

## **ADVIES**

|          |  |
|----------|--|
| Van:     | Advocaten Sabine Vanoverbeke en Joris De Keersmaeker met medewerking van Jacques Clesse en Antoine Vanden Abeele |
| Voor:    | Federale Overheidsdienst Volksgezondheid   |
| Betreft: | Zorgnetwerken en arbeidsrecht  |
| Datum:   | 25 april 2016  |

### **SAMENVATTING**

- 1. In het kader van het nieuwe beleid geestelijke gezondheid voor kinderen en jongeren zullen er samenwerkingsverbanden (Netwerken) worden opgericht. De partners bij deze samenwerkingsverbanden zijn veelal VZW's werkzaam in de geestelijke gezondheidszorg voor kinderen en jongeren en belendende sectoren. De partners zullen werknemers 'vrijstellen' ten voordele van het Netwerk om de taken van netwerkcoördinatie en mobiele werking in te vullen.*
- 2. In België geldt een principiële verbod op terbeschikkingstelling, ingeschreven in artikel 31 §1 van de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers. Deze wet is tot stand gekomen om de strijd tegen zogenaamde 'koppelbazerij' aan te gaan. Dat zijn situaties waarbij – vaak malafide – ondernemingen enkel opgericht worden om werknemers aan te werven met het oog op de onmiddellijke terbeschikkingstelling aan derden, waarna die ondernemingen hun sociale verplichtingen (bv. betalen van lonen en socialezekerheidsbijdragen) niet nakomen en vervolgens verdwijnen of failliet gaan. Dit is hier evenwel niet het geval, waardoor de vraag gesteld kan worden of binnen de Netwerken de vrijstelling van werknemers wel geïnterpreteerd zal worden als een verboden terbeschikkingstelling. Het toepassingsgebied van de wet van 24 juli 1987 heeft echter een algemene draagwijdte.*

*Ervan uitgaande dat door de beoogde samenwerking in de Netwerken een feitelijke vereniging van de samenwerkende partners ontstaat die als 'derde' wordt gekwalificeerd, valt het 'vrijstellen' van werknemers van de partners ten voordele van het Netwerk onder het toepassingsgebied van wet van 24 juli 1987.*

*In de huidige stand van de wetgeving is er voor de samenwerking in het kader van de Netwerken geen specifieke wettelijke uitzondering voorzien op het verbod op terbeschikkingstelling.*

*Mits voldaan wordt aan de in de wet gestelde voorwaarden kan voor de beoogde samenwerking in de Netwerken echter gebruik worden gemaakt van 2 bestaande wettelijke uitzonderingen.*

3. *In eerste instantie voorziet artikel 31, §1, 2de en 3de lid in de mogelijkheid dat een derde-gebruiker instructies geeft aan de werknemer van de werkgever-uitlener indien het instructierecht uitdrukkelijk en gedetailleerd wordt voorzien in een geschrift. In de huidige stand van de wetgeving dient in de context van de Netwerken bij voorkeur gebruik te worden gemaakt van deze uitzondering. Dit instructierecht kan best worden voorzien in de samenwerkingsovereenkomsten ter oprichting van de Netwerken.*

4. *Hoewel minder evident, zou men kunnen verdedigen dat er een beroep kan worden gedaan op de uitzondering voorzien in artikel 32, §1, 2de lid, nl. de toegelaten terbeschikkingstelling in het kader van een samenwerking tussen ondernemingen van eenzelfde financiële en economische entiteit. Het Arbeidshof van Luik besliste in een arrest van 23 november 1999 dat zulke terbeschikkingstelling niet van beperkte duur moet zijn. Uit dit arrest zou afgeleid kunnen worden dat het begrip financiële en economische entiteit ruim moet worden opgevat. Bijgevolg zou ook de samenwerking in het kader van de Netwerken kunnen worden beschouwd als een samenwerking binnen eenzelfde financiële en economische entiteit.*

*Wil men voldoen aan deze uitzondering, dan moeten de volgende voorwaarden worden nageleefd:*

- *enkel vaste werknemers mogen ter beschikking worden gesteld;*
- *voor de aanvang van de terbeschikkingstelling moet een driepartijenovereenkomst worden gesloten;*
- *de sociale inspectie moet minstens 24 uur voor aanvang van de terbeschikkingstelling worden verwittigd.*

*Naar onze mening en de mening van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, is het evenwel delicaat om voor te houden dat een structurele en duurzame samenwerking tussen Partners van de Netwerken een 'uitzonderlijk' karakter heeft zoals de Wet van 24 juli 1987 voorschrijft.*

*Gelet op de onzekerheid m.b.t. de mogelijkheid om de tweede uitzondering toe te passen in het kader van de Netwerken, adviseren wij om in de praktijk beroep te doen op de eerste uitzondering.*

5. *De mogelijke aansprakelijkheid van de aansteller in het geval van een schadeverwekkend feit binnen de activiteiten van het Netwerk zal autonoom beoordeeld worden door de rechter. Deze zal op basis van de feitelijke omstandigheden nagaan en beslissen of de werkgever dan wel een eventuele gebruiker (het Netwerk of een partner van het Netwerk) aansprakelijk is als aansteller. Het feit dat het om een (toegelaten) terbeschikkingstelling zou gaan, zal slechts één van de elementen zijn die de rechter mee in overweging neemt.*

## 1. INLEIDING

1.

Het nieuw geestelijk gezondheidsbeleid voor kinderen en jongeren wenst de acute en chronische geestelijke gezondheidszorg, waar mogelijk, te organiseren door zorgcircuits en zorgnetwerken (=hierna het 'Nieuwe Beleid').

Artikel 11 van de Gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen definieert de begrippen zorgnetwerk en zorgcircuit als volgt:

- een zorgnetwerk is een geheel van zorgaanbieders, zorgverstrekkers, instellingen en diensten, ... die samen voor een door hen nader te omschrijven doelgroep van patiënten en binnen een door hen te motiveren gebiedsomschrijving, één of meerdere zorgcircuits aanbieden, in het kader van een instellingoverstijgende juridisch geformaliseerde samenwerkingsovereenkomst;
- een zorgcircuit is het geheel van zorgprogramma's en andere zorgvoorzieningen die (...) worden georganiseerd door middel van een netwerk van zorgvoorzieningen (...).

Het Nieuwe Beleid beoogt de samenwerking tussen verschillende partners, veelal vzw's die reeds actief zijn in de geestelijke gezondheidszorg voor kinderen en jongeren of belendende sectoren (hierna 'Partners'), om geestelijke gezondheidszorg aan te bieden in of zo dicht mogelijk bij het thuismilieu van de jongeren en kinderen. Residentiële opnamen zullen in de mate van het mogelijke voorkomen worden.

2.

Om de voormelde samenwerking tussen verschillende Partners te realiseren, zullen de Partners samenwerkingsovereenkomsten sluiten. Zodoende zullen er netwerken geestelijke gezondheid voor kinderen en jongeren ontstaan (hierna 'Netwerken').

Binnen de Netwerken zal een mobiele teamwerking (hierna 'Mobiele Werking') worden uitgebouwd, die zal worden uitgevoerd door werknemers van verschillende Partners. Vanuit deze mobiele teamwerking kan het bv. zijn dat een persoon uit de ambulante geestelijke gezondheidszorg en een persoon uit de residentiële geestelijke gezondheidszorg het kind of de jongere thuis opzoekt als eerste stap in het zorgtraject.

De netwerkcoördinatie van de op te richten Netwerken zal gebeuren door een werknemer van het 'Overlegplatform GGZ' of een andere Partner van het Netwerk. De taak van deze

werknemer bestaat er voornamelijk in om de coördinatie tussen de verschillende Partners van het samenwerkingsverband te verzorgen.

3.

Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt zou de Mobiele Werking binnen en de coördinatie van de Netwerken op verschillende manieren kunnen worden uitgevoerd.

Hypothese 1. De Partners van het Netwerk laten de aan hen opgedragen taken uitvoeren door eigen personeel.

Hypothese 2. De Partners van het Netwerk stellen personeel ter beschikking van het Netwerk. Hierbij dient rekening te worden gehouden met het principiële verbod op terbeschikkingstelling zoals opgenomen in de Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers (verder de “Wet van 24 juli 1987”).

Het wettelijk verbod op terbeschikkingstelling viseert immers zowel de bezoldigde als onbezoldigde activiteit van terbeschikkingstelling. Dat betekent dat een winstoogmerk bij het ‘uittlenen’ van personeel niet vereist is.<sup>1</sup> Het principiële verbod op terbeschikkingstelling speelt zodoende ook in het kader van de Netwerken.

In de komende bladzijden wordt nagegaan of er beroep kan worden gedaan op één van de bestaande wettelijke algemene uitzonderingen op dit verbod.

De – vrij strenge – wet van 24 juli 1987 inzake terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers is tot stand gekomen om de strijd tegen zogenaamde ‘koppelbazerij’ aan te gaan. Dat zijn situaties waarbij – vaak malafide – ondernemingen enkel opgericht worden om werknemers aan te werven met het oog op de onmiddellijke terbeschikkingstelling aan derde-gebruikers, waarna die ondernemingen hun sociale verplichtingen (bv. betalen van lonen en socialezekerheidsbijdragen) niet nakomen en vervolgens verdwijnen of failliet gaan. Het toepassingsgebied van de wet van 24 juli 1987 is echter niet beperkt tot de situaties van koppelbazerij, waardoor het verbod op terbeschikkingstelling een algemene draagwijdte heeft. Hierdoor geldt deze wetgeving bv. ook bij consultancyopdrachten en, zoals in casu, in de social-profitsector.

---

<sup>1</sup> Blanpain, R., *Arbeidsmarktrecht*, ICA-reeks, Brugge, die Keure, 2011, 131, nr. 350.

Hypothese 3. De Netwerken, als vereniging zonder rechtspersoonlijkheid (zie verder), nemen zelf werknemers in dienst. Dit impliceert dat de betrokken werknemers akkoord gaan met een tewerkstelling voor het Netwerk. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst vereist immers het bestaan van een overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer waarbij die akkoord is om voor de werkgever arbeid te verrichten tegen betaling van loon en onder het gezag van de werkgever. Een werknemer van een Partner kan niet verplicht worden om zijn tewerkstelling voor de Partner te beëindigen en in dienst te treden van het Netwerk. Er is immers geen sprake van een overdracht van een gedeelte van een onderneming van de Partner naar het Netwerk<sup>2</sup>. Daar is maar sprake van als een autonome afdeling van een onderneming overgaat op een nieuwe werkgever die de werking/activiteiten van de afdeling voortzet.

Op basis van de informatie in ons bezit is dit niet het geval.

Aangezien het niet de bedoeling is dat de Netwerken zelf werknemers in dienst nemen, zal er op deze hypothese niet verder worden ingegaan.

4.

Dit advies heeft enkel tot doel om de organisatie van de Netwerken te toetsen op overeenstemming met de op dit moment van toepassing zijnde wetgeving, in het bijzonder de Wet van 24 juli 1987.

Behoudens de hieronder besproken algemene uitzonderingen op het verbod op terbeschikkingstelling, heeft de wetgever in het verleden voorzien in specifieke uitzonderingen. In 2002 werd een specifieke uitzondering ingeschreven in artikel 144bis van de Nieuwe Gemeentewet, om de voordien vaak voorkomende terbeschikkingstelling van contractueel gemeentepersoneel aan een derde-gebruiker te legaliseren. In 2005 werd in artikel 32bis van de Wet van 24 juli 1987 de mogelijkheid voorzien om in het kader van tewerkstellingstrajecten niet-werkende werkzoekenden en leefloontrekkers ter beschikking te stellen, mits bepaalde voorwaarden worden nageleefd.

Gelet op de politieke steun en sturing van de Netwerken zou de wetgever een bijkomende specifieke wettelijke uitzondering op het verbod op terbeschikkingstelling kunnen voorzien.

---

<sup>2</sup> In geval van een overdracht van onderneming of een gedeelte van een onderneming is er op basis van de cao nr. 32 bis, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, sprake van een automatische overgang van de arbeidsovereenkomst van de overdrager naar de overnemer. Er wordt aangenomen dat in dat specifieke geval de werknemer, wiens arbeidsovereenkomst wordt overgenomen, zich niet kan verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst.

Hierdoor zou de terbeschikkingstelling in het kader van de Netwerken een specifieke juridische basis krijgen.<sup>3</sup>

De politieke wil en de vraag vanuit het werkveld om het Nieuwe beleid vrijwel onmiddellijk te kunnen opstarten blijkt groot te zijn. Er zal in afwachting van een eventuele toekomstige specifieke uitzondering op het verbod op terbeschikkingstelling, gewerkt moeten worden binnen het huidige juridische kader. Hoe dit kan, in het bijzonder in de voormelde hypothesen 1 en 2, wordt hierna besproken.

5.

Alvorens de hoger vermelde hypothesen 1 en 2 uitvoerig te bespreken zal de juridische kwalificatie van de Netwerken worden onderzocht.

Vervolgens zullen kort de mogelijke implicaties bij een ontslag van een werknemer van een Partner in het kader van de activiteiten van een Netwerk worden besproken.

Tot slot wordt de aansprakelijkheid op grond van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek besproken, nl. de aansprakelijkheid van de aansteller voor schade veroorzaakt door aangestelden. Hierbij zal nagegaan worden wie in het kader van een samenwerking in een Netwerk kan worden beschouwd als aansteller.

---

<sup>3</sup> Deze uitzondering zou kunnen worden gelinkt aan artikel 11 van de Gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen waarin de netwerken worden gedefinieerd. In voorkomend geval zal er moeten worden nagegaan hoe vanuit wetgevingstechnisch oogpunt deze uitzondering het best kan worden ingelast: door een uitzondering op te nemen in de Gecoördineerde wet van 10 juli 2008 of in de Wet van 24 juli 1987.

## 2. UITWERKING

### A. DE JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN DE NETWERKEN

6.

Om de arbeidsrechtelijke implicaties van de oprichting van Netwerken te kunnen beoordelen, dient in eerste instantie te worden nagegaan hoe de Netwerken juridisch moeten worden gekwalificeerd. In hypothese 1, nl. de terbeschikkingstelling van werknemers aan het Netwerk, is het van belang om te weten of het Netwerk als een ‘derde-gebruiker’ kan worden beschouwd. De Wet van 24 juli 1987 spreekt immers over het principiële verbod van terbeschikkingstelling van werknemers aan een ‘derde-gebruiker’ (zie hierna). Uit wat volgt zal blijken dat een Netwerk, hoewel het geen rechtspersoonlijkheid heeft, als een ‘derde-gebruiker’ kan worden beschouwd.

7.

De Partners die in het kader van het opzetten van Netwerken samenwerkingsovereenkomsten sluiten, zijn veelal vzw’s. Het uitgangspunt van het Nieuwe Beleid is dat er niet ingegrepen zal worden op het niveau van de rechtspersoonlijkheid. Dit houdt in dat er voor de oprichting van de Netwerken geen nieuwe rechtspersonen worden opgericht en dat de bestaande Partners hun eigen juridische structuur behouden.

8.

Het doel van het Nieuwe Beleid is om de bestaande Partners binnen de geestelijke gezondheidszorg en belendende sectoren op een gecoördineerde manier te laten samenwerken. Deze samenwerking<sup>4</sup> dient te worden geconcretiseerd in een samenwerkingsovereenkomst.

In de literatuur wordt de door het Nieuwe Beleid beoogde samenwerking tussen de Partners aangeduid als een ‘functionele samenwerking’. Een functionele samenwerking zal geen

---

<sup>4</sup> Wil er sprake zijn van samenwerking, moeten de Partijen op voet van gelijkheid staan. Dit impliceert dat er geen verhouding van opdrachtgever-aannemer mag bestaan. In de verhouding opdrachtgever-aannemer doet de aannemer iets op uitdrukkelijke vraag van de opdrachtgever en heeft hij niet de vrijheid om de opdracht naar eigen goeddunken te realiseren. Opdrachtgever en aannemer streven aldus geen gemeenschappelijke doelstelling na. De verhouding tussen het Netwerk (vereniging zonder rechtspersoonlijkheid) en haar individuele leden (de Partners, veelal vzw’s) kan juridisch naar ons oordeel niet worden gekwalificeerd als een aanneming van werk (zie verder i.v.m. de terbeschikkingstelling van personeel).

rechtspersoonlijkheid hebben nu er geen nieuwe juridische structuur wordt opgericht waarin de samenwerking wordt gestructureerd.

Omdat de partijen bij een samenwerkingsovereenkomst een gemeenschappelijk doel, met name een gecoördineerde multidisciplinaire geestelijke gezondheidszorg voor kinderen en jongeren in of zo dicht mogelijk bij de thuissituatie, nastreven, zal er een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, d.i. feitelijke vereniging, ontstaan. Men spreekt van een feitelijke vereniging wanneer 2 of meer natuurlijke of rechtspersonen zich verenigen, met het oog op het realiseren van een gemeenschappelijk doel, maar zonder daarvoor een vzw of een vennootschap op te richten. De definitie van een zorgnetwerk, zoals opgenomen in artikel 11 van de Gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, bevat de constitutieve bestanddelen van een feitelijke vereniging: een groep van instellingen gaat een samenwerking aan/verenigt zich om een bepaalde taak te verwezenlijken, die de taak van de samenwerkende instellingen overstijgt.

De Netwerken zullen, als verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, een aantal 'rechtspersoonskenmerken'<sup>5</sup> hebben:

- ze kunnen verbintenisrechtelijk optreden onder de loutere vermelding van de verenigingsnaam;
- ze kunnen geldig verbonden zijn door een overeenkomst (en dus ook een arbeidsovereenkomst); de rechten en verplichtingen zullen worden toegerekend aan de leden zelf;
- optreden in naam van de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid dient te gebeuren met de nodige vertegenwoordigingsbevoegdheid. De leden dienen de betrokken vertegenwoordiger volmacht te hebben verleend om in hun naam op te treden en dit optreden dient te gebeuren binnen de grenzen van die volmacht. De vertegenwoordigingsbevoegdheid kan voorzien worden in de samenwerkingsovereenkomst;
- de goederen van de vereniging vallen niet in het vermogen van de leden, maar vormen een onverdeelde boedel met de leden als 'mede-eigenaars';
- ze kunnen worden gedaagd onder de 'gemeenschappelijke naam'.

De voornaamste verschilpunten tussen een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid en een vzw zijn:

---

<sup>5</sup> Vananroye, J., *Morele wezens en wetsontduikende monniken, over de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid*, Intersentia, Antwerpen, 2012, 29p.

- de onbeperkte aansprakelijkheid van de leden voor de schulden van de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. De leden kunnen evenwel enkel voor hun deel worden aangesproken;
- elk lid van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is mede-eigenaar van de boedelgoederen;
- de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid is strafrechtelijk niet aansprakelijk.

9.

Uit het voorgaande volgt dat een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid juridisch bestaat en dat ze zelfs een aantal kenmerken bezit die typisch met een rechtspersoon worden geassocieerd (bv. verbintenisrechtelijke zelfstandigheid, vermogensrechtelijke en procesrechtelijke zelfstandigheid). Een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid zal dus ook een 'derde-gebruiker' in de zin van de Wet van 24 juli 1987 kunnen zijn.

## B. HET NETWERK EN HET ARBEIDSRECHT

10.

Zoals aangegeven in de inleiding kan de netwerkcoördinatie en de Mobiele Werking binnen de Netwerken arbeidsrechtelijk als volgt worden uitgevoerd:

- Hypothese 1: De Partners bij het Netwerk laten de aan hen opgedragen taken uitvoeren door eigen personeel;
- Hypothese 2: de Partners bij een Netwerk stellen personeel ter beschikking van het Netwerk.

### **Hypothese 1 De Partners bij het Netwerk laten de aan hen opgedragen taken uitvoeren door eigen personeel**

11.

Indien binnen Netwerken de samenwerking tussen Partners louter functioneel is en er geen enkele overdracht van werkgeversgezag van de Partner-werkgever naar het Netwerk of een andere Partner is, zullen de aan de Partners toevertrouwde taken binnen het Netwerk door de eigen werknemers (arts, verpleegkundige, psycholoog, sociaal werker, ...) onder gezag, leiding en toezicht van de betreffende Partners worden uitgeoefend.

Deze hypothese veronderstelt dat elke Partner een deel van de taken binnen het Netwerk op zich neemt en hiervoor zijn eigen personeel gebruikt dat wordt aangestuurd door een persoon die werknemer is van de Partner of door hem is aangesteld om het werkgeversgezag uit te oefenen. In deze hypothese moet er goed over gewaakt worden dat geen werkgeversgezag wordt uitgeoefend door een andere partij dan de Partner-werkgever. Dit houdt in dat de Partner-werkgever, en zijn aangestelden, alle instructies moet geven aan zijn werknemers, het werk dient te controleren en desgevallend een disciplinaire sanctie kan opleggen. Gelet op de definitie van een Netwerk en de uitleg die ons werd verschaft, is het weinig waarschijnlijk dat deze hypothese voorhanden zal zijn. Immers indien er enig gedeelte van het werkgeversgezag (bv. het geven van instructies over wie welk werk gaat uitvoeren) zou worden uitgeoefend door het Netwerk of een andere Partner zal er sprake zijn van een verboden ter beschikkingstelling (zie verder hypothese 2).

12.

De Partner-werkgever die wenst dat een werknemer taken gaat uitvoeren in het kader van een Netwerk, zal dit niet eenzijdig kunnen beslissen en zal het akkoord van de werknemer

moeten hebben; tenminste indien door de wijziging van taken er in belangrijke mate wordt geraakt aan de functie van de werknemer, de plaats van tewerkstelling of een andere arbeidsvoorwaarde. Bij voorkeur wordt tussen de Partner-werkgever en de werknemer een bijlage bij de arbeidsovereenkomst opgesteld, waarin de nieuwe werksituatie wordt beschreven en overeengekomen. In voorkomend geval zal ook het arbeidsreglement van de Partner-werkgever moeten worden aangepast, met name wanneer er gewerkt wordt volgens nieuwe werkroosters.

## **Hypothese 2: de Partners bij een Netwerk stellen personeel ter beschikking van het Netwerk**

13.

Het Nieuwe Beleid lijkt er minstens voor de organisatie van de Mobiele Werkingen van uit te gaan dat de Partners bij de Netwerken werknemers 'vrijstellen' en dat die werknemers werkzaamheden zullen uitvoeren die kaderen in de specifieke activiteit van het Netwerk. Arbeidsrechtelijk rijzen dan de volgende vragen:

- moeten deze werknemers geacht worden ter beschikking gesteld te zijn van het Netwerk of een andere Partner van het Netwerk, of niet;
- is die terbeschikkingstelling toegelaten of verboden;
- welke gevolgen zijn verbonden aan een verboden terbeschikkingstelling.

### **DEFINITIE VAN TERBESCHIKKINGSTELLING VAN WERKNEMERS**

14.

Artikel 31, §1, eerste lid van de Wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers bepaalt:

*“Verboden is de activiteit die ... door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon wordt uitgeoefend om door hen 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.”*

Overeenkomstig dit artikel is er sprake van terbeschikkingstelling van werknemers wanneer een werkgever-uitlener zijn werknemers uitleent aan een derde-gebruiker die gebruik maakt van de diensten van deze werknemers en over hen (een deel van) het gezag uitoefent dat normaal door de werkgever-uitlener zelf wordt uitgeoefend. In dit verband gebruikt men ook

wel eens de term “uitlening van personeel”. Het uitlenen van personeel met overdracht van werkgeversgezag is in België principieel verboden, behalve in de door de wet voorziene uitzonderingsgevallen.

Opdat er sprake is van een verboden terbeschikkingstelling dienen 3 voorwaarden vervuld te zijn:

- de werknemers worden ter beschikking gesteld van een derde partij
- de derde partij dient deze werknemers te ‘gebruiken’;
- en over hen enig gedeelte van het gezag uit te oefenen dat normaal aan de werkgever-uitlener toekomt.

15.

In het kader van de Netwerken zou er sprake kunnen zijn van terbeschikkingstelling van werknemers door een Partner-werkgever aan het Netwerk of aan een andere Partner. Er zal een terbeschikkingstelling zijn aan het Netwerk indien een persoon voor het Netwerk werkgeversgezag uitoefent over de betrokken werknemers (bv. het geven van instructies m.b.t. het uit te voeren werk in het kader van de Mobiele Werking). Een terbeschikkingstelling aan een ander Partner zal er zijn indien een werknemer van deze Partner gezag uitoefent (voor deze Partner) over de betrokken werknemers. Het onderscheid tussen beide gevallen lijkt op het eerste gezicht niet gemakkelijk te maken. Vanuit juridisch oogpunt wordt het onderscheid gemaakt om aan te geven dat een rechter op basis van de feitelijke gegevens die hem worden voorgelegd, naar onze mening, zal kunnen oordelen dat er een terbeschikkingstelling is aan het Netwerk dan wel aan een andere Partner van het Netwerk. Naar ons mening zal een rechter eerder oordelen dat er een terbeschikkingstelling is aan het Netwerk.

16.

De Partners bij het Netwerk, vormen naar ons oordeel, gelet op de wettelijke definitie van een Netwerk, een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid die te onderscheiden is van de juridische structuren (veelal vzw’s) van de samenwerkende Partners. Die vereniging zonder rechtspersoonlijkheid zou naar ons oordeel beschouwd kunnen worden als een derde-gebruiker die ter realisatie van de eigen doelstellingen, onderscheiden van die van de Partner-werkgever, de werknemers van de Mobiele Werking aanstuurt. Dit is belangrijk omdat wordt aangenomen dat er geen sprake is van terbeschikkingstelling als de werkgever zijn werkgeversgezag delegeert aan een derde die op zijn beurt gezag uitoefent in naam en voor rekening van de werkgever. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een werkgever (bv.

een nv) een managementvennootschap of interimmanager zou aanstellen om, in naam en voor rekening van de werkgever, instructies te geven aan de werknemers van de werkgever. In dat geval treedt de management-vennootschap/interimmanager niet op ter realisatie van eigen doelstellingen en niet in eigen naam, maar als gemachtigde van de werkgever<sup>6</sup>, in naam en voor rekening van deze laatste.

17.

De derde-gebruiker moet de werknemers 'gebruiken'. Sommige auteurs beschouwen dit niet als een aparte voorwaarde, maar als de concretisering van de gezagsoverdracht. In die optiek is er sprake van 'gebruiken', zodra de derde-gebruiker werkgeversgezag uitoefent op de werknemers. Andere auteurs houden voor dat dit een te onderscheiden voorwaarde is, die inhoudt dat er sprake moet zijn van de integratie van de werknemer van de werkgever-uitlener in de activiteiten van de derde-gebruiker. Aangezien de werknemers van de samenwerkende Partners worden vrijgesteld om werkzaam te worden in het Netwerk dat een specifieke opdracht heeft, zijn wij van oordeel dat er sprake is van het 'gebruiken' van werknemers.

18.

Centraal in het verbod van 'uitlening' van personeel door een werkgever-uitlener staat het begrip werkgeversgezag. In het algemeen wordt onder werkgeversgezag begrepen:

- het recht van de werkgever om bevelen te geven over de organisatie en de uitvoering van het overeengekomen werk. De werkgever kan bepalen welke taken de werknemer moet uitvoeren, hoe hij dit moet doen, waar en wanneer;
- het recht van de werkgever om toezicht te houden op het uit te voeren werk;
- het recht van de werkgever om disciplinair op te treden.

Vanuit deze algemene definitie lijkt het zo te zijn dat het Netwerk werkgeversgezag zal uitoefenen op de werknemers van de Partners. De verantwoordelijken voor de Mobiele Werkingen zullen bepalen welke werknemers op welke plaatsen en op welke tijdstippen worden ingezet en welke werkzaamheden ze zullen uitvoeren. Wij nemen aan dat de werknemers over hun activiteiten voor de Mobiele Werkingen ook zullen rapporteren aan de verantwoordelijken voor deze Mobiele Werkingen.

---

<sup>6</sup> Eliaers, L., *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, APR, 2014, 67, nr. 105.

19.

De conclusie lijkt te zijn dat er sprake kan zijn van terbeschikkingstelling van werknemers van de Partners naar het Netwerk, dat beschouwd wordt als een derde-gebruiker die de werknemers gebruikt en over hen enig gedeelte van het werkgeversgezag uitoefent ter realisatie van haar specifieke doelstellingen.

20.

Hoewel artikel 31, §1 vertrekt van een principieel verbod op terbeschikkingstelling, zijn in de wetgeving een aantal gevallen van toegelaten terbeschikkingstelling opgenomen. De eerste uitzondering houdt verband met de definiëring van het werkgeversgezag. De tweede uitzondering laat in specifieke gevallen terbeschikkingstelling met effectieve overdracht van werkgeversgezag toe. Deze uitzonderingen zijn voor de besproken problematiek zeer relevant.

### **EERSTE UITZONDERING: BEPERKING VAN DE NOTIE WERKGEVERSGEZAG**

21.

Artikel 31, §1, 2<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> lid van de Wet van 24 juli 1987<sup>7</sup> bepaalt wat er niet onder de uitoefening van enig gedeelte van het werkgeversgezag door een derde-gebruiker moet worden begrepen. De wet voert als het ware een fictie in, nl. dat het geven van de hierna vermelde instructies onder de hierna vermelde voorwaarden niet gelden als de uitoefening van enig gedeelte van het werkgeversgezag door de derde-gebruiker:

- instructies van de derde-gebruiker aan de werknemer(s) van de werkgever-uitlener m.b.t. de welzijnsvoorschriften die gelden in zijn onderneming (bv. veiligheidsinstructies);
- instructies van de derde-gebruiker aan de werknemer(s) van de werkgever-uitlener indien de volgende voorwaarden cumulatief zijn vervuld:

---

<sup>7</sup> Artikel 31, §1, 2<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> lid luiden:

*“Geldt voor de toepassing van dit artikel evenwel niet als de uitoefening van enig gedeelte van het werkgeversgezag door de derde, het naleven door deze derde van de verplichtingen die op hem rusten inzake het welzijn op het werk.*

*Geldt voor de toepassing van dit artikel evenmin als de uitoefening van enig gedeelte van het werkgeversgezag door de derde, de instructies die door de derde worden gegeven aan de werknemers van de werkgever in uitvoering van een geschreven overeenkomst tussen de derde en de werkgever, op voorwaarde dat in deze geschreven overeenkomst uitdrukkelijk en gedetailleerd is bepaald welke instructies precies door de derde kunnen worden gegeven aan de werknemers van de werkgever, dat dit instructierecht van de derde het werkgeversgezag van de werkgever op geen enkele wijze uitholt en dat de feitelijke uitvoering van deze overeenkomst tussen de derde en de werkgever volledig overeenstemt met de uitdrukkelijke bepalingen van voormelde geschreven overeenkomst.”*

- er moet een geschreven overeenkomst bestaan tussen de werkgever-uitlener en de derde-gebruiker;
- in die overeenkomst moet uitdrukkelijk en gedetailleerd worden bepaald welke instructies de derde-gebruiker precies kan geven aan de werknemers van de werkgever-uitlener;
- het instructierecht van de derde-gebruiker mag het werkgeversgezag op geen enkele wijze uithollen:
  - dit betekent concreet dat het instructierecht van de derde-gebruiker niet alleen technisch, doch ook qua organisatie van het personeel niet zo ver mogen gaan dat ze een wezenlijke inmenging vormen in de uitoefening van het werkgeversgezag;
  - het instructierecht dat wordt toegekend aan de derde-gebruiker mag m.a.w. niet verder gaan dan wat nodig is met het oog op de goede uitvoering van het werk of de opdracht die het voorwerp uitmaakt van de samenwerkingsovereenkomst;
- de feitelijke uitvoering van het instructierecht door de derde-gebruiker moet volledig overeenstemmen met de uitdrukkelijke bepalingen van de overeenkomst.

Overeenkomstig artikel 31, §1, 3<sup>e</sup> en 4<sup>de</sup> lid van de Wet van 24 juli 1987<sup>8</sup> zal er een verboden overdracht van werkgeversgezag zijn indien:

- er geen geschrift is tussen de werkgever-uitlener en de derde-gebruiker<sup>9</sup>;
- er geen uitdrukkelijke en gedetailleerde instructies zijn opgenomen in de overeenkomst;
- het werkgeversgezag wordt uitgehold door de instructies;
- de werkelijke uitvoering afwijkt van de schriftelijke afspraken.

---

<sup>8</sup> Artikel 31 4<sup>de</sup> lid:

*“Geldt voor de toepassing van dit artikel daarentegen wel als de uitoefening van enig gedeelte van het werkgeversgezag door de derde, eender welke instructie, andere dan deze bepaald in het tweede lid, die gegeven wordt hetzij zonder dat er tussen de derde en de werkgever een geschreven overeenkomst bestaat, hetzij wanneer de tussen de derde en de werkgever gesloten geschreven overeenkomst niet voldoet aan de in het voorgaande lid bepaalde vereisten, hetzij wanneer de feitelijke uitvoering van de tussen de derde en de werkgever gesloten geschreven overeenkomst niet overeenstemt met de in deze overeenkomst opgenomen uitdrukkelijke bepalingen.”*

<sup>9</sup> Er wordt aangenomen dat de geschreven instructies geen statisch geheel zijn en dat een overeenkomst ook kan blijken uit bv. e-mails, maar uiteraard is het beter de instructies op te nemen in een overeenkomst die door alle partijen wordt ondertekend.

22.

In de dagelijkse praktijk van samenwerking in het kader van de Netwerken zullen er meer dan waarschijnlijk instructies worden gegeven door derde-gebruikers in de zin van de wet van 24 juli 1987 (i.e. door het Netwerk of Partners van het Netwerk die niet de werkgever zijn) aan de werknemers van een Partner-werkgever (bv. instructies van de verantwoordelijke arts/teamverantwoordelijke voor de Mobiele Werking aan de werknemers die 'vrijgesteld' worden om de Mobiele Werking te verzorgen). Indien niet aan de voorwaarden van artikel 31, §1, 3<sup>e</sup> en 4<sup>de</sup> lid van de Wet van 24 juli 1987 zou voldaan zijn, zal het geven van die instructies een verboden terbeschikkingstelling uitmaken.

23.

Het lijkt ons mogelijk om binnen de limieten die de wet stelt aan het instructierecht van een derde-gebruiker werknemers vrij te stellen om de Mobiele Werking van een Netwerk te verzorgen.

Om te voldoen aan de voorwaarde dat het instructierecht van een derde-gebruiker duidelijk, gedetailleerd en precies omschreven moet worden in een geschrift, kan naar onze mening dit recht het best worden ingeschreven in de samenwerkingsovereenkomst van het Netwerk of in een bijlage bij deze samenwerkingsovereenkomst. Bij wijze van voorbeeld zouden, naar onze mening, de volgende instructies moeten kunnen worden gegeven door een derde-gebruiker<sup>10</sup>:

- richtlijnen m.b.t. het uit te voeren werk in het kader van de organisatie van de Mobiele Werking en de te verrichten huisbezoeken;
- richtlijnen m.b.t. de plaats van tewerkstelling;
- richtlijnen m.b.t. de wijze van rapportering over de verrichte werkzaamheden;
- richtlijnen m.b.t. de arbeids- en rusttijden;
- richtlijnen m.b.t. het naleven van kwaliteitsvereisten;
- richtlijnen m.b.t. het te gebruiken materiaal en de plaats van tewerkstelling.

Om te voldoen aan de vereisten van de wet moeten deze instructies precies worden opgesteld, waarbij algemene formuleringen vermeden moeten worden.

---

<sup>10</sup> Uiteraard zal enkel een rechter kunnen vaststellen of een concreet contractueel voorzien instructierecht het werkgeversgezag uitholt en aldus een verboden terbeschikkingstelling uitmaakt.

24.

Het schriftelijk voorzien instructierecht van een derde-gebruiker mag niet zo ver gaan dat het werkgeversgezag er door zou worden uitgehold. Dat betekent vooreerst dat het de Partner-werkgever, en enkel de Partner-werkgever, is die zal beslissen over aanwerving, promotie, loonsverhogingen, enzovoort. De rechtsleer is het erover eens dat het schriftelijk instructierecht ook niet zo ver kan gaan dat ook het controlerecht van een werkgever-uitlener over het gepresteerde werk, aan een derde-gebruiker wordt overgedragen. Evaluaties dienen zodoende te gebeuren door de werkgever-uitlener, niet door de derde-gebruiker. De gevolgen van een ongunstige evaluatie zullen moeten opgelegd worden door de werkgever-uitlener, en in geen geval door de derde-gebruiker. Ook de inmenging van de derde-gebruiker in het sanctierecht (bv. de mogelijkheid voor de derde-gebruiker om een tuchtsanctie op te leggen of het ontslag te geven) zou een onrechtmatige gezagsoverdracht impliceren<sup>11</sup>. Ook inzake de loonadministratie moet de werkgever-uitlener alle bevoegdheden behouden. Zo dienen de beslissingen over het nemen van vakantie bij de werkgever-uitlener te blijven. Ook het melden/aanvragen van afwezigheden en, a fortiori, het goedkeuren ervan zou moeten gebeuren bij en door de werkgever-uitlener.

Er is juridisch gezien enkel een overdracht mogelijk van het recht van de werkgever-uitlener om instructies te geven over de organisatie en de uitvoering van het werk (nl. welke taken, hoe en waar deze moeten gebeuren).

In de samenwerkingsovereenkomsten van de Netwerken of de bijlagen hierbij zal het instructierecht voor een derde-gebruiker dan ook hiertoe moeten worden beperkt. Indien er achteraf een betwisting zou rijzen, komt het de rechter toe om te bepalen of er in een concrete situatie een toelaatbare of ontoelaatbare overdracht van werkgeversgezag is.

25.

Indien in het kader van de samenwerking in een Netwerk op deze uitzondering een beroep zou worden gedaan, advisereren we om een lijst van instructies op te stellen aan de hand van overleg tussen de verschillende actoren betrokken bij het Nieuwe Beleid en deze lijst nadien aan een juridisch expert ter nazicht voor te leggen. Zodoende kunnen er mogelijke inconsistenties met de Wet van 24 juli 1987 zoveel mogelijk worden vermeden.

Het lijkt ons bovendien noodzakelijk dat tussen een werkgever-uitlener en een werknemer die taken gaat uitvoeren in het kader van een Netwerk de nodige schriftelijke afspraken

---

<sup>11</sup> Eliaerts, L., *Terbeschikkingstelling van werknemers en uitzendarbeid*, Kluwer, Mechelen, 2014, 61, nr. 97.

worden gemaakt met betrekking tot het uit te voeren werk.<sup>12</sup> Een werkgever-uitlener kan immers niet eenzijdig beslissen om essentiële bestanddelen van de arbeidsovereenkomst, zoals de functie van de werknemer, de plaats van tewerkstelling of de arbeidsduurregeling, te wijzigen. Hij zal steeds het akkoord van de werknemer moeten hebben. Zo niet kan de werknemer inroepen dat de werkgever-uitlener eenzijdig zijn arbeidsvoorwaarden (bv. functie, plaats van tewerkstelling, ...) heeft gewijzigd en aldus impliciet de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd. Er zal tussen de werkgever-uitlener en de werknemer een bijlage bij de arbeidsovereenkomst moeten worden opgesteld, waarin de nieuwe werksituatie wordt beschreven en overeengekomen. Ook in het kader van de regelgeving inzake terbeschikkingstelling is het belangrijk dat er een overeenkomst is tussen de werkgever-uitlener en de werknemer over de inhoud van het werk. Een derde-gebruiker kan immers geen recht verwerven om instructies te geven over ander werk dan hetgeen het voorwerp is van de arbeidsovereenkomst.<sup>13</sup>

### **TWEEDE UITZONDERING: TIJDELIJKE TEWERKSTELLING VAN VASTE WERKNEMERS**

26.

Artikel 32, §1, 1<sup>ste</sup> lid van de Wet van 24 juli 1987 voorziet dat de tijdelijke terbeschikkingstelling van vaste werknemers is toegestaan mits er aan een aantal voorwaarden is voldaan:

- het uitlenen van personeel mag niet tot de gewone activiteit van de werkgever-uitlener behoren;
- de terbeschikkingstelling kan enkel voor een beperkte tijd. Wat hieronder moet worden verstaan, wordt niet verduidelijkt;
- alleen vaste werknemers kunnen worden uitgeleend. De rechtsleer verstaat hieronder de werknemers die niet specifiek worden aangeworven om te worden uitgeleend. Het

---

<sup>12</sup> Terzijde kan worden vermeld dat indien het werkrooster van de betrokken werknemer zou wijzigen ook het arbeidsreglement van de werkgever-uitlener zal moeten worden aangepast. De arbeidsreglementenwet van 8 april 1965 stelt dat de werkroosters die van toepassing zijn in een onderneming verplicht dienen te worden vermeld in het arbeidsreglement. Eventueel zou kunnen worden onderzocht of het voor de mobiele werknemers zou volstaan om in het arbeidsreglement enkel te vermelden wanneer de lokalen van de werkgever toegankelijk zijn. Deze mogelijkheid werd ingevoerd voor de huisarbeiders, maar kan volgens bepaalde auteurs ook worden toegepast op andere werknemers die op verplaatsing werken (zie Vanthournout, J., *Het arbeidsreglement*, Brugge, Vanden Broelle, 2007, 49, nr. 43.).

<sup>13</sup> Plets, I., "Uitlenen van personeel: mogelijkheden en beperkingen" in Rigaux, M. en Humblet, P. (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 6*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 506, nr. 26.

moet gaan om werknemers die in de onderneming van hun werkgever-uitlener zijn geïntegreerd en daarin gewoonlijk arbeiden.

- voor de aanvang van de ter beschikkingstelling moet een driepartijenovereenkomst worden ondertekend door de werknemer, de werkgever-uitlener en de derde-gebruiker.
- de vakbondsafvaardiging van de derde-gebruiker moet haar akkoord geven. Bij ontstentenis van vakbondsafvaardiging moet het akkoord worden gevraagd aan de werknemersorganisaties vertegenwoordigd in het paritair comité van de derde-gebruiker;
- De sociale inspectie moet voorafgaandelijk haar toestemming geven. Deze kan pas haar akkoord geven nadat de vakbondsafvaardiging van de derde-gebruiker haar toestemming heeft gegeven. De sociale inspectie zal nagaan of de terbeschikkingstelling voor een beperkte tijd is en of het geen gewone activiteit is van de werkgever-uitlener (zie hoger).

27.

De hierboven vermelde uitzondering wordt nog versoepeld in 2 gevallen van terbeschikkingstelling, nl. indien een vaste werknemer die met zijn werkgever-uitlener verbonden blijkt krachtens zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, uitzonderlijk ter beschikking wordt gesteld van een derde-gebruiker<sup>14</sup>:

- ofwel in het kader van de samenwerking tussen ondernemingen van 'eenzelfde economische en financiële entiteit';
- ofwel met het oog op de kortstondige uitvoering van gespecialiseerde opdrachten die een bijzondere bekwaamheid vereisen.

In deze gevallen zal de sociale inspectie geen toestemming moeten geven, maar zal ze slechts verwittigd<sup>15</sup> moeten worden. Deze verwittiging moet minstens 24 uur voor het begin

---

<sup>14</sup> Dat vloeit voort uit artikel 32, §1, 2de lid dat bepaalt:

*“ De voorafgaande toestemming bedoeld in het eerste lid is echter niet vereist wanneer een vaste werknemer die met zijn werkgever verbonden blijkt krachtens zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst, uitzonderlijk ter beschikking wordt gesteld van een gebruiker:*

*a) in het kader van de samenwerking tussen de ondernemingen van eenzelfde economische en financiële entiteit;*

*b) met het oog op de kortstondige uitvoering van gespecialiseerde opdrachten die een bijzondere beroepsbekwaamheid vereisen;” (eigen onderlijning)*

<sup>15</sup> De voorafgaande verwittiging zou alle partijen de zekerheid bieden dat de terbeschikkingstelling op wettige wijze gebeurt. Wanneer de inspectie wordt ingelicht, kan ze controleren of de voorwaarden die worden opgelegd door de wet van 24 juli 1987 in acht zijn genomen. Zo kunnen misbruiken worden voorkomen. Zie Moreno, O., *Tijdelijke arbeid, uitzendarbeid en terbeschikkingstelling*, Kluwer, Mechelen, 2005, p.196.

van de terbeschikkingstelling gebeuren. Indien enkel een verwittiging van de sociale inspectie moet gebeuren, wordt er aangenomen dat er geen voorafgaandelijke toestemming aan de vakbondsafvaardiging van de derde-gebruiker moet worden gevraagd.

De wet vermeldt expliciet dat voormelde terbeschikkingstellingen 'uitzonderlijk' moet zijn. Volgens sommigen zou dit betekenen dat de terbeschikkingstelling tijdelijk moet zijn. Anderen houden voor dat het geen tijdsbeperking inhoudt.<sup>16</sup> Er valt met betrekking tot deze voorwaarde geen verdere verduidelijking te vinden in de voorbereidende werken<sup>17</sup>.

28.

In het kader van de samenwerking via de Netwerken zou het standpunt kunnen worden ingenomen dat beroep kan worden gedaan op één van de voormelde uitzonderingen op het verbod op terbeschikkingstelling, nl. terbeschikkingstelling in het kader van de samenwerking tussen ondernemingen van 'eenzelfde economische en financiële entiteit'.

Het begrip 'eenzelfde economische en financiële entiteit' is ontleend aan het koninklijk besluit van 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden.<sup>18</sup> Wat men er in de social-profitsector dient onder te verstaan is niet duidelijk.<sup>19</sup> In dit verband kan verwezen worden naar een arrest van het arbeidshof van Luik van 23 november 1999<sup>20</sup>. Het arbeidshof ging ervan uit dat een werknemer van een gemeente ter beschikking kon worden gesteld van de vzw die het gemeentelijk zwembad uitbaatte. Hieruit kan worden afgeleid dat het arbeidshof het begrip 'economische en financiële entiteit' ruim opvatte. Op basis van die uitspraak is het verdedigbaar dat ook het Netwerk en de Partners bij het Netwerk dienen te worden beschouwd als één economische en financiële entiteit.

---

<sup>16</sup> Tilleman vermeldt enkel dat volgens sommigen de vereiste van een uitzonderlijke terbeschikkingstelling het tijdelijk karakter inhoudt. Hieruit kan worden afgeleid dat er 2 strekkingen zijn in de rechtsleer. Zie Tilleman, F., *Tijdelijke Arbeid, Uitzendarbeid en terbeschikkingstelling van werknemers*, Deurne, Kluwer, 1992, p. 154.

<sup>17</sup> Verslag, Parl.St. Kamer 1974-75, nr. 627; Er wordt het volgende bepaald: "*Het uitlenen van arbeidskrachten wordt hierdoor gekenmerkt dat werknemers die in de onderneming van hun werkgever zijn geïntegreerd en daarin gewoonlijk arbeiden, naar andere ondernemingen worden gedetacheerd om er tijdelijk te werken.*" De voorbereidende werken lijken aldus enkel aan te geven dat de uitzonderlijkheid van de uitlening inhoudt dat ze tijdelijk dient te zijn.

<sup>18</sup> Verslag, Parl.St. Kamer 1974-75, nr. 627/11, 34.

<sup>19</sup> Vermeulen, D., "Functionele samenwerking, disfunctionele tewerkstelling?" In CAREMANS, B.(ed) *Samenwerkingsverbanden tussen vzw's*, Mys & Breesch, Gent, 1999, 112.

<sup>20</sup> Arbh. Luik (afd. Namen) 23 november 1999, Soc.Kron. 2001, 265).

Het arbeidshof van Luik heeft zich ook uitgesproken over de vereiste van het 'uitzonderlijk' karakter van de terbeschikkingstelling. Volgens het hof legt deze vereiste geen tijdsbeperking op. Het Hof verwijst hiervoor naar de tweede uitzondering vermeld in artikel 32 §1 2<sup>de</sup> lid, nl. de 'kortstondige uitvoering van gespecialiseerde opdrachten'. De uitdrukkelijke tijdsbeperking in deze tweede uitzondering zou volgens het arbeidshof niet gerechtvaardigd zijn indien 'uitzonderlijk' ook al een tijdsbeperking zou inhouden.

Indien een Netwerk een beroep wenst te doen op een terbeschikkingstelling in het kader van de samenwerking tussen ondernemingen van eenzelfde economische en financiële entiteit (artikel 32, §1, 2<sup>de</sup> lid Wet 24 juli 1987) moeten de andere voorwaarden van artikel 32, §1, 1<sup>ste</sup> lid van de Wet van 24 juli 1987 worden nageleefd:

- enkel vaste werknemers mogen ter beschikking worden gesteld;
- voor de aanvang van de terbeschikkingstelling moet een driepartijenovereenkomst worden gesloten.

In dit geval zal een verwittiging van de sociale inspectie volstaan. Volgens het hoger vermelde arrest van het Arbeidshof van Luik van 23 november 1999 zal het miskennen van deze verwittigingsplicht echter niet leiden tot een verboden terbeschikkingstelling.

### **VERSCHIL TUSSEN DE EERSTE EN DE TWEDE UITZONDERING**

29.

In toepassing van de eerste uitzondering kan in de samenwerkingsovereenkomst waardoor het Netwerk tot stand komt het instructierecht voor de derde-gebruiker (i.e. het Netwerk of Partners van het Netwerk die niet de werkgever-uitlener zijn) worden voorzien. Dit instructierecht is echter aan strikte, eerder beperkende voorwaarden onderworpen. Zo moet het instructierecht uitdrukkelijk en gedetailleerd worden opgenomen in de schriftelijke overeenkomst. Dit houdt in dat moet worden voorzien welke instructies er in het kader van het Netwerk kunnen worden gegeven door een derde-gebruiker. Strikt genomen zal er immers al sprake zijn van een verboden terbeschikkingstelling van zodra er instructies worden gegeven die niet schriftelijk zijn voorzien. Bovendien mag het schriftelijk voorzien instructierecht het werkgeversgezag niet uithollen. Aangezien het enkel aan een rechter toekomt om te oordelen of een schriftelijk voorzien instructierecht voor de derde-gebruiker het werkgeversgezag uitholt, zal dit bij het opstellen van het schriftelijk instructierecht eerder tot voorzichtigheid aanzetten.

Indien er toepassing kan worden gemaakt van de tweede uitzondering (nl. terbeschikkingstelling in het kader van samenwerking tussen ondernemingen van dezelfde financiële en economische entiteit) zullen de eerder beperkende voorwaarden van de eerste uitzondering niet spelen. Immers, indien er wordt voldaan aan de voorwaarden voor de tweede uitzondering is er een terbeschikkingstelling mogelijk zonder dat de overdracht van werkgeversgezag wordt gelimiteerd. Het is evenwel niet zeker dat een rechter zal oordelen dat op de tweede uitzondering beroep kan worden gedaan. Dat hangt af van de interpretatie van de voorwaarde van een 'uitzonderlijke' terbeschikkingstelling, nl. als een voorwaarde die de mogelijkheid tot terbeschikkingstelling beperkt in de tijd of die enkel aangeeft dat het om een uitzonderlijke activiteit van de werkgever-uitlener moet gaan. Het zal ook onzeker zijn of een rechter zal oordelen dat er sprake is van een samenwerking in het kader van eenzelfde economische en financiële entiteit. Het arrest van het Arbeidshof van Luik van 23 november 1999 geeft argumenten dat dit wel zo zou zijn. Een andere rechter is echter niet gebonden door deze interpretatie van het Arbeidshof van Luik.

Naar onze mening en de mening van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, is het evenwel delicaat om voor te houden dat een structurele en duurzame samenwerking tussen Partners van de Netwerken een 'uitzonderlijk' karakter heeft zoals de Wet van 24 juli 1987 voorschrijft.

30.

Gelet op de onzekerheid m.b.t. de mogelijkheid om de tweede uitzondering toe te passen in het kader van de Netwerken, adviseren wij om in de praktijk beroep te doen op de eerste uitzondering.

### **SANCTIES BIJ DE OVERTREDING VAN HET VERBOD OP TERBESCHIKKINGSTELLING**

31.

De overtreding van het principiële verbod op terbeschikkingstelling heeft zowel burgerrechtelijke als strafrechtelijke gevolgen.

De burgerrechtelijke gevolgen van een verboden terbeschikkingstelling zijn dat:

- de derde-gebruiker en de ter beschikking gestelde werknemer worden beschouwd als verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf het begin van de verboden terbeschikkingstelling;

- Dit zal voornamelijk gevolgen hebben in een ontslagsituatie. De ter beschikking gestelde werknemer die door zijn werkgever-uitlener wordt ontslagen, zou kunnen voorhouden ook een arbeidsovereenkomst te hebben met de derde-gebruiker en hetzij een verdere tewerkstelling bij die derde-gebruiker opeisen hetzij de betaling van een opzeggingsvergoeding van de derde-gebruiker vorderen. Uiteraard zal de ter beschikking gestelde werknemer niet tweemaal een opzeggingsvergoeding kunnen bekomen voor hetzelfde ontslag.
- de derde-gebruiker is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de sociale bijdragen, lonen, vergoedingen en voordelen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Deze sanctie heeft gevolgen indien zou blijken dat de werkgever-uitlener zijn verplichtingen daaromtrent niet nakomt en, bijvoorbeeld, de lonen of socialezekerheidsbijdragen niet betaalt. Wordt alles correct betaald, dan heeft die sanctie weinig impact

32.

De werkgever-uitlener en de derde-gebruiker die, in strijd met de wet, werknemers ter beschikking stellen of tewerkstellen kunnen strafrechtelijk of administratiefrechtelijk worden vervolgd. In het kader van de Netwerken lijkt de kans op een strafrechtelijke vervolging voor een correctionele rechtbank eerder klein te zijn. Zoals aangegeven in de inleiding is de wetgeving er in eerste instantie op gericht om koppelbazerij tegen te gaan. Bij een eventuele inbreuk op het verbod op ter beschikkingstelling in het kader van de Netwerken zullen de betrokken werknemers waarschijnlijk hun loon betaald hebben gekregen en zullen alle socialezekerheidsbijdragen betaald zijn. Dit maakt volgens ons de kans op een daadwerkelijke strafrechtelijke vervolging eerder klein.

Indien er een inbreuk zou worden vastgesteld door een inspectiedienst en deze na controle door de FOD WASO zou bevestigd worden, lijkt een administratiefrechtelijke vervolging eerder voor de hand te liggen. Tegen een beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboete kan altijd beroep aangetekend worden bij de arbeidsrechtbank.

## C. ONTSLAG VAN EEN TERBESCHIKKINGGESTELDE WERKNEMER

33.

Zowel in de hypothese dat de Partners bij het Netwerk de aan hen opgedragen taken laten uitvoeren door eigen personeel (hypothese 1) als in de hypothese dat de Partners bij een Netwerk werknemers ter beschikking stellen van het Netwerk (hypothese 2) zal de ontslagbevoegdheid bij de juridische werkgever (= de werkgever die met de werknemer verbonden is door een arbeidsovereenkomst) berusten.

Een werknemer die, bij wijze van voorbeeld zijn werk niet naar behoren uitvoert, zal ontslagen kunnen worden. Bij de beoordeling van een concrete situatie zal de werkgever-uitlener rekening kunnen houden met de input die hij krijgt uit het Netwerk.

Rekening houdend met de recente cao nr. 109 van 12 februari 2014 betreffende de motivering van het ontslag zal een ontslag niet kennelijk onredelijk mogen zijn. Een ontslag is kennelijk onredelijk indien het gebaseerd is op redenen die geen verband houden met de persoon of het gedrag van de werknemer, noch ingegeven zijn door de gang van zaken in de onderneming en waartoe nooit beslist zou zijn door een normale en redelijke werkgever. Een ontslag dat gebaseerd is op een minder goed functioneren, dat is gedocumenteerd, zal in beginsel niet als kennelijk onredelijk beoordeeld worden.

## D. HET NETWERK EN AANSPRAKELIJKHEID

34.

Artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat een aansteller aansprakelijk is voor de schade door hun “aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben” (= de aansprakelijkheid als aansteller; hierna de ‘kwalitatieve aansprakelijkheid’).

Het Hof van Cassatie heeft in een aantal arresten verduidelijkt wie als aansteller dient te worden beschouwd. Volgens het Hof van Cassatie veronderstelt de kwalitatieve aansprakelijkheid een band van ondergeschiktheid tussen de dader en de aansteller. Deze verhouding bestaat van zodra een persoon zijn gezag en toezicht op de daden van een ander in feite kan uitoefenen: er wordt niet vereist dat de aansteller effectief onderrichtingen geeft. Bovendien dient de aansteller zijn gezag en toezicht voor eigen rekening uit te oefenen.<sup>21</sup>

Of de band van ondergeschiktheid tussen de partijen al dan niet aanwezig is, is een rechtsfeit dat door de rechter zal worden beoordeeld.

35.

Wanneer een aansteller één van zijn werknemers een opdracht laat uitvoeren bij een derde (bv. een Partner van het Netwerk die deze werknemer arbeid laat verrichten voor het Netwerk), dan rijzen er bijzondere problemen. De vraag rijst wie van beiden als aansteller aansprakelijk is voor een fout begaan door de werknemer: zijn werkgever, zijnde de organisatie met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft, of zijn “gelegenheidspatroon” die in welbepaalde gevallen instructies kan geven aan de werknemer. De omstandigheden waarin de werknemer ter beschikking van de derde wordt gesteld kunnen zeer uiteenlopend zijn. Kan de gelegenheidswerkgever hem werkelijk instructies geven of niet? Voert de werknemer bij de derde enkel een taak van zijn eigen werkgever uit of wordt hij werkelijk ter beschikking gesteld?

Theoretisch zijn er voor dit probleem vier mogelijke oplossingen die elk in het verleden in rechtsleer en rechtspraak een zekere aanhang kenden: (1) de exclusieve aansprakelijkheid van de contractuele werkgever; (2) de exclusieve aansprakelijkheid van de

---

<sup>21</sup> Parrein, F., De Dier, S., “De vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid, de kwalitatieve aansprakelijkheid als aansteller en de immuniteit op grond van artikel 46 arbeidsongevallenwet” in TRV 2008, afl. 5, 382-391.

gelegenheidsaansteller; (3) de cumulatieve aansprakelijkheid van beiden en (4) een beperkte dualiteit met een verdeling van de aansprakelijkheden tussen beiden volgens de concrete context van de fout.

Het beslissend criterium is de uitoefening van het feitelijk gezag en toezicht op de daden van een andere werknemer voor eigen rekening.<sup>22</sup> Bij uitlening lijkt de rechtspraak dus meer aandacht te schenken aan de feitelijke toestand, dan aan het recht of de mogelijkheid gezag uit te oefenen. Doordat de normale werkgever nog verschillende bevoegdheden behoudt die wijzen op de mogelijkheid gezag en toezicht op de uitgeleende werknemer uit te oefenen, bestaat evenwel dikwijls aanleiding tot cumulatieve aansprakelijkheid van beide aanstellers.<sup>23</sup>

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat kwalitatieve aansprakelijkheid bestaat van zodra een persoon zijn gezag of zijn toezicht kan uitoefenen op de daden van een ander. Daartoe moet concreet worden nagegaan onder wiens feitelijk gezag en toezicht de aangestelde stond op het ogenblik van een schade verwekkend feit.

36.

In het kader van de Netwerken zal in het geval van een schadeverwekkend feit door één van de leden van de mobiele teams moeten worden nagegaan wie het feitelijk gezag over de betrokken persoon uitoefende om de kwalitatieve aansprakelijkheid vast te stellen. Of het al dan niet om een arbeidsrechtelijke terbeschikkingstelling (zie hoger) gaat, lijkt geen doorslaggevend criterium te zijn. Het behoort tot de autonome beoordelingsbevoegdheid van de rechter om uit te maken of er al dan niet een mogelijkheid tot gezag en toezicht bestaat op een werknemer. Het valt niet uit te sluiten

dat een rechter zou oordelen dat deze mogelijkheid ligt bij het Netwerk of één of meerdere Partners van het Netwerk. Veel zal afhangen van de concrete feitelijke situatie die zich voordoet.

---

<sup>22</sup> Vandenberghe, H., *Aansprakelijkheid van de aansteller* in TPR 2011, afl. 2, 575-612.

<sup>23</sup> Geens, K., Wyckaert, M., *Verenigingen en vennootschappen. Deel 2. De vennootschap. A. Algemeen deel*, 623-650 (28 p.)