediaire) aannemer. Gegevens die reeds door het Departement Werk en Sociale Economie werd nagekeken voorafgaand aan het afleveren van een arbeidskaart, gecombineerde vergunning of beroepskaart (zoals een rechtsgeldige en ondertekende arbeidsovereenkomst, een bewijs van economische activiteiten als het gaat om een zelfstandige) worden in het kader van het "only once" principe niet meer opgevraagd door de (intermediaire) aannemer omdat deze het voorwerp uitmaken om de toelating tot arbeid/zelfstandige activiteit te verkrijgen en dus gedekt zijn door het opvragen van de toelating tot arbeid/zelfstandige activiteit (punt c).

Volgende gegevens moeten worden aangebracht:

- het bewijs van een geldig paspoort of daarmee gelijkgestelde reistitel van elke buitenlandse werknemer die door de rechtstreekse onderaannemer wordt tewerkgesteld, of van de buitenlandse zelfstandigen waar de rechtstreekse onderaannemer een beroep op doet. Indien de rechtstreekse onderaannemer een buitenlandse onderdaan is die zelf als zelfstandige activiteiten gaat uitvoeren in opdracht van de (intermediaire) aannemer, wordt ook zijn

paspoort of reistitel opgevraagd om na te gaan of hij rechtsgeldig op het grondgebied verblijft (punt a);

- een bewijs van het wettig verblijf van de betrokken werknemers of zelfstandigen die onderdaan zijn van een derde land (bijvoorbeeld een A kaart) op basis waarvan ze rechtsgeldig op het grondgebied kunnen verblijven en werken (punt b);
- een bewijs van een geldige toelating tot arbeid (arbeidskaart, gecombineerde vergunning of andere Belgische verblijfstitel die is afgeleverd met het oog op werk) of toelating tot een zelfstandige activiteit (beroepskaart) van de betrokken werknemers of zelfstandigen die onderdaan zijn van een derde land (punt c);
- De DIMONA-verklaringen van de buitenlandse werknemers van de rechtstreekse onderaannemer die onderdaan zijn van een derde land (punt d).

Bovenvermelde gegevens worden aangebracht per betrokken werknemer of zelfstandige. Een digitaal afschrift volstaat als bewijs.

Door het laten aanbrengen van de voormelde gegevens kan de aannemer verifiëren of zijn rechtstreekse onderaannemer zich niet schuldig maakt aan illegale tewerkstelling of beroep doet op illegale zelfstandigen.

Deze persoonsgegevens worden enkel verwerkt voor zover dit noodzakelijk is voor de uitoefening van een taak van algemeen belang, zijnde de bescherming van werknemers door het voorkomen van illegale tewerkstelling.

Het ontworpen artikel 79/2 voorziet in de modaliteiten voor het laten aanbrengen van de gegevens. De (intermediaire) aannemer verifieert of de gegevens aanwezig zijn via de daartoe door de overheid voorziene applicatie. De gesprekken voor de ontwikkeling van deze applicatie zijn lopende. Een businessanalyse zal moeten uitwijzen welke gegevens via het platform raadpleegbaar zullen zijn. Het doel is om zoveel als mogelijk gegevens te kunnen raadplegen via deze applicatie, zodat de administratieve last voor de ondernemingen beperkt blijft. Indien het voor bepaalde gegevens niet mogelijk zou zijn om het verifiëren van de aanwezigheid ervan via de applicatie te laten verlopen, voorziet het tweede lid in een alternatief: in dat geval vraagt de onderneming deze gegevens op bij zijn onderaannemer en verifieert hij op deze manier of ze aanwezig zijn.

Het ontworpen derde lid bepaalt dat de aanwezigheid van het geldig paspoort of reistitel van de buitenlandse werknemer of zelfstandige, enkel moet worden nagegaan wanneer dit via de applicatie kan verlopen. Indien de applicatie niet in deze mogelijkheid voorziet, moet dit gegeven aldus niet worden aangebracht.

Wanneer de gegevens niet aanwezig zijn, moet de onderneming zijn rechtstreekse aannemer hierover aanspreken en hem verzoeken deze alsnog aan te brengen. Met “verifiëren of de vereiste gegevens aanwezig zijn” 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,... Wanneer er een document wordt overgemaakt dat niet langer geldig is, kan men immers moeilijk stellen dat dit document aanwezig is.

Het betreft een verificatie van de aanwezigheid van de gegevens op het moment van de opvraging ervan, vóór de aanvang van de werken. De onderneming moet de aanwezigheid van de documenten bij zijn rechtstreekse onderaannemer nadien niet verder opvolgen. Doch kan van een normale zorgvuldige en vooruitziende onderneming wel worden verwacht dat hij, wanneer hij vaststelt dat de geldigheidsduur van een bepaald aangeleverd document niet minstens gelijkwaardig is met de duur van de dienstverlening, zijn onderaannemer erop wijst dat dit document tijdig vernieuwd moet worden. De onderaannemer is als werkgever immers verplicht om steeds over geldige documenten te beschikken.

Er wordt niet verwacht dat de onderneming de inhoud van alle buitenlandse documenten van zijn onderaannemer begrijpt en de geldigheid hiervan beoordeelt. Indien er door de rechtstreekse onderaannemer een buitenlandse arbeids- of verblijfsvergunning wordt overgemaakt waarvan nadien blijkt dat de betrokken werknemer hiermee niet mocht werken, zal de onderneming hiervoor niet aansprakelijk kunnen worden gesteld. Een geldigheidsdatum is echter een gegeven dat een normale zorgvuldige onderneming kan begrijpen, en op basis waarvan hij kan nagaan of het aangebrachte document nog geldig is.

De intermediaire aannemer houdt deze gegevens ter beschikking van de sociale inspectie, zodat kan worden aangetoond dat hij de noodzakelijke zorgvuldigheid heeft betracht.

De onderneming kan zich voor deze taken van opvragen en bijhouden van gegevens laten bijstaan door een sociale dienstverrichter of een erkend sociaal secretariaat, zijnde een mandataris die in naam en voor rekening van de onderneming de onderneming ondersteunt met de sociale administratie.

Wanneer de aannemer aan deze zorgvuldigheidsplicht voldoet kan hij niet aansprakelijk worden gesteld, mocht er toch sprake zijn van illegale tewerkstelling of het beroep doen op illegale zelfstandigen door zijn rechtstreekse contractant.

Artikel 2.

Dit artikel bepaalt de inwerkingtreding van dit besluit en de bepalingen in het decreet waaraan dit besluit uitvoering geeft. Er wordt voorzien in een voldoende ruime overgangperiode, zodat de ondernemingen voldoende tijd hebben om zich voor te bereiden op deze nieuwe verplichtingen. Het is bovendien de bedoeling dat de regelgeving slechts in werking treedt wanneer de applicatie, waarmee de aanwezigheid van de gegevens kan worden geverifieerd, operationeel is. De gesprekken omtrent de ontwikkeling van deze applicatie zijn lopende.

Artikel 3.

De Vlaamse minister, bevoegd voor Werk, is belast met de uitvoering van dit besluit.

3. VOORSTEL VAN BESLISSING

De Vlaamse Regering beslist:

- 1° haar definitieve goedkeuring te hechten aan het bijgaande ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering tot wijziging 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, wat betreft de aan te brengen gegevens bij onderaanneming;
- 2° de Vlaamse minister van Economie, Innovatie, Werk, Sociale economie en landbouw te gelasten het voormelde besluit van de Vlaamse Regering in extenso te laten publiceren in het Belgisch Staatsblad.

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

Jo BROUNS