

Is het gevaar van terbeschikkingstelling geweken na de Programmawet van 12 augustus 2000?

Filip Tilleman
Advocaat-Vennoot
Tilleman van Hoogenbemt (Antwerpen)

In heel wat situaties doet een onderneming al dan niet tijdelijk een beroep op de hulp en expertise van werknemers van een andere onderneming. Dat uitlenen van personeel gebeurt tegenwoordig onder verschillende benamingen. Voor welke vorm van uitlening van personeel de gebruiker ook kiest, hij zal zich er terdege van moeten vergewissen dat het niet gaat om een vorm van verboden terbeschikkingstelling. Met de Programmawet van 12 augustus 2000 (B.S., 31 augustus) werd het toepassingsveld van de verboden terbeschikkingstelling weliswaar versmald, maar dat betekent niet dat alle gevaar is geweken...

EEN KORTE SITUATIESCHETS

Het beroep doen op werknemers van een andere onderneming kan ingegeven zijn door het feit dat een bepaalde opdracht slechts tijdelijk van aard is en men er geen nieuwe vaste werknemers voor wil aanwerven. Andere vaak voorkomende motieven voor het inlenen van andere werknemers zijn het feit dat de onderneming zelf de nodige expertise niet heeft of zich bewust wil beperken tot haar core business of nog kosten wil besparen.

Het inlenen van die expertise neemt verschillende vormen aan: bodyshopping, outsourcing, detachering, contracting en subcontracting, uitbesteding, uitlening, onderaanneming, terbeschikkingstelling, ... Deze ronkende

benamingen verwijzen allemaal naar een fenomeen waar de laatste jaren meer en meer gebruik van wordt gemaakt; juridisch kunnen ze worden herleid tot één en dezelfde gevaarlijke noemer, nl. terbeschikkingstelling. In vele van deze dagdagelijkse situaties overtreedt men immers het in artikel 31 van de Wet van 24 juli 1987 betreffende uitzendarbeid geformuleerde verbod op terbeschikkingstelling van werknemers. Het overtreden van dit verbod heeft verregaande gevolgen, niet alleen op arbeidsrechtelijk, maar ook op strafrechtelijk vlak; het kan bovendien leiden tot niet malse administratieve geldboetes.

In de eerste jaren volgend op het van kracht worden van gezegde wetgeving, bleef het op het terrein relatief stil rond het verbod op terbeschikkingstelling. Bij het begin van de jaren '90 werd het toezicht op de naleving ervan echter verscherpt. Verschillende bedrijven werden - tot hun overigens grote verbazing - geconfronteerd met processen-verbod van de sociale inspectie wegens overtreding van het verbod. Het ongeloof van de getroffen ondernemingen vloeide voort uit het feit dat zij werden gestraft in het kader van, in hun ogen, dagdagelijkse en onschuldige situaties, zoals, bijvoorbeeld, het inhuren, gedurende enkele maanden, van een computerdeskundige of een technisch tekenaar.

De roep om verzachting van dit verbod werd dan ook luider en luider. Uiteindelijk werd in het kader van de Programmawet van 12 augustus 2000 (B.S., 31 augustus) een wijziging aangebracht aan het ondertussen “beruchte” artikel 31 van de Wet van 24 juli 1987. De vraag rijst of het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers aan een andere werkgever thans een papieren tijger is geworden of, integendeel, nog wel degelijk scherpe tanden heeft...

HET VERBOD OP TERBESCHIKKINGSTELLING BLIJFT OVEREIND!

Het uitgangspunt is en blijft hoe dan ook dat het principiële verbod van artikel 31 van de Wet van 24 juli 1987 blijft bestaan. Het is dus nog steeds verboden om in dienst genomen werknemers ter beschikking te stellen van derden, die deze werknemers gebruiken en over hen enig gedeelte van het gezag uitoefenen dat normaal aan de werkgever toekomt.

HET DECISIEVE CRITERIUM : DE DELEGATIE VAN WERKGEVERSGEZAG

Het criterium bij uitstek om te beoordelen of er in de praktijk al dan niet sprake is van verboden terbeschikkingstelling, is het gegeven dat de gebruiker enig gedeelte van werkgeversgezag uitoefent over de uitgeleende werknemers.

Uit de woorden “enig gedeelte” kan worden afgeleid dat er van verboden terbeschikkingstelling sprake is wanneer de werknemers die ter beschikking gesteld worden, deels nog onder het gezag van de oorspronkelijke werkgever vallen en deels onder dat van de gebruiker. Hierbij dient te worden onderstreept dat zelfs zeer minieme uitoefening van werkgeversgezag door de gebruiker volstaat om te spreken van een verboden terbeschikkingstelling.

A fortiori is er sprake van verboden terbeschikkingstelling indien de gebruiker volledig het werkgeversgezag uitoefent.

In de praktijk gaan sociale inspectie en rechters die deze problematiek moeten toetsen, feiten opsporen die erop wijzen dat er uitoefening van gezag is door de gebruiker over de werknemers die hem ter beschikking werden gesteld.

Het eerste element dat de sociale inspectie en de rechter in ogenschouw nemen is de overeenkomst tussen diegene die het personeel gebruikt en diegene die het personeel uitleent. Het gebeurt immers heel vaak dat de overeenkomst er uitdrukkelijk in voorziet dat de uitlener zijn gezag over zijn werknemers delegeert aan de gebruiker. Sommige overeenkomsten spreken zelfs uitdrukkelijk van “terbeschikkingstelling van werknemers” of van “uitlening van personeel”. In andere overeenkomsten ligt dan weer duidelijk de nadruk op personen

die diensten moeten leveren, waaruit men ook weer kan afleiden dat het in wezen gaat over het inhuren van personeel. Bij een echte aannemingsovereenkomst is het voorwerp van de overeenkomst daarentegen een uit te voeren taak, ongeacht wie de taak uitvoert. Het hoeft geen betoog dat in dergelijke situaties de discussieruimte bijzonder nauw wordt: partijen hebben immers zelf hun rechtsverhouding aangemerkt als een verboden terbeschikkingstelling.

Ook begeleidende documenten zoals bestelbonnen of facturen kunnen flagrante aanwijzingen bevatten dat de essentie van de relatie een verboden terbeschikkingstelling van personeel is (bv.: facturen met de vermelding: naam persoon x aantal manuren = BEF).

In veel gevallen zal echter de feitelijke situatie determinerend zijn. Het gebeurt immers vaak dat de uitlener in de overeenkomst de gebruiker niet de toestemming geeft om de activiteiten van zijn werknemers te leiden, maar dat in de praktijk uiteindelijk het werkgeversgezag geleidelijk volledig of ten dele verschuift van de uitlener naar de gebruiker. Dit is omzeggens een natuurlijk proces, want als men dag in dag uit met iemand binnen de eigen onderneming gaat samenwerken, gaat men hem uiteindelijk identificeren met het eigen personeel. Het is precies in deze context van feitelijke indiciën dat de nieuwe wetgeving fundamenteel gaat ingrijpen. Zo worden voortaan enkele van die feitelijke indiciën die in het verleden in bijna elk dossier werden aangegrepen om te besluiten tot overdracht van werkgeversgezag en derhalve tot verboden terbeschikkingstelling, wettelijk uitgesloten. Het betreft meer bepaald:

- instructies door de gebruiker gegeven m.b.t. het naleven en het laten naleven van verplichtingen inzake welzijn en veiligheid op het werk;
- instructies inzake arbeids- en rusttijden;
- instructies die door de derde worden gegeven in uitvoering van de overeenkomst die hem met de werkgever verbindt inzake de uitvoering van het overeengekomen werk.

De drie voornoemde indiciën kunnen dus niet meer worden ingeroepen om tot de vaststelling van een verboden terbeschikkingstelling te kunnen besluiten. Vooral het feit dat thans instructies m.b.t. de uitvoering van de opdracht mogelijk worden, vernauwt het toepassingsgebied van de verboden terbeschikkingstelling. In het verleden was het heel vaak de lawine aan mondelinge of schriftelijke instructies m.b.t. de uit te voeren taak, zijnde toch per definitie een uiting van werkgeversgezag, die werden aangegrepen om te stellen dat er sprake was van verboden terbeschikkingstelling. Het dient echter nogmaals zeer sterk onderstreept te worden dat ook na de nieuwe wetswijziging het verbod op terbeschikkingstelling nog steeds ten volle blijft bestaan. De vraag rijst dan uit welke feitelijke indiciën de sociale inspectie of de rechter de verboden terbeschikkingstelling alsnog kunnen afleiden.

In eerste orde zullen natuurlijk opnieuw de overeenkomst, de facturen en bestelbonnen een aanduiding geven over hoe de overeenkomst tussen partijen écht moet worden gekwalificeerd.

Vervolgens zal de verboden terbeschikkingstelling nog kunnen afgeleid worden uit onder meer de volgende feitelijke elementen:

- het feit dat de gebruiker disciplinaire sancties treft t.a.v. de ontleende werknemers. Dit is per definitie een prerogatief van een werkgever;
- de ontleende werknemers moeten hun ziektebriefjes inbrengen bij de gebruiker;
- de ontleende werknemers moeten voor hun vakantieplanning toestemming vragen aan de gebruiker;
- op nota's aan "het personeel" komen niet alleen de eigen werknemers voor, maar ook de ingeleende werknemers;
- het feit dat de ingeleende werknemers tussen het ander personeel vermeld worden op het organogram van de onderneming;
- verklaringen van de betrokken werknemers waaruit blijkt dat de gebruiker de feitelijke werkgever is en als dusdanig ook wordt beschouwd;
- ...

Praktisch gezien heeft de wetswijziging dus gewoon tot gevolg dat de nadruk verschuift naar andere feitelijke indiciën, die dus veel zwaarder gaan doorwegen dan werken. In die context mag men niet vergeten dat het voldoende is dat "enig" gedeelte van werkgeversgezag wordt uitgeoefend door de gebruiker.

SANCTIES

Vermits het verbod op de terbeschikkingstelling wel degelijk gehandhaafd blijft, is het gepast om de aandacht ook even te vestigen op de sancties die aan het overtreden van het verbod zijn verbonden, te meer daar deze bijzonder verregaand zijn.

1. Civielrechtelijke sancties

in het kader van de relatie gebruiker – ter beschikking gestelde werknemer

De gebruiker wordt geacht verbonden te zijn met de ter beschikking gestelde werknemer door een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd vanaf het begin van de uitvoering van de arbeid.

Deze sanctie is inderdaad niet zonder gevolgen, in die zin dat een onderneming aldus tegen heug en meug haar personeelsbestand kan zien aangroeien. Het is natuurlijk mogelijk dat de betrokken werknemer niet opgezet is met z'n nieuwe werkgever. De wetgever heeft met deze hypothese rekening gehouden en als principe geponeerd dat de betrokken werknemer de overeenkomst kan beëindigen zonder opzegging noch vergoeding. Van dat recht kan de werknemer slechts gebruik maken tot op datum waarop hij normaal niet meer ter beschikking zou zijn gesteld van de gebruiker. Na deze datum zal hij, net zoals iedere andere werknemer die zijn werkgever wenst te verlaten, een opzegtermijn moeten respecteren.

De oorspronkelijke werkgever ontsnapt van zijn kant evenmin aan de verplichtingen die voor hem normaliter voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Artikel 31 § 4 van de Wet van 24 juli 1987 stelt hem en de gebruiker immers hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, lonen, vergoedingen en voordelen, die voortvloeien uit de aldus ontstane nieuwe arbeidsovereenkomst.

De term "vergoedingen" omvat onder meer de eventueel te betalen opzeggingsvergoedingen.

in het kader van de relatie uitlener - gebruiker

Gelet op haar ongeoorloofde oorzaak, wordt de handelsovereenkomst tussen de uitlener en de gebruiker door nietigheid getroffen.

Een overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak wanneer deze oorzaak door de wet verboden is of strijdig is met de openbare orde of met de goede zeden (art. 1133 B.W.). Het verbod op terbeschikkingstelling van artikel 31 van de Uitzendarbeidwet, welnu, is onmiskenbaar van openbare orde.

Het uitgangspunt is en blijft hoe dan ook dat het principiële verbod van artikel 31 van de Wet van 24 juli 1987 blijft bestaan. Het is dus nog steeds verboden om in dienst genomen werknemers ter beschikking te stellen van derden, die deze werknemers gebruiken en over hen enig gedeelte van het gezag uitoefenen dat normaal aan de werkgever toekomt.

Dit openbare orde-karakter blijkt uit de ratio van deze wetgeving, nl. o.m. de strijd tegen de koppelbazen en het feit dat het verbod strafrechtelijk gesanctioneerd is.

Belangrijk in deze context is dat artikel 1131 B.W. stelt dat “een verbintenis aangegaan zonder oorzaak of met een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak, geen gevolg kan hebben”.

De nietigheid op grond van de ongeoorloofde oorzaak heeft in de verhoudingen tussen uitlener en gebruiker o.m. tot gevolg dat de uitlener de som die hij factureerde aan de gebruiker voor de prestaties geleverd door zijn werknemers, niet in rechte kan opeisen. Aldus werden in de praktijk al meerdere malen vorderingen tot betaling van achterstallige facturen voor een handelsrechtbank afgewezen omwille van het feit dat aan deze facturen prestaties in het kader van een verboden terbeschikkingstelling ten grondslag lagen.

2. Strafrechtelijke sancties

Bij overtreding van artikel 31 van de Wet op de uitzend- arbeid voorzien artikel 39, 3 en artikel 39, 4 van de Wet van 24 juli 1987 in strafrechtelijke sancties voor de gebruiker en de uitlener.

Deze strafsancities kunnen gaan van een gevangenisstraf van 8 dagen tot één maand en/of een geldboete van 5 200 tot 100 000 BEF.

Niet onbelangrijk is dat deze geldboetes zoveel maal worden toegepast als er een terbeschikkinggestelde werknemer is in wiens hoofde artikel 31 werd overtreden. Het bedrag van de geldboete mag evenwel 10 000 000 BEF niet overschrijden.

3. Administratieve geldboetes

Zo de arbeidsauditeur niet opteert voor een strafrechtelijke vervolging, kan een administratieve geldboete worden opgelegd door de directeur-generaal van de studiedienst van het ministerie van tewerkstelling en arbeid. De administratieve geldboete varieert van 1 000 BEF tot 50 000 BEF. Ook deze geldboete wordt zoveel maal toegepast als er personen in strijd met de wet ter beschikking gesteld geweest zijn, zonder dat dat evenwel 800 000 BEF mag overschrijden.

CONCLUSIE

Het is ontegensprekelijk zo dat de Programmawet van 12 augustus 2000 het feitelijk toepassingsgebied van het verbod op terbeschikkingstelling gevoelig heeft teruggeschroefd. De wetgever heeft immers een clearance gegeven voor bepaalde feitelijke indiciën, die nu niet meer

kunnen ingeroepen worden als zijnde de indicatie van een verboden terbeschikkingstelling. Ongetwijfeld zal het feit dat de gebruiker, klant, thans wel degelijk en zelfs krachtens de wet instructies kan geven aan het personeel van de aannemer m.b.t. de uit te voeren job, ertoe bijdragen dat heel wat dagdagelijkse situaties thans uit de grijpparmen blijven van de verboden terbeschikkingstelling.

In de roes van deze toch wel fundamentele aanpassing, mogen ondernemingen echter niet uit het oog verliezen dat het verbod op terbeschikkingstelling nog wel degelijk een fundamentele plaats inneemt in onze rechtsorde. Men zal zeer waakzaam moeten blijven om te beletten dat het inhuren van personeel na verloop van zekere tijd niet geruisloos verglijdt in een verboden terbeschikkingstelling. De gevolgen ervan zijn op civielrechtelijk en strafrechtelijk vlak immers niet gering.

Men dient ook goed voor ogen te houden dat niet alleen de sociale inspectie en de rechter het verbod gaan inroepen om een beslissing ten gronde te nemen, maar ook heel vaak een werknemer.

Zo zou bij een expat, bijvoorbeeld, die jarenlang tewerkgesteld is geweest in het moederhuis en vervolgens gedetacheerd wordt naar het Belgisch zusterbedrijf, de verleiding wel eens groot kunnen zijn om, bij het einde van de missie, op basis van de Wet op de verboden terbeschikkingstelling, de bescherming in te roepen van het Belgisch arbeidsrecht. Aldus kan hij desgevallend een verbrekingsvergoeding bekomen die fundamenteel hoger is dan in het thuisland. Hierbij mag het feit dat de Belgische arbeidsrechter de anciënniteit verworven in het buitenland meerekent bij de bepaling van de verbrekingsvergoeding, niet worden onderschat.

Uit het voorgaande moge duidelijk worden dat ondernemingen uiterst waakzaam moeten zijn wanneer zij personeel van een andere werkgever inhuren. Veel bedrijven zijn onwetend over de gevaren die achter deze, op eerste gezicht, onschuldige praktijk schuil gaan. De accountant en de belastingconsulent kunnen hen hierbij behulpzaam zijn door hen te wijzen op de Wet van 24 juli 1987. Het is inderdaad niet ondenkbaar dat de economische professional in zijn dagelijkse praktijk geconfronteerd wordt met documenten die duidelijk wijzen in de richting van een verboden terbeschikkingstelling. Dat kunnen, zoals hoger gezegd, contracten betreffen, maar vooral ook facturen met vermeldingen als “inhuren personeel”, “namen van werknemers x aantal manuren”, “terbeschikkingstelling van personeel”,... Er is uiteraard ook niets op tegen om rechtuit de vraag te stellen of de betreffende onderneming al dan niet werknemers inhuurt en binnen welk wettelijk kader dit precies gebeurt.