

Étude finale

Auteurs:

Yves Jorens

Saskia Peters

Mijke Houwerzijl

juin 2012

Etude sur la protection des droits des travailleurs dans le cadre des processus de sous-traitance au sein de l'Union européenne
Projet DG EMPL/B2 - VC/2011/0015

Contractant: Université de Gand, Département de droit social, Universiteitstraat 4, B-9000 Gent en consortium avec l'Université d'Amsterdam

Clause de non-responsabilité: Les informations reprises dans cette publication ne reflètent pas nécessairement la position ou l'avis de la Commission européenne.

Synthèse

Depuis la fin des années 1980, les États membres de l'Union européenne ont été témoins de la croissance rapide de la sous-traitance comme méthode utilisée par les entreprises et les organisations en vue d'externaliser certaines tâches. En raison de l'intégration qui évolue de manière régulière et de l'élargissement du marché interne, les chaînes de sous-traitance impliquent de plus en plus d'entreprises d'États membres différents. Le phénomène est particulièrement étendu dans le secteur de la construction, mais c'est aussi une caractéristique commune d'autres secteurs économiques. D'une part, on a encouragé la sous-traitance en raison de la flexibilité qu'elle génère pour les entreprises, ce qui était considéré comme bénéfique pour l'activité économique et la création d'emploi. D'autre part, l'utilisation croissante de la sous-traitance en particulier dans des industries à forte densité de main d'œuvre a suscité des inquiétudes au sujet de l'éventuelle dégradation des droits des travailleurs aux extrémités inférieures de longues chaînes de sous-traitance, étant donné que le client et/ou le principal entrepreneur n'a pas de responsabilités légale et sociale directes en matière de versement des salaires, des impôts et des cotisations de sécurité sociale vis-à-vis des employés de leurs sous-traitants.

La Commission européenne a abordé ce sujet dans le livre vert de 2006 traitant de 'Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle' et dans sa communication de 2007 sur le résultat de la consultation publique sur le livre vert au niveau communautaire. Entretemps, la question de la protection des droits des travailleurs dans les processus de sous-traitance a également provoqué des débats au Parlement européen qui a adopté plusieurs résolutions à ce propos. Dans sa résolution de 2009, le Parlement européen a demandé à la Commission européenne de lancer une évaluation trans-sectorielle d'impact sur la valeur ajoutée et la faisabilité d'un instrument de responsabilité conjointe et solidaire au niveau communautaire, en référence à l'étude réalisée en 2008 par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (Dublin) sur la 'Responsabilité dans les processus de sous-traitance dans le secteur européen de la construction. L'étude de Dublin a identifié huit États membres où des instruments législatifs et/ou d'auto-réglementation sur la responsabilité conjointe et solidaire dans les chaînes de sous-traitance ont été introduits.

L'objectif global de cette étude-ci est de décrire, d'analyser et d'évaluer les buts, les objectifs, le fonctionnement, l'efficacité et la faisabilité des mécanismes en place, notamment des systèmes de solidarité conjointe et solidaire et des systèmes de responsabilité en chaîne en vue de garantir la protection des droits des travailleurs dans les processus de sous-traitance dans l'UE et en Norvège, au sens le plus large possible. La sous-traitance fait référence à des situations où une entité (B) sous-traite à une autre entité (C) la fourniture de biens ou de services pour ses propres besoins. Cela reprend les cas que l'on appelle communément "outsourcing", c.-à-d. lorsque le fait que B sous-traite à C n'est pas directement lié à A qui a commandé la fourniture de certains biens ou services à B. Sur base de cette étude comparative des mesures actuellement appliquées dans tous les États membres de l'UE et en Norvège, l'analyse s'oriente davantage sur le degré d'efficacité des dispositions visant à garantir la protection des droits des travailleurs dans le cadre des processus de sous-traitance et identifie des caractéristiques qui sont communes à plusieurs États membres, ainsi qu'à leur interaction avec d'autres instruments et mécanismes existants. Pour cette partie, un échantillon représentatif de 14 pays 'clés' a été choisi. Finalement, cette étude formule également des recommandations d'améliorations possibles dans le domaine de la protection des droits des travailleurs dans le cadre de la sous-traitance, y compris dans des situations transfrontalières.

Vu la nature exploratoire de l'étude, la recherche dans tous les pays analysés (les 27 États membres et la Norvège) s'est basée sur une évaluation qualitative et une analyse des sources principales telles que des mesures législatives et d'autorégulation, ainsi que des sources secondaires telles que les publications existantes, les études (de cas), les positions politiques, les rapports et les publications de partenaires sociaux et de décideurs politiques, des données statistiques pertinentes – si elles existent – et la jurisprudence. De plus, des informations pour l'échantillon représentatif des 14 pays clés ont été

rassemblées en s'adressant aux autorités compétentes et/ou aux administrations des pays concernés par l'étude, les associations d'employeurs, les entreprises et les syndicats, en particulier dans des secteurs où la sous-traitance est répandue (ex. construction). Dans ce but, les experts nationaux ont mené, lorsque c'était approprié, des entretiens individuels ou par téléphone avec des représentants des autorités nationales, tels que les inspecteurs du travail, les partenaires sociaux pertinents et autres organismes professionnels impliqués, basés sur des questionnaires préparés par les principaux chercheurs de ce projet de recherche.

Après avoir décrit dans le chapitre 1 les objectifs de cette étude et avoir identifié les définitions clés utilisées, le chapitre 2 est principalement composé d'un aperçu des mesures actuellement appliquées dans les 27 États membres de l'UE et la Norvège qui visent, directement ou indirectement à rendre les acteurs autres que l'employeur direct co-responsables ou responsables d'assurer la protection sociale des travailleurs employés par des entreprises agissant en tant que sous-traitants (transfrontaliers) pour un client entrepreneur et cela, en tenant compte des salaires (minimum), des fonds sociaux, santé et sécurité, des cotisations de sécurité sociale et de l'impôt sur les revenus. On a également accordé notre attention à des équivalences/alternatives fonctionnelles, y compris la responsabilité sociale des entreprises (codes de conduite non contraignants).

En se basant sur les enquêtes des pays, il est devenu clair qu'une majorité de 15 des 28 pays n'ont pas mis en place de (nombreux) mécanismes de protection en matière de responsabilité dans le cadre du droit du travail ou de responsabilités autre que ceux requis par des directives de l'UE (BG, CY, CZ, EE, IE, HU, LT, LU, LV, MT, UK, PL, PT, SI, SK, RO). Cependant, nous avons identifié certaines responsabilités non contraignantes (plus particulièrement au Royaume-Uni, par ex. les clauses sociales) et en particulier certaines responsabilités pour la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs sous-traités. Pour les autres obligations, la relation contractuelle s'applique strictement: l'employeur est seul responsable. En effet, dans certains secteurs du droit du travail, les mécanismes de responsabilité sont plus courants. Parmi eux, on retrouve la santé et la sécurité au travail, le recrutement de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier et, dans une certaine mesure, le domaine des marchés publics, tous ces secteurs étant réglementés dans des directives de l'UE. La prévalence significativement plus élevée des mécanismes de responsabilité dans ces domaines peut s'expliquer facilement soit par leur nature (ex. la santé et la sécurité au travail, les marchés publics et le travail intérimaire) ou le fait qu'une directive européenne prévoit explicitement un tel mécanisme (ex. le recrutement de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier).

En ce qui concerne l'autre groupe de treize pays (AT, BE, DE, DK, EL, ES, FI, FR, IE, IT, NL, NO, SE), les mesures applicables en matière de responsabilité peuvent se résumer de la manière suivante. Seuls sept États membres (AT, DE, ES, FI, FR, IT, NL) et la Norvège ont mis en place un système plus ou moins élaboré de responsabilité conjointe et solidaire générale pour certains aspects liés aux salaires et/ou aux conditions de travail. Il n'y a pratiquement pas d'États membres disposant d'un mécanisme général, étendu de responsabilité conjointe et solidaire. L'Espagne et l'Italie pourraient être considérées comme des exceptions à cette règle. Cependant, dans ces pays, cela semble être surtout en théorie étant donné que les mécanismes de responsabilité conjointe et solidaire sont soit largement applicables en théorie mais pas tellement en pratique, ou sont mis en pratique dans des cas assez spécifiques et rares.

Mise à part la Finlande, il s'agit en particulier de systèmes de responsabilité conjointe et solidaire relatifs aux clients/principaux contractants/sociétés utilisatrices. Il serait dès lors faux de dire que les systèmes généraux de responsabilité conjointe et solidaire se retrouvent dans l'ensemble de l'Union européenne. Cependant, même si certains mécanismes de responsabilité conjointe et solidaire montrent certaines similitudes (ex. les mécanismes de responsabilité pour les impôts sur les salaires et les cotisations sociales en Autriche, en Belgique et en Allemagne), ils diffèrent sensiblement en termes de champ d'application, de nombres et de mise en œuvre effective. Alors que certaines dispositions sont posées dans les faits, un nombre significatif de mécanismes de responsabilité conjointe et solidaire est posé dans des conventions collectives de travail.

Dans plusieurs États membres qui appliquent des systèmes de responsabilité, la responsabilité résultant des obligations de l'employeur est limitée à un ou deux niveaux dans la chaîne des contractants (AT, BE, EL, FI, FR) ou le système est rendu conditionnel (ex. en Autriche dans le cadre d'un cautionnement, ce qui signifie que l'employé a déjà introduit une demande légale vis-à-vis du sous-traitant sans succès, ou au Portugal). Bien que la possibilité d'exclure la responsabilité peut être perçue comme contradictoire par rapport à ses objectifs (ex. BE), dans certains États membres (ex. DE, NL) cette possibilité est un outil commun, en particulier dans des mécanismes qui appliquent une responsabilité en chaîne. Le chapitre 5 reprend un aperçu schématique de ces mécanismes.

Certains pays ont certains équivalents fonctionnels ou des mesures alternatives au lieu de la responsabilité conjointe et solidaire, tels que les droits de co-décision des syndicats, les clauses sociales, la limitation de la chaîne de sous-traitance (ES) ou les restrictions relatives à l'utilisation des travailleurs intérimaires et/ou de la sous-traitance de main d'œuvre uniquement (LU, NO), les obligations en matière d'information et/ou les autres obligations 'de procédure' visant le respect des règles concernées. Les pays nordiques en particulier se différencient à ce niveau (DK, SE, NO, FI), mais les pays qui appliquent les clauses sociales sont plus nombreux, soit en dehors (IT, NL) et/ou dans le contexte de marchés publics (AT, BE, DE, EL, IT).

Dans le contexte de sous-traitance, il n'est peut-être pas surprenant que treize pays aient en place des systèmes exclusifs pour le secteur de la construction, souvent liés au droit des marchés publics. Cela n'exclut pas, bien sûr, que de nombreux rapports (ex. BE, DK, MT) mentionnent également de manière explicite des mesures et des problèmes similaires en ce qui concerne la sous-traitance apparaissant dans toute une série de secteurs sensibles comme l'industrie du nettoyage, etc. De plus, il y a des mesures spécifiques qui ciblent des groupes de travailleurs et/ou leurs employeurs dans le contexte du travail intérimaire et des travailleurs non déclarés ou illégaux. Les systèmes identifiés diffèrent considérablement en ce qui concerne la nature de la responsabilité et/ou la responsabilité concernée.

Le chapitre 3 aborde ces mesures de plus près. Ce chapitre présente un aperçu détaillé de plusieurs systèmes de responsabilité liés à la protection du droit du travail, en particulier les salaires, les contributions aux fonds sociaux et les obligations en matière de santé et de sécurité. Nous avons ensuite passé en revue une série d'outils appartenant à une catégorie divers. L'un dans l'autre, bien que les objectifs des mesures mises en place sont quasi similaires, la conclusion principale est que les systèmes nationaux sont très variés tant de par leur nature que par leur champ d'application. Cependant, il est intéressant de prendre note d'une similarité frappante au travers de toutes les catégories: de nombreux mécanismes en place visent à contrôler la fiabilité des sous-traitants, notamment dans le secteur de la construction et dans le secteur du travail intérimaire. Parfois ces systèmes sont une combinaison d'interventions publiques et privées, allant d'outils de contrôle dans des accords collectifs à des codes de conduite volontaires, initiés par des entreprises individuelles ou dans le contexte des marchés publics.

Dans tous les États membres, des règles ont été introduites (principalement) suite à des manquements des obligations des employeurs et des abus des droits des employeurs dans des chaînes de sous-traitance (transfrontalières). Dans la mesure où des considérations externes étaient les principaux moteurs entraînant les (récents amendements des) lois, on a relevé des craintes communes relatives aux salaires et au dumping social causés par l'afflux de travailleurs d'autres États membres où des salaires moins élevés sont pratiqués. Par conséquent, des règles ont souvent été introduites ou mis à jour dans la perspective d'une intégration à l'Union européenne (actuelle) (AT, NO), du prochain phénomène de l'affectation transfrontalière de travailleurs (DE), de la mise en œuvre de la directive concernant le détachement des travailleurs (AT), de l'élargissement ultérieur avec les nouveaux États membres en 2004 et 2007 et dernier point mais pas le moindre, de la remise à niveau récente de régimes transitoires (AT, DE). Nous avons parfois noté aussi certains objectifs particuliers tels que le souhait de réduire les accidents de travail dans le cadre de la sous-traitance (ES) ou de réduire les contraintes vis-à-vis des entreprises de la législation traditionnelle du travail, qui n'est plus considérée comme appropriée au vu des caractéristiques du nouveau système de production (IT).

Parmi cinq outils existants en matière de responsabilité 'générale' pour les salaires (en AT, DE, ES, IT, NO) basés sur des règles statutaires, trois ont été sélectionnés pour une révision détaillée de la nature, de la couverture, des mesures préventives comme moyen d'exemption de la responsabilité et des sanctions. Mesures préventives signifient des mesures qui réduisent la chance de responsabilité des parties. Si de telles mesures préventives ne sont pas présentes, la responsabilité ne peut pas être limitée, ni en vertu d'un contrat entre un employé et son employeur ou qui que ce soit d'autre, ni contractuellement entre (sous-) traitants.

Un de ces cinq outils est un exemple d'une 'responsabilité limitée' (AT) et deux sont des exemples de 'systèmes de responsabilité de toute la chaîne' (DE, NO). Les deux systèmes de responsabilité en chaîne ont en commun qu'ils se basent sur un outil statutaire, qui n'est pas d'application si des conventions collectives dans des industries spécifiques sont déclarées obligatoires.

Cependant, le caractère de ces systèmes de responsabilité n'est en aucune manière le même dans chaque pays et une grande diversité existe parmi et même dans les pays à cet égard (ex. la responsabilité est limitée à un secteur particulier ou pas, ou seule la partie contractante directe est responsable ou pas, une est subsidiairement responsable ou non, le client est également responsable ou pas, etc). Tandis que les systèmes de responsabilité en Autriche sont assez détaillés et compliqués, les mesures en matière de responsabilité en Allemagne et en Norvège sont assez simples.

Parmi les nombreux systèmes de *responsabilité 'spécifique' en matière de salaires*, nous avons sélectionné trois systèmes statutaires, concernant respectivement les travailleurs illégaux/non déclarés (FR), les intérimaires (NL) et les marchés publics (IT). Dans les trois systèmes statutaires spécifiques en matière de responsabilité, nous avons identifié comme élément préventif l'option ou l'exigence de vérifier la fiabilité des sous-traitants/agences intérimaires. Ce n'est qu'en Italie que le système examiné contient également des outils préventifs visant à garantir le paiement des salaires des employés impliqués dans des processus de sous-traitance.

Parmi les accords non statutaires relatifs aux salaires, nous avons brièvement analysé les systèmes de responsabilité définis dans plusieurs conventions collectives étendues, notamment dans le secteur de la construction en Finlande et aux Pays-Bas. L'idée fondamentale consiste souvent à garantir que les normes standards minimum sont d'application dans l'ensemble de l'industrie concernée afin d'éviter un 'nivellement par le bas' parmi les employeurs, qui pourraient chercher à se faire concurrence en réduisant les coûts salariaux.

On pourrait retrouver plusieurs mesures préventives dans ces accords statutaires et non statutaires comme le paiement d'une caution, la vérification de formalités, une certification permettant de vérifier les caractéristiques organisationnelles des contractants et leur solidité financière, un certificat attestant le versement de cotisations de sécurité sociale et de fonds des constructions, etc.

De plus, parmi les 7 États membres (DK, FI, IE, IT, NL, NO, UK) où nous avons identifié ce que l'on appelle des 'clauses sociales' dans des conventions collectives de travail, nous avons analysé de plus près les pratiques irlandaise et britannique. Les contractants sont obligés de n'engager que des sous-traitants reconnus. Ce qui est crucial pour la force des clauses sociales irlandaises, c'est le fait que ce que l'on appelle les contrats d'engagement enregistrés (REA) sont juridiquement contraignants. Au Royaume-Uni, toutes les conventions collectives ont un caractère facultatif et sont souvent complétées par des circulaires et des lettres informant les employeurs des nouveaux amendements aux conventions existantes. La convention la plus importante dans le secteur de la construction contient, par rapport aux travailleurs détachés, une annexe qui traite spécifiquement des contractants non britanniques et du travail sur des sites de construction, y compris l'audit de ces contractants pour s'assurer qu'ils suivent la convention.

Dans une section ultérieure, nous avons observé des systèmes relatifs aux contributions aux fonds sociaux. Actuellement, de tels systèmes de responsabilité n'existent que dans 5 États membres (AT, BE, DE, IT et

NL). En Belgique, le système de responsabilité adopté combine des versements de fonds sociaux et une responsabilité d'impôt sur les revenus et des cotisations sociales. En Autriche, aux Pays-Bas et en Allemagne, des systèmes de responsabilité relatifs aux cotisations sociales dans le secteur de la construction, se différencient des systèmes de responsabilité en matière de sécurité sociale tandis que l'accord tripartite particulier en Italie est plus proche des règlements en matière de sécurité sociale, tout en n'étant pas ancré dans cette discipline de la loi. L'accord allemand en matière de responsabilité et l'accord italien relatif aux fonds sociaux sont également obligatoirement d'application dans le secteur de la construction, mais le système italien peut aussi être (et est souvent) appliqué de manière facultative dans d'autres secteurs. En comparaison avec leurs homologues autrichien, belge et hollandais, ceux-ci apparaissent comme étant des systèmes relativement élaborés. Plus important encore, ces systèmes ont une pertinence pratique élevée, grâce à leurs fortes caractéristiques institutionnelles. Dès lors, nous avons limité des observations plus détaillées uniquement aux systèmes allemand et italien de responsabilité en matière de fonds sociaux.

Dans la prochaine section, nous avons recherché les systèmes relatifs aux obligations en matière de santé et de sécurité. Étant donné que la santé et la sécurité au travail relèvent d'un domaine spécifique, cela demande des mesures spécifiques en matière d'inspection et d'application de la loi. La plupart des États membres ont introduit des mécanismes de responsabilité conjointe et solidaire afin d'assurer le respect de (leurs) règlements en matière de santé et de sécurité au travail, répétant souvent les obligations définies dans les différentes directives de l'UE adoptées dans ce domaine. De plus, presque tous les États membres répètent explicitement ces obligations relatives au respect des règlements SST dans des situations où les intérimaires ou d'autres tiers sont utilisés. Les règlements traitent souvent les travailleurs et les indépendants de la même façon, imposant ainsi des règlements similaires en matière de santé et de sécurité aux employeurs, aux travailleurs et aux indépendants. Des règlements spécifiques supplémentaires sont parfois fournis dans le secteur de la construction (BE, FR, EL, IE, PL), du transport (FR), de la construction navale (EL) ou des secteurs de l'industrie nucléaire (FR), souvent dans le cadre de la mise en œuvre de la législation ou des traités européens ou internationaux et étendant aussi souvent la responsabilité en matière de santé et de sécurité des employés du client ou du contractant. Cependant, les législations nationales ont des dispositions divergentes via lesquelles certains pays n'ont installé qu'une responsabilité directe (AT, CY, DE, FR, SE), tandis que certains pays fournissent une responsabilité en chaîne (BE, EL, ES, IT, NL).

En dernier lieu, dans le cadre d'une catégorie divers, nous avons examiné une sélection de plusieurs 'autres' accords. Dans dix États membres (ES, FR, FI, IE, IT, LU, NO, SE, PL, UK), des mesures alternatives à celles reprises ci-dessus ont été avancées à la place de la responsabilité conjointe et solidaire, qui peuvent toutes renforcer la position des travailleurs impliqués dans les processus de sous-traitance, même si parfois de manière assez indirecte ou non contraignante. Les rapports ont, cependant, démontré que toutes ces mesures ne sont pas toujours efficaces.

De plus, on s'est aperçu que des travailleurs détachés peuvent aussi bénéficier d'une protection indirecte suite aux obligations de notification imposées par quatre États membres (BE, CZ, DK, SK) au bénéficiaire des services (client et/ou contractant) installé dans le pays d'accueil. Par conséquent, nous avons passé en revue (1) l'outil pour vérifier la fiabilité des sous-traitants et des agences intérimaires présentes en Finlande, (2) le système de notification relatif au détachement des travailleurs en Belgique, (3) les outils relatifs aux droits en matière d'information et de consultation pour les représentants des travailleurs tels que les syndicats présents en Norvège et en Suède, (4) les règlements sur la responsabilité du client/contractant pour payer les sous-traitants (IE, FR et PL) et finalement, (5) les mesures restrictives relatives au travail intérimaire et au 'recrutement de main d'œuvre' en vigueur en Norvège, en Belgique et au Luxembourg. Toutes ces mesures contribuent d'une façon ou d'une autre à la protection des droits des travailleurs. La loi finlandaise sur la responsabilité, par ex., définit qu'un contractant principal ou un autre souscripteur est obligé d'exiger du sous-traitant qu'il fournira au client des informations sur, par ex., la convention collective applicable ou les principaux termes d'emploi applicables au travail. De plus, l'objectif des lois suédoises relatives au droit de négocier et d'opposer son veto à l'engagement d'un certain

contractant, est de donner aux syndicats un instrument qui pourrait aider à empêcher des pratiques en matière de contrat qui visent à priver les travailleurs de la protection dont ils devraient jouir conformément à la législation du travail et des conventions collectives, en particulier l'utilisation de faux indépendants. Le syndicat peut demander à l'employeur de fournir toutes sortes d'informations au sujet du contractant prévu et des conditions selon lesquelles ses employés travaillent, leur enseignement en matière de questions relatives à l'environnement de travail, les salaires, les conditions fiscales et autres informations qui pourraient être nécessaires afin de juger si le contractant est susceptible de remplir ses obligations envers ses employés et la société. Donc, indirectement, l'employeur devra entreprendre certaines vérifications. Réglementer le travail intérimaire est considéré comme un facteur important pour combattre les abus dans les processus de sous-traitance. Les mesures restrictives relatives au travail intérimaire en Belgique, par ex., émettent comme condition que le salaire du travailleur intérimaire ne doit pas être inférieur à celui auquel il aurait droit s'il avait été engagé en tant que travailleur permanent par l'utilisateur dans le cadre de conditions similaires. Ainsi, une concurrence basée sur des arguments sociaux est à exclure. Au cas où la situation dans laquelle le travailleur est mis à la disposition d'un tiers est permise, le travailleur est protégé encore davantage lorsque l'utilisateur devient responsable conjointement et solidairement du versement des cotisations sociales, des salaires, de la rémunération et des avantages issus du contrat entre le travailleur et l'employeur.

Le chapitre 4 est centré sur la mise en œuvre et l'application des règles en pratique, en particulier dans des situations transfrontalières. Quelle est la pertinence et l'efficacité des mécanismes existants tels que décrits dans les précédents chapitres, dont l'objectif est de protéger les droits des travailleurs, en particulier dans un contexte transfrontalier?

Ce chapitre se base sur des entretiens avec les parties concernées, ce qui implique aussi immédiatement que ce chapitre intègre des éléments subjectifs. Un des problèmes liés à l'analyse de l'efficacité et de l'impact pratique des règlements est qu'il n'y a pas d'indicateurs standards, quantifiables. Les informations sont rassemblées lors d'entretiens avec les institutions appropriées, sans qu'il soit possible de contrôler entièrement leurs résultats. De manière empirique, il n'est pas facile de mesurer l'impact d'un système de responsabilité conjointe et solidaire étant donné que les effets sont très indirects par nature. Dans des cas exceptionnels, le rapport national (Allemagne) donne une indication du montant qui a été rassemblé grâce à de tels mécanismes, ce qui, en tant que tel, n'est pas vraiment indicatif de son taux de réussite. Étant donné que nous manquons de données chiffrées relatives à l'application dans un contexte national, ceci est davantage le cas dans une situation transfrontalière. Il ne faut pas oublier, à ce sujet, que les systèmes actuellement mis en œuvre de responsabilité conjointe et solidaire en particulier ont été principalement développés dans un contexte national et dans la grande majorité des cas, ne font pas référence de manière explicite à des sous-traitants étrangers. Il est difficile de savoir dans quelle mesure une transposition peut être faite à partir d'un mécanisme applicable dans un contexte national par rapport à un contexte européen ou international plus large. On peut supposer que l'efficacité est encore plus limitée. On pourrait dire la même chose en ce qui concerne certains mécanismes en place dans plusieurs États membres, notamment dans le secteur de la construction et du travail intérimaire, tels que les audits ou les outils de certification ou de contrôle dans les conventions collectives ou les codes de conduite facultatifs. Bien que menant parfois à des résultats positifs dans un contexte national, leur applicabilité et leur réalisation dans un contexte international sont moins sûres. Dans ces pays où un système de responsabilité conjointe et solidaire existe, on peut constater que le nombre d'affaires traitant de la responsabilité est souvent peu élevé. Plusieurs conclusions peuvent être citées.

L'expérience en matière d'application de certaines des règles dépend également du nombre de personnes impliquées. Il faut admettre que le nombre de travailleurs étrangers présents et le nombre de sous-traitants étrangers actifs dans le pays varient considérablement entre les États membres. Tous les rapports n'ont pas pu fournir des statistiques concernant le nombre de travailleurs ou de sous-traitants impliqués. Lorsqu'on estime que le nombre de travailleurs étrangers actifs dans certains pays est très élevé (voir par ex. le Royaume-Uni), le nombre de sous-traitants actifs dans d'autres pays est considéré comme étant très limité (voir par ex. IT et ES). Le manque de données disponibles, ainsi que le manque d'informations sur le

nombre de personnes impliquées est aussi considéré comme étant gênant pour évaluer l'efficacité des règles sur la protection des droits des travailleurs dans les chaînes de sous-traitance. Le manque de connaissances relatives au principal contractant est par ex. aussi considéré comme une difficulté importante dans le cadre de l'application du système de responsabilité conjointe en Allemagne pour les contributions des caisses de congé (malgré le succès général que le système allemand semble avoir, alors qu'un nombre élevé d'affaires sont traitées au tribunal).

La demande d'un meilleur aperçu du nombre de sous-traitants et de travailleurs étrangers actifs sur le marché national du travail ressort comme un fil conducteur dans les rapports nationaux. Plusieurs rapports considèrent dès lors que les obligations d'enregistrement ou de notification sont très positives. L'introduction d'un système européen de notification est dès lors souvent revendiqué et pourrait/devoir être envisagé.

Les systèmes de responsabilité conjointe et solidaire diffèrent dans leurs modalités. Les mesures préventives offrant la possibilité d'éviter la responsabilité conjointe est une de ces modalités. Les avis au sujet de tels mécanismes diffèrent. Tandis que certaines parties et/ou rapports considèrent la possibilité d'éviter une responsabilité conjointe comme étant positive, bien que les obligations en matière de diligence appropriée nécessaire pour une éventuelle exemption pourraient être considérées comme étant une charge administrative (disproportionnée), d'autres parties/rapports pensent plutôt qu'un tel système ne sera efficace et ne sera un instrument indispensable pour protéger les droits des travailleurs qu'en présence d'un système inconditionnel de responsabilité conjointe et solidaire.

On s'aperçoit aussi dans de nombreux États membres que le respect des règlements en matière de santé et de sécurité au travail est nettement plus facile à contrôler et vérifier que, par ex., le respect des règlements relatifs aux salaires minimums, comme les responsabilités en matière de santé et de sécurité montrent aussi souvent une nature plus technique qui est plus facile à surveiller.

On a remarqué un autre problème brûlant qu'est la fragmentation des systèmes de relations du travail dans les pays. Divers rapports mentionnent que la plupart des droits des travailleurs ne s'appliquent qu'à des employés et qu'il est très facile de contourner les règles de protection via le concept des indépendants. La facilité pour établir des sociétés dans certains pays mène à un nombre croissant de personnes qui ne sont pas protégées par des dispositions en matière de droit social dans les pays. Etant donné que l'efficacité des systèmes de responsabilité (conjointe et solidaire) est aussi déterminée par la facilité avec laquelle on peut échapper à leur application, le phénomène du faux indépendant constitue une question intrinsèquement liée aux débats concernant les processus de sous-traitance. La fausse indépendance est souvent considérée comme une façon d'échapper aux règles protectrices en matière de droit du travail. Il n'est pas surprenant que dans de nombreux pays, les problèmes liés aux faux indépendants sont fort présents à l'ordre du jour politique et la difficulté consistant à faire une différence entre indépendants réels et faux est considérée comme un réel problème dans la pratique, raison pour laquelle on réclame d'autres initiatives politiques, pas seulement au niveau national mais aussi au niveau européen.

Un autre problème est que, souvent, les travailleurs eux-mêmes doivent prendre l'initiative de faire valoir leurs droits, ce qui peut sérieusement gêner l'impact des règles protectrices dans des situations transfrontalières, étant donné que souvent les travailleurs étrangers sont soit incapables soit réticents à faire valoir leurs droits et ont besoin de l'aide pour introduire des requêtes. Ce rôle qui doit être joué par les syndicats est considéré comme étant primordial dans ce domaine, pas seulement en ce qui concerne l'aide apportée aux travailleurs étrangers mais aussi pour informer les autorités pertinentes en cas de soupçon de non-respect des règles de protection.

Lorsqu'on regarde de plus près à l'application des normes et des instruments mis en œuvre, on rencontre des problèmes à tous les niveaux de contrôle, de l'inspection à la condamnation. Un des prérequis les plus importants indiqués pour une application efficace est un système d'inspection et de surveillance suffisant avec des services d'inspection forts. Alors qu'à la suite de la libre circulation des services, la nécessité d'une

coopération transfrontalière et d'un échange d'informations entre organismes administratifs, d'inspection et d'application des lois des différents États membres a fortement augmenté, ces organismes sont continuellement confrontés au fait que la libre circulation des inspecteurs ou de l'information est inexistante. De nombreux problèmes surgissent dans ce domaine, comme le manque d'un nombre suffisant d'inspecteurs, les différences entre l'inspection nationale et les services d'application des lois dans tous les États membres, chacun étant responsable de la surveillance et de l'application d'une partie (différente) de la législation et souvent avec un statut légal totalement différent (par ex. l'inspection sociale en Belgique versus Finanzkontrolle en Autriche) ou des problèmes liés aux informations reçues des partenaires (étrangers) concernés – comme il est souvent mentionné que les informations que les autorités compétentes reçoivent, ne sont pas appropriées – ainsi que des doutes relatifs à la fiabilité et à la valeur légale de ces informations. Les problèmes liés au manque d'informations ne sont pas seulement un problème pour les autorités mais aussi pour les contractants, les employeurs, les syndicats et, en dernier mais pas des moindres, les employés. En raison du manque d'informations fiables, il pourrait s'avérer impossible pour des contractants de bonne foi d'examiner préalablement leurs potentiels sous-traitants et donc de respecter les obligations en matière de diligence appropriée.

La collaboration avec les services d'inspection étrangers est considérée comme problématique dans la grande majorité des pays, malgré la collaboration bilatérale informelle qui a lieu entre certains pays et qui est souvent très bonne même en soulevant souvent des questions de procédure et autres questions juridiques. Pour de nombreux pays, il a été mentionné que les instruments et compétences existants (mis à part le fait qu'ils ont un fondement juridique incertain) ne sont pas suffisants et ne permettent pas le contrôle ni l'application efficace, en particulier lorsque l'employeur étranger ne coopère pas et que les travailleurs eux-mêmes ne fournissent pas d'informations pertinentes. Par conséquent, un des besoins le plus fortement ressentis est une optimisation supplémentaire dans le domaine de l'aide et de la coopération administrative et juridique (transfrontalière). Finalement, même les sanctions imposées en cas de violation des règles font partie de la réussite de l'application. Mis à part leur effet dissuasif, la nature des sanctions joue un rôle, mais le fait même que de plus en plus de sanctions sont maintenant de nature administrative plutôt que pénale, complique les poursuites transfrontalières, d'autant plus que les amendes administratives ne tombent pas sous le couvert de la décision-cadre 2005/214/JAI relative à la reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires. En raison des problèmes d'application, nombreux sont ceux qui considèrent un système de responsabilité conjointe et solidaire au niveau européen comme ayant un effet dissuasif efficace et un dernier recours (*ultimum remedium*) dans la lutte contre la fraude sociale.

L'introduction possible d'un mécanisme de responsabilité conjointe et solidaire au niveau européen doit dès lors être considérée comme un instrument dans le cadre d'une recherche plus large pour la protection des travailleurs dans les processus de sous-traitance, étroitement liés aux problèmes d'application dans la mise en œuvre de la directive concernant le détachement des travailleurs.

Bien que ceux qui le perçoivent de cette façon sont nombreux, tous les employeurs ne sont pas opposés à l'idée d'introduire un système de responsabilité conjointe et solidaire. Cependant, la plupart des organisations d'employeurs prétendent que de tels mécanismes ne présentent pas d'inconvénients majeurs et on craint qu'ils n'aient un impact négatif considérable sur les processus économiques. Une des principales critiques souvent exprimées est qu'en imposant des mécanismes de responsabilité (conjointe et solidaire), l'état ne transfère un devoir d'inspection et d'application des lois à des sociétés privées, alors que ces sociétés prétendent que c'est le cas parce que les services d'inspection sont eux-mêmes confrontés à des obstacles, ce qui fait qu'il est impossible pour eux de réaliser ces tâches de manière adéquate, en particulier dans des situations transfrontalières. La critique se base sur divers arguments non dépourvus de sens et il faut y répondre et en tenir compte. En particulier, les PME qui ont moins de capacité financière, administrative et juridique que les grandes sociétés craignent d'être particulièrement affectées par une bureaucratie et une paperasserie lourde, des paiements tardifs des clients et d'autres problèmes liés au respect des règlements. Les arguments en faveur de l'introduction d'un système de responsabilité (conjointe et solidaire) sont liés au fait qu'on considère que cela a un impact positif pour éviter une concurrence déloyale via la réduction des salaires, étant donné qu'on pense que cela rend les contractants

plus diligents et plus attentifs lorsqu'ils choisissent leurs sous-traitants. On pense que, sans un tel système, le respect de la législation nationale serait bien pire. La principale responsabilité du contractant mène à une action disciplinaire relative à la sélection de sous-traitants potentiels et a un important effet préventif dans ce domaine, étant donné que pour éviter d'être tenus responsables, les principaux contractants agiraient dans leur propre intérêt et choisiraient leurs propres sous-traitants et les contrôleraient dans le cadre de la relation contractuelle. C'est un argument important en faveur du système de responsabilité conjointe et solidaire mais certainement pas facile à vérifier.

Dans le chapitre 5, certaines conclusions sont formulées afin d'améliorer les droits des travailleurs impliqués dans des processus de sous-traitance, en particulier dans des situations transfrontalières. Le nombre d'États membres (7 États membres et la Norvège) qui ont introduit un système de responsabilité conjointe et solidaire est aujourd'hui limité pour plusieurs raisons. Et alors que certains acteurs sont fortement opposés à de tels systèmes, en questionner l'efficacité, en particulier dans des situations transfrontalières en traitant avec des acteurs de mauvaise foi sur le marché, d'autres considèrent l'introduction de ces systèmes comme un dernier recours, étant donné que les mécanismes habituels de supervision et d'application s'avèrent inefficaces.

Un autre aspect est que l'introduction d'une telle mesure comme la responsabilité conjointe et solidaire semble être acceptée au moins en principe par la Cour de justice européenne. Cependant, un système de responsabilité conjointe et solidaire au niveau européen serait-il conforme à la libre circulation des services? Une question qui se pose à cet égard et de savoir, vu notamment le fait que la plupart des problèmes surgissent en relation avec des sous-traitants étrangers, s'il serait acceptable, lors de l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire au moyen d'un instrument juridique européen, de limiter ce système à des (sous-)traitants étrangers ou de l'appliquer uniquement dans des situations transfrontalières? Comme on est face à une mesure européenne, il incombera à la Cour de Justice européenne de répondre à cette question. Bien que le législateur européen dispose d'une marge d'appréciation encore plus importante que le législateur national en ce qui concerne l'identification d'une raison impérieuse d'intérêt général (comme la protection des droits des travailleurs) en guise de justification d'une éventuelle entrave à la libre prestation de services, il reste à démontrer si une telle mesure serait proportionnée.

Presque tous les rapports considèrent le renforcement de la coopération et de l'échange d'informations entre les services d'inspection et les services administratifs dans l'ensemble de l'Union européenne et l'application de sanctions aussi *important* que l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire. D'autres initiatives à ce sujet au niveau européen sont hautement recommandées.

Comme on l'a mentionné auparavant, plusieurs acteurs réclament l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire. Il est clair que, à condition que les questions relatives aux mesures encadrant la liberté de fournir des services et à condition que les questions relatives à l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire soient résolues et en fonction de la nature du système, un tel système aura un effet dissuasif important et motivera fortement les services d'inspection et d'application des lois. Cependant, l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire ne peut pas remplacer les mesures encadrant la liberté de prestation de services. La plupart de ces mesures-ci sont les mesures mêmes dont le manque est envisagé être résolu, par certains, via l'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire.

Diverses questions nécessitent dès lors que l'on y prête attention:

- 1) Il convient de noter que de nombreux pays font la promotion de l'introduction d'un *système de notification*, qui est considéré comme un moyen très précieux, étant donné que cela ne surcharge pas de manière disproportionnée les personnes impliquées sur le marché et que cela facilite le contrôle en offrant la possibilité de découvrir qui ou quels travailleurs étrangers travaillent dans le pays concerné. À cet égard, on peut aussi le considérer comme un moyen d'empêcher ou de

diminuer les cas de la fausse indépendance résultant de l'abus de l'application de la liberté de circulation des services. De plus, cela aidera aussi à résoudre le manque de données disponibles et aidera ainsi à obtenir une meilleure vue empirique du phénomène de détachement de travailleurs dans le cadre de la sous-traitance transfrontalière.

- 2) L'introduction d'un système de responsabilité conjointe et solidaire n'exclut ni ne résout le besoin d'une coopération nécessaire entre les services administratif et d'inspection. Des mécanismes devraient être mis en œuvre pour permettre aux services d'inspection de mener à bien leurs contrôles de manière plus efficace ainsi que pour permettre de mieux identifier les personnes et un échange d'informations plus fluide et plus fiable. Cependant, lorsqu'un contractant est condamné, un système pour une meilleure exécution transfrontalière du jugement et l'application de sanctions sont requis d'urgence.
- 3) Il a également été constaté que la fausse sous-traitance, les faux indépendants et les constructions frauduleuses (souvent via l'abus de personnes morales) mènent souvent à une situation dans laquelle des (sous-)traitants (de mauvaise foi) sont en mesure d'échapper aux mesures de responsabilité et aux mesures obligatoires protégeant les droits des travailleurs. Divers rapports ont indiqué que des mécanismes devraient être créés de toute urgence pour lutter contre le phénomène de faux indépendants. Il faut souligner que le problème de la fausse indépendance en particulier ne sera pas résolu par l'introduction de systèmes de responsabilité conjointe et solidaire. Au contraire, on craint que le faux indépendant sous ses formes diverses va proliférer suite à l'introduction d'un système (en particulier direct) de responsabilité conjointe et solidaire si la question du faux indépendant elle-même n'est pas résolue.
- 4) Dans des situations de sous-traitance transfrontalière, la responsabilité conjointe et solidaire imposée nécessitera, en pratique, au moins pour une des parties concernées, des poursuites judiciaires transfrontalières dans un autre pays. Cela soulève plusieurs questions. Premièrement, quel tribunal sera déclaré compétent? Le travailleur dont les droits ont été violés, ou qui le pense, a-t-il le droit d'introduire une plainte contre un contractant étranger devant les tribunaux de son pays d'origine? Comme souvent les travailleurs qui ne reçoivent pas le salaire minimum dans le pays d'accueil n'introduisent pas de plainte — pour plusieurs raisons décrites dans les chapitres 4 et 5 — la question de la position juridique de ces travailleurs et la qualité de leur plainte devra être traitée. Les services d'inspection, les services d'application de la loi ou les services administratifs de l'état d'accueil ont-ils le droit de réclamer les salaires pour les travailleurs? Les partenaires sociaux auront-ils le droit de les réclamer?

Dès lors, les mesures d'accompagnement consécutives suivantes doivent être prises: l'introduction d'un système de notification pour les (sous-)traitants transfrontaliers et les fournisseurs de services en général; l'amélioration de la coopération entre les services d'inspection; l'amélioration des litiges transfrontaliers pour les acteurs privés et publics, en particulier pour les employés concernés; l'amélioration de l'exécution transfrontalière de décisions et amendes judiciaires et administratives; l'amélioration de possibilités en pratique de recours transfrontaliers entre des parties privées; l'amélioration de l'échange d'informations entre les services publics, ainsi qu'entre les parties privées, ainsi qu'entre les deux; la transmission d'informations pour toutes les parties concernées (client, contractant, sous-traitant, employés...) concernant les dispositions essentielles (cfr. par ex. Art. 3 de la directive concernant le détachement des travailleurs (directive 96/71/CE)) et les obligations à remplir; aborder la question de l'abus (transfrontalier) d'entités juridiques (par ex. faciliter la mise à jour transfrontalière du voile corporatif)...

Cependant, mis à part toutes ces mesures, il est nécessaire de répondre à des questions en ce qui concerne la nature du système de responsabilité conjointe et solidaire lui-même. Est-ce qu'il devrait s'agir d'un système de responsabilité directe ou en chaîne? Un système de responsabilité directe est facilement contourné grâce à l'utilisation d'un faux intermédiaire. En tant que tel, un système de

responsabilité directe s'avérera toujours inefficace au final, tout en faisant peser une lourde charge de diligence appropriée sur les contractants de bonne foi et en augmentant de manière significative les coûts de transaction. L'alternative, un système de responsabilité en chaîne, sera bien plus efficace. Cependant, sans aucune mesure d'accompagnement en place, un tel système s'avérera aussi disproportionné dans un système économique où la sous-traitance et l'outsourcing sont considérés comme des processus économiques valables et légaux. Un système de responsabilité inconditionnel peut aussi être entrevu comme une mesure disproportionnée pour les entreprises de bonne foi. Plus la chaîne de sous-traitance est longue, plus le besoin pour rassembler des informations et évaluer les compétences des parties contractantes en aval de la chaîne est important et plus les obligations en matière de diligence seront lourdes. La diligence appropriée pour justifier l'exonération soulève davantage de questions. Nous avons déjà remarqué – les dispositions de la directive 2009/52/CE étant un exemple – que la disposition est mise en œuvre différemment dans les États membres. Un contrôle initial préalable sera-t-il suffisant, ou un contractant devra-t-il surveiller constamment ses sous-traitants pendant toute la durée de la collaboration? Comment la notion de diligence appropriée doit-elle être définie et par qui?

- 5) À cet égard, la santé et la sécurité en matière d'emploi méritent une attention particulière. Les accidents de travail et les maladies professionnelles ont un coût élevé tant pour les victimes que pour la société dans son ensemble. La plupart des arguments utilisés contre la mise en place d'un système de responsabilité conjointe et solidaire sont moins valables en cas de règlements en matière de santé et de sécurité au travail. Le respect du droit en matière de sécurité sociale et des taxes, les salaires minimums, etc. ne peuvent pas et ne devraient pas être comparés au respect des mesures en matière de santé et de sécurité au travail. L'importance d'une telle mesure visant à maintenir le respect des règles de santé et de sécurité est mise en exergue.

Final Study

Authors:
Yves Jorens
Saskia Peters
Mijke Houwerzijl

June 2012

Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union
Project DG EMPL/B2 - VC/2011/0015

Contractor: Ghent University, Department of Social Law, Universiteitstraat 4, B-9000 Gent in consortium with University of Amsterdam

Disclaimer: The information contained in this publication does not necessarily reflect the position or opinion of the European Commission.

Executive Summary

Since the late 1980s, the Member States of the European Union have witnessed a rapid growth of subcontracting as a method for firms and organisations to externalise certain tasks. Due to the steadily evolving integration and enlargement of the internal market, subcontracting chains more and more often involve companies from different Member States. The phenomenon is particularly widespread in the construction sector, but it is also a common feature of other economic sectors. On the one hand, subcontracting has been encouraged because of the flexibility it creates for companies, which was deemed to benefit economic activity and job creation. On the other hand, the growing use of subcontracting especially in labour intensive industries led to concerns about the possible deterioration of workers' rights at the lower ends of long subcontracting chains, since the client and/or the principal contractor have no direct legal and social responsibility for the payment of wages, taxes and social security contributions on behalf of the employees of their subcontractors.

The European Commission has addressed this issue in the 2006 Green Paper on 'Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century' and in its Communication of 2007 on the outcome of the EU-wide public consultation on the green paper. Meanwhile, the issue of workers' rights protection in subcontracting processes also caused debate in the European Parliament, which adopted several resolutions on the issue. In its resolution of 2009, the European Parliament asked the European Commission to launch a cross-sectoral impact assessment on the added value and feasibility of a joint and several liability instrument at Community level, referring to the study carried out in 2008 by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Dublin) on 'Liability in subcontracting processes in the European construction sector'. The Dublin study identified eight Member States where legislative and/or self-regulatory instruments on joint and several liability in subcontracting chains have been introduced.

The overall objective of the present study is to describe, analyse and assess the aims, objectives, functioning, effectiveness and feasibility of existing mechanisms, notably joint and several liability and chain liability schemes, with respect to ensuring the protection of workers' rights in subcontracting processes in the EU and Norway, understood in the broadest possible way. Subcontracting refers to situations where an entity (B) contracts out to another entity (C) the provision of goods or services for its own needs. This includes cases commonly denoted "outsourcing", i.e. where B's contracting-out to C is not directly linked to A having ordered the provision of certain goods or services by B. On the basis of this comparative study of the measures currently applied in all EU Member States and Norway, the analysis further focuses on the degree of effectiveness of provisions aimed at ensuring the protection of workers' rights in subcontracting processes and identifies features which are common to several Member States, as well as on their interaction with other existing instruments and mechanisms. For this part a representative sample of 14 'core' countries was selected. Finally, this study also formulates recommendations for possible improvements in the protection of workers' rights in the framework of subcontracting, including in cross-border situations.

In the light of the exploratory nature of the study, the research in all the countries studied (the 27 Member States and Norway) was based on qualitative review and analysis of primary sources such as legislative and self-regulatory measures, as well as secondary sources such as existing literature, (case) studies, policy statements, reports and publications by social partners and policy makers, relevant statistical data – if any – and case law. Moreover, information for the representative sample of 14 core countries was collected by approaching the competent authorities and/or offices of the countries covered by the study, employers' associations, businesses and trade unions, especially in sectors where subcontracting is widespread (e.g. construction). For this purpose, the national experts conducted, where appropriate, face-to-face or telephone interviews with the national authorities, such as labour inspectors, the relevant social partners

and other professional bodies involved, based on questionnaires drafted by the lead researchers of this research project.

After having described in chapter 1 the objectives of this study and having identified the key definitions used, chapter 2 mainly consists of an overview of measures currently applied in the 27 EU Member States and Norway that aim, directly or indirectly, at making actors other than the direct employer co-responsible or liable for ensuring the social protection of workers employed by undertakings acting as (cross-border) subcontractors for a client undertaking and this with regard to (minimum) wages, social funds, health & safety, social security premiums and income tax. Attention was also paid to any functional equivalents/alternatives, including corporate social responsibility (soft law codes of conduct).

From the country surveys, it became clear that a majority of 15 of the 28 countries have not set up (m)any protective arrangements concerning labour law liability or responsibility other than minimally required by EU directives (BG, CY, CZ, EE, IE, HU, LT, LU, LV, MT, UK, PL, PT, SI, SK, RO). Nevertheless, we identified some soft law responsibilities (most notably in the UK, e.g. social clauses) and in particular some responsibility or liability for the protection of health and safety of subcontracted workers. For the other obligations, the contractual relationship applies strictly: the employer is solely responsible.

Indeed, in some fields of labour law, liability mechanisms are more common than in others. Amongst those fields are occupational health and safety, the employment of illegally staying third country nationals and to some extent the domain of public procurement, all of these fields being regulated in EU Directives. The significantly higher prevalence of liability mechanisms in these fields can easily be explained either by their nature (e.g. occupational health and safety, public procurement and temporary agency work) or the fact that a European Directive explicitly provides for such a mechanism (e.g. the employment of illegally staying third country nationals).

With regard to the other group of thirteen countries (AT, BE, DE, DK, EL, ES, FI, FR, IE, IT, NL, NO, SE), the applicable responsibility/liability measures can be summarised as follows. Only seven Member States (AT, DE, ES, FI, FR, IT, NL) and Norway have implemented a more or less elaborated system of general joint and several liability for certain aspects related to wages and/or labour conditions. There is practically no Member State with a general, widespread mechanism of joint and several liability. Spain and Italy could be regarded as exceptions to this rule. However, in these countries this seems so mainly in theory, since the joint and several liability mechanisms are either widely applicable in theory but not so in practice, or are put in practice only in rather specific and rare cases.

Apart from Finland, these are in particular joint and several liability schemes concerning the clients/main contractors/user companies. It would therefore be erroneous to state that general joint and several liability systems are widespread throughout the European Union. Nevertheless, even if some mechanisms of joint and several liability do show similarities (e.g. the liability mechanisms for taxes on wages and social security contributions in Austria, Belgium and Germany), they remain significantly different in terms of scope, amount, and actual implementation. Where some provisions are laid down in acts, a significant number of joint and several liability mechanisms are laid down in collective labour agreements.

In several Member States which do apply liability systems, the liability for employers' obligations is limited to one or two levels in the chain of contractors (AT, BE, EL, FI, FR) or the system is made conditional (e.g. in Austria within an indemnity bond, meaning that the employee has already made a legal claim on the subcontractor without success, or in Portugal). Although the possibility to exclude liability may be seen as a contradiction to its purposes (e.g. BE), in some Member States (e.g. DE, NL) it is a common tool, especially in mechanisms that apply a chain liability. Chapter 5 contains a schematic overview of these mechanisms.

Certain countries have some functional equivalents or alternative measures in place instead of joint and several liability, such as co-decision rights of trade unions, social clauses, limitation of the subcontracting chain (ES) or restrictions on the use of agency workers and/or labour-only subcontracting (LU, NO), informational and/or other 'procedural' obligations aiming at compliance with the rules at stake. Especially

the Nordic countries stand out in this respect (DK, SE, NO, FI), but there are more countries that apply social clauses, either outside (IT, NL) and/or within the context of public procurement (AT, BE, DE, EL, IT).

Perhaps not surprising in the context of subcontracting, thirteen countries have exclusive systems in place for the construction sector, often linked to public procurement law. This does of course not exclude that many of the reports (e.g. BE, DK, MT) also explicitly mention similar measures and problems with regard to subcontracting arising in a variety of sensitive sectors like the cleaning industry, etc. Moreover, there are specific measures targeted to groups of workers and/or their employers in the context of the temporary work agency and undeclared or illegal workers. The identified systems differ considerably with regard to the nature of the liability and/or responsibility concerned.

A closer look at the details of these measures was taken in Chapter 3. This chapter presents a detailed review of several responsibility and liability systems relating to employment law protection, particularly wages, social fund payments and health & safety obligations. Next to this, we reviewed a few tools belonging to a miscellaneous category. All in all, although the objectives of the implemented measures are pretty much the same, the main conclusion is that the national systems are very diverse in their nature and scope. Nevertheless, it is interesting to note one striking similarity throughout all the categories: many mechanisms in place aim to check the reliability of subcontractors, notably in the construction sector and the temporary work agency sector. Sometimes these systems are a combination of public and private interventions, ranging from monitoring tools in collective agreements to voluntary codes of conduct, initiated by individual companies or in the context of public procurement.

In all Member States rules were introduced (mainly) against a background of evasion of employers' obligations and abuse of employees' rights in (cross-border) subcontracting chains. As far as external considerations were the crucial motivators behind (recent amendments of) the laws, common fears were reported of wage and social dumping caused by the influx of workers of other Member States with lower wage levels. Hence, regulation was often introduced or updated against the background of joining the (now) European Union (AT, NO), the upcoming phenomenon of the cross-border posting of workers (DE), the implementation of the Posting Workers Directive (AT), the subsequent enlargement with the new Member States in 2004 and 2007 and last but not least, recent lifting of transitional regimes (AT, DE). Sometimes we also noticed some particular objectives such as the wish to reduce workplace accidents in cases of subcontracting (ES) or to reduce constraints to business of the traditional labour legislation, no longer considered suitable for the characteristics of the new production system (IT).

From five existing 'general' wage liability tools (in AT, DE, ES, IT, NO) based on statutory rules, three were selected for a detailed review of the nature, coverage, preventive measures as a means for exemption of liability and sanctions. Preventive measures stand for measures that prevent the chance on liability for parties. In absence of such preventive measures, liability cannot be limited, neither by contract between an employee and its employer or anyone else, nor contractually between (sub)contractors.

One of these five tools is an example of a 'limited liability arrangement' (AT) and two are examples of 'full chain liability systems' (DE, NO). Both chain liability regimes have in common that they are based on a statutory tool, which only applies if collective agreements in specific industries are declared generally applicable.

However, the character of these liability systems is by no means the same in each country and a great variety exists among and even within the countries in this regard (e.g. the liability is limited to a particular sector or not, or only the direct contracting party is responsible or not, one is subsidiarily responsible or not, also client is responsible or not, etc). Whereas the Austrian liability arrangement(s) is (/are) rather detailed and complicated, the German and Norwegian liability measures are quite straightforward.

From the numerous '*specific*' wage liability systems, we selected three statutory systems, regarding respectively undeclared/illegal workers (FR), agency workers (NL) and public procurement (IT). In all three

statutory specific wage liability systems, we did identify as preventive elements the option or requirement to check reliability of subcontractors/temporary work agencies. Only in Italy, the arrangement studied also contains preventive tools aiming to guarantee wage payment of the employees involved in subcontracting processes.

From the non-statutory arrangements regarding wages, we looked briefly to liability systems set up in several extended collective agreements, notably in the construction sector in Finland and in the Netherlands. The rationale is often to ensure that uniform minimum standards apply across the relevant industry in order to prevent a 'race to the bottom' amongst employers, who may seek to compete by cutting labour costs.

Several preventive measures could be found in these statutory and non-statutory arrangements as the payment of a bail, the verification of formalities, a certification allowing to check the organisational characteristics of contractors and their financial robustness, a certificate attesting the payment of social security contributions and construction funds, etc.

Moreover, of the 7 Member States (DK, FI, IE, IT, NL, NO, UK) where we identified so-called 'social clauses' in collective labour agreements, we took a closer look at the Irish and British practice. Contractors are required to engage only approved subcontractors. Crucial for the strength of the Irish social clauses is the fact that the so-called Registered Employment Agreements (REAs) are legally binding. In the UK, all collective agreements are voluntary in nature and are often supplemented by circulars and letters which inform employers of new amendments to existing agreements. The most significant agreement in the construction sector contains with regard to posted workers an appendix which specifically deals with non-UK contractors and labour on engineering construction sites, including the auditing of these contractors to make sure that they are following the agreement.

In a next section we looked at systems regarding social fund payments. Currently such responsibility/liability systems exist only in 5 Member States (AT, BE, DE, IT and NL). In Belgium, the liability system enacted combines social funds payments with liability for tax on wages and social security contributions. In Austria, the Netherlands and Germany, liability systems concerning social funds payments in the construction sector, stand apart from social security liability systems whereas the particular Italian tripartite arrangement is more closely linked again with social security regulations, although not fully embedded in this discipline of law. The German liability arrangement and the Italian responsibility arrangement regarding social funds also mandatory apply in the construction sector, but the Italian system may also be (and often is) voluntary applied in other sectors. In comparison to their Austrian, Belgian and Dutch counterparts, these seem to be rather elaborate systems. More importantly, these systems have high practical relevance, thanks to their strong institutional features. Therefore, we limited more detailed observations to the German and Italian social fund liability systems only.

The next section turned to arrangements regarding health & safety obligations. Since occupational health and safety is a specific domain, it calls for specific measures with regard to inspection and enforcement. Most Member States have introduced joint and several liability mechanisms in order to ensure compliance with (their) occupational health and safety regulations, often repeating the obligations provided for under the different EU directives adopted in this field. Furthermore, nearly all Member States explicitly repeat these obligations regarding the compliance with OSH regulations in situations where temporary agency workers or other third party personnel are used. The regulations often treat workers and self-employed persons in the same way, thus imposing similar health and safety regulations on employers, workers and the self-employed. Specific additional regulations are sometimes provided for in the construction (BE, FR, EL, IE, PL), transport (FR), shipbuilding (EL) or nuclear industry sectors (FR), often in implementation of European or international legislation or treaties and often also extending liability with regard to the health and security of employees of the client or of the contractor. The national legislations, however, know some divergent provisions whereby some countries have only direct liability (AT, CY, DE, FR, SE), whereas some countries provide chain liability (BE, EL, ES, IT, NL).

As a last, miscellaneous category, we examined a selection of several 'other' arrangements. In ten Member States (ES, FR, FI, IE, LT, LU, NO, SE, PL, UK) alternative measures to the ones reported on above were sketched instead of joint and several liability, which may all add to strengthening the position of workers involved in subcontracting processes, albeit sometimes in a rather indirect or soft law manner. The reports have, however, demonstrated that not all of these measures are always effective.

Moreover, it was noticed that posted workers may also enjoy some indirect protection as a result of the notification duties imposed by four Member States (BE, CZ, DK, SK) on the service recipient (client and/or contractor) established in the host country. Subsequently, we reviewed (1) the tool to check the reliability of subcontractors and temporary work agencies in force in Finland, (2) the notification scheme regarding the posting of workers in Belgium, (3) tools regarding the information and consultation rights for workers' representatives such as trade unions in place in Norway and Sweden, (4) rules on liability of the client/contractor for paying the subcontractors (IE, FR and PL) and finally, (5) restrictive measures regarding agency work and the 'hiring-in of work' as enacted in Norway, Belgium and Luxembourg. All these measures one way or another contribute to the protection of workers' rights. The Finnish Liability's Act e.g. sets out that a principal contractor or other subscriber is obliged to require from the subcontractor that he will provide the client with information on e.g. the applicable collective agreement or the principal terms of employment applicable to the work. Furthermore, the objective of the Swedish rules on the right to negotiate and to veto the engagement of a certain contractor, is to give the trade unions an instrument which could help prevent contract practises which aim at depriving workers from the protection they should have according to labour legislation and collective agreements, especially the use of bogus self-employment. The trade union can ask the employer to provide all sorts of information about the intended contractor and the conditions under which its employees work, their education in work environment issues, rates of pay, tax conditions and other information that it may need in order to judge whether the contractor is likely to fulfil its duties towards its employees and the society. Thus indirectly, the employer will have to undertake certain checks. Regulating temporary agency work is seen as an important factor in combating abuse in subcontracting processes. The restrictive measures regarding agency work in Belgium e.g. have as a condition that the wage of the temporary agency worker may not be less than that which he or she would have had a right to if he or she would have been employed as a permanent worker by the user undertaking under the same conditions. Thus, competition based on social arguments is to be excluded. In the event that the situation where the worker is put at the disposal of a third party is allowed, the worker obtains extra protection as the user becomes jointly and severally liable for the payment of the social contributions, the wages, the remuneration and the benefits that arise from the employment contract between the worker and the employer.

Chapter 4 focuses on the application and enforcement of the rules in practice, especially in cross-border situations. What is the relevance and effectiveness of the existing mechanisms as described in the previous chapters, aiming at the protection of workers' rights?

This chapter is based on interviews with the stakeholders, which also immediately implies that this chapter involves some subjective elements. One of the problems related to investigating the effectiveness and practical impact of regulations is that there are no standard, quantifiable indicators. The information is gathered through interviews with the appropriate institutions, without being able to thoroughly control their personal findings. Empirically, it is not easy to measure the impact of a joint and several liability system, as the effects are very indirect in nature. In exceptional cases, a country report (Germany) gives an indication of the amount of money that has been collected through such mechanisms, which is as such not really an indication of its success rate. As figures on the application in a national context are lacking, this is certainly the case in a cross-border situation. It may not be forgotten in this respect that in particular the systems of joint and several liability currently implemented were predominantly developed in a national context and in the vast majority of cases do not explicitly refer to foreign subcontractors. It is unclear to what extent a transposition can be made from a mechanism applicable in a national context to a broader European or international context. One could presume that the effectiveness is even more limited. The

same could be said with respect to certain mechanisms installed in several Member States, notably in the construction sector and temporary work agency sector, such as audits or certification or monitoring tools in collective agreements or voluntary codes of conduct. Although sometimes leading to positive results in a national context, their applicability and successful implementation in an international context is more doubtful. In those countries where a system of joint and several liability does exist, it can be noticed that the number of cases dealing with liability are often rare. Several findings can be mentioned.

The experience with the application of some of the rules also depends on the number of people involved. It has to be admitted that the number of foreign workers present and the number of foreign subcontractors active in the country considerably vary between the Member States. Not all reports were able to provide statistics about the number of workers or subcontractors involved. Where the number of foreign workers active in some countries is believed to be very high (see e.g. the UK), the number of subcontractors active in other countries is considered to be very limited (see e.g. IT and ES). The lack of available data, as well as the lack of information on the number of people involved is also considered to hamper the assessment of the effectiveness of the rules on protection of workers' rights in subcontracting chains. The lack of knowledge about the principal contractor is e.g. also seen as an important difficulty in applying the system of joint liability in Germany with respect to holiday fund contributions (notwithstanding the general success the German system seems to have, where a lot of cases are settled out of court).

The demand for a better insight in the numbers of foreign subcontractors and workers active on the national labour market runs like a common thread through the national reports. Several reports therefore consider the presence of registration or notification obligations as very positive. The introduction of a European notification system is therefore often called upon and might/should be considered.

The joint and several liability systems differ in their modalities. One of these modalities is the preventive measures providing the possibility to avoid joint liability. The opinions on such mechanisms differ. Whereas some parties and/or reports consider the possibility to avoid joint liability as positive, although the due diligence obligations necessary for a possible exemption might be seen as constituting a(n) (disproportionate) administrative burden, other parties/reports are rather of the opinion that such a system will only be effective and be an indispensable instrument for protecting workers' rights in case of the objective nature of the joint and several liability system.

It is often also seen in many Member States that compliance with occupational health and safety regulations is significantly easier to control and inspect than e.g. compliance with regulations regarding minimum wages, as health and safety responsibilities often also show a more technical nature which is easier to monitor.

Another burning problem noticed is the fragmentation of countries' industrial relations systems. It is mentioned in several reports that most of the workers' rights only apply to employees and that it is very easy to evade the protective rules via the concept of self-employed workers. The easiness to establish companies in some of the countries leads to a growing number of people not protected by social law provisions in the countries. As the effectiveness of systems of (joint and several) liability is also determined by the ease with which one can escape its application, an issue intrinsically linked to debates about subcontracting processes is the phenomenon of bogus self-employment. Bogus self-employment is often seen as a means of escaping the protective labour law rules. Not surprisingly, in many countries the problems of bogus self-employment are high on the political agenda and the difficulty to make a distinction between real and bogus foreign self-employed workers is seen as a serious problem in practice, as a result of which there is a plea for further political initiatives, not only on a national, but also on a broader European level.

Another issue is that often the workers themselves have to take the initiative to enforce their rights, which may severely hamper the effective impact of the protective rules in cross-border situations, as often foreign workers are either unable or reluctant to stand up for their rights and call for support in starting claims. The

role to be played by trade unions is considered of pivotal importance in this respect, not only with regard to supporting the foreign workers, but also in informing the relevant authorities on suspected non-compliance with protective rules.

When looking more in particular at the enforcement of the implemented norms and instruments, problems are encountered in all phases of control and from inspection up till conviction. One of the most important prerequisites indicated for an effective application and enforcement is a sufficient monitoring and control system with strong inspection services. While as a result of the free movement of services the need for cross-border cooperation and information exchange between administrative, inspection and enforcement bodies of different Member States drastically increased, these bodies are continually confronted with the fact that there is no free movement of inspectors or of information. Many problems arise in this respect, such as the lack of a sufficient number of inspectors, the differences between the national inspection and enforcement services throughout the different Member States, each responsible for the monitoring and the enforcement of a (different) part of the legislation and often with a totally different legal status (e.g. social inspection in Belgium versus Finanzkontrolle in Austria) or problems with regard to the information received from the (foreign) partners concerned – as it is often mentioned that the information which the competent authorities receive, is defective – as well as doubts with regard to the reliability and the legal value of this information. Problems related to the lack of information are not only a problem for the authorities, but also for the contractors, employers, trade unions and, last but not least, the employees. Due to the lack of reliable information, it might be impossible for bona fide contractors to scrutinise their potential subcontractors beforehand and thus to meet due diligence obligations.

The collaboration with foreign inspection services is considered to be problematic in the great majority of the countries, notwithstanding the bilateral informal collaboration that takes place between some countries and which is often very good often raises procedural and other legal issues. For many countries it was reported that existing instruments and competences (apart from having an uncertain legal foundation) are not sufficient and do not permit an effective control and enforcement, especially when the foreign employer does not cooperate and the workers themselves do not provide any relevant information. Consequently, one of the biggest needs felt is a further optimisation in the field of administrative and legal (cross-border) assistance and cooperation. Finally, also the sanctions imposed for violation of the rules are part of the success of enforcement. Apart from their deterrent effect, the nature of the sanctions play a role, but exactly the fact that more and more sanctions now have an administrative rather than a criminal nature complicates cross-border prosecution, not at least as administrative fines do not fall under Framework Decision 2005/214/JHA on mutual recognition of financial penalties. Due to these enforcement issues, many consider a joint and several liability system on a European level an effective deterrent and a last resort (*ultimum remedium*) in the fight against social fraud.

The possible introduction of a mechanism of joint and several liability at European level must therefore be seen as an instrument in the broader search for the protection of workers in subcontracting processes, closely related to the enforcement issues in the implementation of the Posting Directive.

Although often as such perceived by many, not all employers are opposed to the idea of introducing a system of joint and several liability. However, most employers' organisations argue such mechanisms do have important drawbacks and it is feared they will have a considerable negative impact on economic processes. One of the main critiques often expressed is that by imposing (joint and several) liability mechanisms, the state actually shifts an inspection and enforcement duty to private companies, whereas these companies argue that this is done because inspection services are themselves confronted with obstacles, making it impossible for them to perform these tasks adequately, especially in cross-border situations. This critique is based upon various arguments not devoid of valid ground and needs to be addressed and taken into account. In particular, SMEs who have less financial, administrative and legal capacity than large companies fear that they would be particularly affected by high levels of bureaucracy and enormous paperwork, late payments by clients and more problems in complying with regulations. Arguments considered as being in favour of the introduction of a system of (joint and several) liability relate

to the fact that it is considered having a positive impact on avoiding unfair competition through wage dumping, since it is deemed to make contractors more diligent and more careful when choosing subcontractors. It is believed that without such a system compliance with national legislation would be much worse without such a measure. The principal contractor liability leads to a disciplinary action regarding the selection of potential subcontractors and has a significant preventive effect in this respect, as in order to avoid liability, the main contractors would act in their own self-interest and carefully choose their subcontractors and would check up on them in the course of the contractual relationship. This is an important argument in favour of a joint and several liability system but certainly not an easy one to verify.

In Chapter 5 some conclusions are formulated to improve the rights of workers involved in subcontracting processes, especially in cross-border situations. The number of Member States (7 Member States and Norway) that have introduced a system of joint and several liability today remains limited due to several reasons. And whilst some stakeholders are strongly opposed to such systems, questioning the efficiency thereof, specifically in cross-border situations and when dealing with mala fide players on the market, others consider the introduction of these systems a last resort, since regular supervision and enforcement mechanisms prove ineffective.

Another aspect is that the introduction of such a measure as joint and several liability seems to be accepted at least in principle by the European Court of Justice. However, will a Union-wide system of joint and several liability be in conformity with the free movement of services? A question that pops up in this respect is, taking into account that most problems arise when working with foreign subcontractors, if it might be acceptable when introducing a joint and several liability system by means of a European legal instrument to limit such a liability system to foreign (sub)contractors or to apply it only in cross-border situations? As we are now dealing with a European measure it will be up to the European Court of Justice to answer this question. Although the EU legislator has an even wider margin of appreciation than the national legislator in finding an overriding reason of general interest (such as the protection of workers' rights) as justification for a possible limitation of the free provision of services, it will have to be further demonstrated if such a measure would be proportionate.

Almost all reports consider strengthening the cooperation and the exchange of information between inspection and administrative services throughout the European Union and the enforcement of sanctions *as important* as the introduction of a system of joint and several liability. Further initiatives on a European level are in this respect highly advisable.

As mentioned before, several actors call for the introduction of a system of joint and several liability. It is clear that, provided the issues regarding the measures flanking the freedom to provide services and provided the issues with regard to the introduction of a system of joint and several liability are resolved and depending on the nature of the system, such a system will have a massive deterrent effect and will prove a big stick for inspection and enforcement services. Nevertheless, the introduction of a joint and several liability system cannot replace the measures flanking the freedom to provide services. Most of these measures are the very same measures the lack of which the introduction of a system of joint and several liability is, by some, deemed to resolve.

Several issues therefore need attention:

- 1) It should be noted that many countries promote the introduction of a *notification system*, which is seen as a very valuable means, since it does not put a disproportionate burden upon the players on the market and facilitates control as it provides the possibility to find out who or which foreign workers are working in the country concerned. In this respect, it can also be seen as a means to prevent or reduce bogus self-employment resulting from the abuse of the application of the free movement of services.

- 2) The introduction of a system of joint and several liability neither excludes nor resolves the need for the necessary cooperation between administrative and inspection services. Mechanisms should be implemented to allow inspection services to perform their controls more effectively as well as to allow the better identification of persons and swifter and more reliable exchange of information. Nevertheless, also at the moment a contractor being convicted, a system for a better cross-border execution of the judgement and the enforcement of sanctions is urgently required.
- 3) It has also been reported that bogus subcontracting, bogus self-employment and fraudulent constructions (often through the abuse of legal persons) often lead to a situation where (mala fide) (sub)contractors are in a position to escape liability and mandatory rules protecting workers' rights. Several reports have indicated that mechanisms should urgently be developed to combat the phenomenon of bogus self-employment. It should be stressed the issue of bogus self-employment in particular will not be resolved by the introduction of systems of joint and several liability. On the contrary, it is feared that bogus self-employment in its various forms will proliferate as a result of the introduction of a system of joint and several liability if the issue of bogus self-employment in itself is not resolved.
- 4) In cross-border subcontracting situations, the joint and several liability imposed will in practice, at least for one of the parties concerned, require cross-border legal proceedings in another country. This raises several questions which remain unanswered. Firstly, which court will be declared competent? Will the worker whose rights have been violated, or who considers it so, have the right to introduce his claim against a foreign contractor before the courts of his home country? As often workers who are not being paid the minimum wage in the host country do not introduce a claim — due to several reasons described in chapter 5 — the issue about the legal position of these workers and the quality of their claim will have to be addressed. Will inspection, enforcement or administrative services of the host state have a right to claim the wages for the workers? Will social partners have a right to claim them?

Therefore the following subsequent flanking measures have to be taken: the introduction of a notification system for cross-border (sub)contractors and providers of services in general; the improvement of cooperation between inspection services; the improvement of cross-border litigation for private and public actors, in particular for the employees concerned; the improvement of the cross-border execution of judicial and administrative decisions and fines; the improvement of possibilities in practice of cross-border recourse between private parties; the improvement of information exchange between public services, as well as between private parties, as well as between both; the provision of information for all parties concerned (client, contractor, subcontractor, employees...) with regard to the hard core of provisions (cfr. e.g. Art. 3 of Regulation 96/71/EC) and obligations to be met; tackling the issue of (cross-border) abuse of legal entities (e.g. facilitating cross-border piercing of the corporate veil)...

However, apart from all these measures, questions have to be answered with respect to the nature of the system of joint and several liability itself. Should it be a system of direct or chain liability? A system of direct liability is easily circumvented through the use of a bogus intermediary. As such, a direct system of liability will always prove ineffective in the end, while at the same time placing a heavy burden of due diligence on bona fide contractors and significantly raising transaction costs. The alternative, a system of chain liability, will be much more effective. However, with no adequate flanking measures in place, such a system will also prove to be disproportionate in an economic system where subcontracting and outsourcing are considered valid and legal economic processes. An unconditional liability system might also be seen as a disproportional measure for bona fide undertakings. The longer the contracting chain, the larger the need for information gathering and monitoring competences for the contracting parties higher up the chain and the heavier the due diligence obligations will weigh. Due diligence as a grounds for exoneration raises more questions. We have already noticed – the provisions of Directive 2009/52/EC being an example - that this

provision is implemented differently in the Member States. Will an initial due diligence be sufficient, or will a contractor be required to constantly monitor his subcontractors during the whole collaboration? How shall due diligence be defined and by whom?

- 5) In this respect, occupational health and safety deserves special attention. Industrial accidents and occupational diseases come at a high price for both victims and society as a whole. Most of the arguments used against the installation of a joint and liability system are less valid in case of occupational health and safety regulations. Compliance with social security and tax law, minimum wages, etc. cannot and should not be compared with compliance with occupational health and safety measures. The importance of such a measure in safeguarding compliance with health and safety regulations is highlighted.

Endgültige Studie

Autoren:
Yves Jorens
Saskia Peters
Mijke Houwerzijl

Juni 2012

Studie zum Schutz der Rechte von Arbeitnehmern bei Untervergabeverfahren in der Europäischen Union
Projekt GD EMPL/B2 - VC/2011/0015

Vertragsnehmer: Universität Gent, Department of Social Law, Universiteitstraat 4, B-9000 Gent in einem Konsortium mit der Universität von Amsterdam

Haftungsausschluss: Die in diesem Dokument enthaltenen Informationen geben nicht notwendigerweise die Position oder die Meinung der Europäischen Kommission wieder.

Zusammenfassung

Seit den späten 1980er Jahren hat die Vergabe von Unteraufträgen, eine Methode mit der Firmen und Organisationen bestimmte Aufgaben auslagern, in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union rapide zugenommen. Vor dem Hintergrund der sich ständig verändernden Integration und Erweiterung des Binnenmarktes kommt es immer häufiger vor, dass in einer Untervergabekette Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten eingebunden sind. Das Phänomen ist besonders im Bausektor sehr verbreitet, kommt jedoch auch in anderen Wirtschaftsbereichen häufig vor. Einerseits wurden Untervergabeverfahren bewusst gefördert, da die Vermutung galt, dass die größere Flexibilität der Unternehmen zu einer verbesserten Wirtschaftstätigkeit und zur Schaffung von Arbeitsplätzen führe. Andererseits hat die Zunahme von Untervergabeverfahren insbesondere in arbeitskräfteintensiven Wirtschaftszweigen Anlass zu der Besorgnis gegeben, dass die Rechte der am unteren Ende langer Untervergabeketten beschäftigten Arbeitnehmer geschwächt werden, da der Kunde und/oder der Hauptvertragsnehmer keine direkte rechtliche oder soziale Verantwortung für die Zahlung von Löhnen und Gehältern, Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen für die Arbeitnehmer seiner Unterauftragnehmer übernimmt.

Die Europäische Kommission hat sich mit der Problematik befasst und 2006 das Grünbuch "Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts" und im Jahr 2007 die Mitteilung zum Ergebnis der öffentlichen Anhörung des Grünbuchs veröffentlicht. In der Zwischenzeit hat sich auch das Europäische Parlament mit dem Schutz der Rechte von Arbeitnehmern bei Untervergabeverfahren befasst und mehrere Entschlüsse zu diesem Thema verabschiedet. In der Resolution von 2009 hat das Europäische Parlament auf die 2008 von der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Dublin) veröffentlichte Studie "Liability in subcontracting processes in the European construction sector" verwiesen und die Europäische Kommission dazu aufgefordert, eine sektorübergreifende Folgenabschätzung zum zusätzlichen Nutzen und zur Durchführbarkeit eines Gemeinschaftsinstruments der gesamtschuldnerischen Haftung vorzunehmen. Die Studie der Dubliner Stiftung identifizierte acht Mitgliedstaaten, in denen Legislativ- bzw. Selbstregulierungsinstrumente zur gesamtschuldnerischen Haftung bei Untervergabeketten eingeführt worden sind.

Das Ziel der vorliegenden Studie ist die Beschreibung, Analyse und Bewertung der Zwecke, Ziele, Funktionalität, Effektivität und Durchführbarkeit bestehender Mechanismen, insbesondere der Maßnahmen zur gesamtschuldnerischen Haftung und zum Thema Kettenhaftung zum Schutz der Arbeitnehmerrechte bei Untervergabeverfahren in der EU und in Norwegen, wobei die Auslegung aller genannten Begriffe so weit wie möglich gefasst sein soll. Der Begriff der Untervergabe bezieht sich auf Situationen, in denen B die Bereitstellung bestimmter Waren oder die Erbringung bestimmter Leistungen für den eigenen Bedarf an C vergibt. Dies umfasst auch die Fälle, die gemeinhin unter den Begriff "Outsourcing" fallen, d. h. Situationen, in denen zwischen C und A kein unmittelbarer Zusammenhang besteht, wenn B Waren oder Dienstleistungen an C vergibt, die A bei B in Auftrag gegeben hat. Auf der Grundlage dieser vergleichenden Studie der Maßnahmen, die momentan in allen Mitgliedstaaten der EU und in Norwegen angewendet werden, konzentriert sich die Analyse auf die Effektivität der Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerrechte bei Untervergabeverfahren sowie auf der Identifizierung von Merkmalen, die mehreren Mitgliedstaaten gemein sind, und geht der Frage nach, wie diese Maßnahmen und Merkmale mit bestehenden Instrumenten interagieren. Für diese Zwecke wurde eine repräsentative Stichprobe von 14 "Kernländern" ausgewählt. Schließlich formuliert die Studie Empfehlungen für mögliche Verbesserungen beim Schutz der Arbeitnehmerrechte im Rahmen der (grenzüberschreitenden) Untervergabe.

Da es sich um eine explorative Studie handelt stützen sich die Forschungen in allen untersuchten Ländern (27 Mitgliedstaaten und Norwegen) auf qualitative Bewertungen und Analysen von Primärquellen wie Legislativ- und Selbstregulierungsmechanismen, berücksichtigt aber auch Sekundärquellen wie bestehende

Literatur, (Fall-)Studien, politische Erklärungen, Berichte und Veröffentlichungen von Sozialpartnern und politischen Entscheidungsträgern, einschlägiges Datenmaterial – sofern vorhanden – und die Rechtsprechung. Darüber hinaus wurden bei den zuständigen Behörden und offiziellen Stellen der teilnehmenden Staaten, bei Arbeitgeber-, Unternehmer- und Gewerkschaftsverbänden, insbesondere in den Branchen, in denen Untervergabeverfahren sehr verbreitet sind (z.B. in der Bauwirtschaft), Daten für die repräsentative Stichprobe der 14 Kernländer erhoben. Die nationalen Experten haben auf der Grundlage eines von den Autoren dieses Forschungsprojekts erarbeiteten Fragebogens persönliche Befragungen oder telefonische Interviews mit den nationalen Behörden, darunter die Arbeitsaufsichtsbehörden, mit den einschlägigen Sozialpartnern und mit den beteiligten Berufsverbänden geführt.

Kapitel 1 stellt die Ziele der Studie und die wichtigsten Definitionen vor, Kapitel 2 enthält eine Übersicht der derzeit in den 27 Mitgliedstaaten und Norwegen angewendeten Maßnahmen, die direkt oder indirekt darauf abzielen, neben dem direkten Arbeitgeber auch andere Akteure für den Sozialschutz von Arbeitnehmern mitverantwortlich oder haftbar zu machen, die im Rahmen (grenzüberschreitender) Untervergabeverfahren beschäftigt sind. Sozialschutz meint in diesen Fällen die Gewährleistung von Mindeststandards in den Bereichen (Mindest-)Lohn, Sozialfonds, Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Sozialversicherungsbeiträge und Einkommenssteuer. Ebenfalls berücksichtigt wurden ggf. vorhandene funktionale Entsprechungen oder Alternativen, darunter Mechanismen der sozialen Verantwortung von Unternehmen (Verhaltenskodizes des nicht zwingenden Rechts).

Die Länderstudie zeigt, dass in 15 der 28 Länder nur wenige oder gar keine Sicherheitsvorkehrungen im Bereich der arbeitsrechtlichen Verpflichtungen getroffen wurden, die über die von den EU-Richtlinien geforderten Mindeststandards hinausgehen (BG, CY, CZ, EE, IE, HU, LT, LU, LV, MT, UK, PL, PT, SI, SK, RO). Es wurden jedoch einige Mechanismen des nicht zwingenden Rechts (besonders zu nennen die Sozialklauseln im Vereinigten Königreich) und insbesondere Verantwortlichkeits- und Haftungsmechanismen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz der Leiharbeiter identifiziert. Alle anderen Verpflichtungen unterliegen streng der vertraglichen Beziehung, in der allein der Arbeitgeber verantwortlich ist.

In einigen Bereichen des Arbeitsrechts sind Haftungsmechanismen jedoch üblicher als in anderen. Zu diesen Bereichen gehören die Aspekte Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt und bis zu einem gewissen Grad auch die öffentliche Auftragsvergabe, wobei alle Bereiche durch EU-Richtlinien geregelt sind. Die signifikante Häufigkeit von Haftungsmechanismen in diesen Bereichen lässt sich leicht durch die Merkmale dieser Bereiche erklären (z. B. Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, öffentliche Auftragsvergabe und Leiharbeit) oder auf die Tatsache zurückführen, dass eine Europäische Richtlinie derartige Instrumente ausdrücklich fordert (z. B. bei der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt).

Für die Gruppe der weiteren 13 Staaten (AT, BE, DE, DK, EL, ES, FI, FR, IE, IT, NL, NO, SE) lassen sich die angewandten Verantwortlichkeits- und Haftungsmechanismen wie folgt zusammenfassen. Lediglich sieben Mitgliedstaaten (AT, DE, ES, FI, FR, IT, NL) und Norwegen verfügen über ein mehr oder weniger ausgearbeitetes, allgemeines System der gesamtschuldnerischen Haftung für bestimmte Aspekte wie Löhne und Gehälter bzw. Arbeitsbedingungen. Es gibt fast keinen Mitgliedstaat mit einem allgemeinen und umfassenden System der gesamtschuldnerischen Haftung. Jedoch sind Spanien und Italien als Ausnahme von dieser Regelung zu nennen. In diesen Staaten funktionieren die Mechanismen jedoch nur in der Theorie, da die gesamtschuldnerische Haftung zwar in der Theorie ausführlich dargelegt ist, in der Praxis jedoch nicht gar nicht oder nur in sehr seltenen und spezifischen Fällen angewendet wird.

Mit Ausnahme von Finnland handelt es sich um Systeme, die sich hauptsächlich auf die gesamtschuldnerische Haftung der Kunden/Hauptauftragnehmer/Entleihunternehmen abzielen. Es wäre daher falsch zu behaupten, allgemeine Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung seien in der Europäischen Union weit verbreitet. Zwar gibt es Gemeinsamkeiten bei einigen Systemen der

gesamtschuldnerischen Haftung (z. B. bei den Mechanismen zu Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen in Österreich, Belgien und Deutschland), jedoch unterscheiden sich die Systeme grundlegend in Bezug auf den Umfang, die Höhe der Beträge und den Grad der Umsetzung. Einige dieser Vorschriften sind in Gesetzen verankert, der Großteil der Mechanismen zur gesamtschuldnerischen Haftung wurde jedoch im Rahmen von Tarifvereinbarungen festgelegt.

In einigen Mitgliedstaaten, in denen Haftungsmechanismen existieren, ist die Haftung des Arbeitgebers jedoch auf die erste oder zweite Ebene der Untervergabekette beschränkt (AT, BE, EL, FI, FR) oder das System ist an andere Bedingungen geknüpft (wie beispielsweise in Österreich mit einer Schadloshaltungsverpflichtung, d.h. die gerichtliche Inanspruchnahme des Drittunternehmers durch den Arbeitnehmer blieb erfolglos; oder auch in Portugal). Die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses mag auf den ersten Blick zwar den eigentlichen Zielen widersprechen (z. B. in Belgien), in anderen Mitgliedstaaten (darunter DE, NL) ist der Haftungsausschluss jedoch ein gebräuchliches Instrument, insbesondere bei Systemen der Kettenhaftung. Kapitel 5 enthält eine schematische Übersicht dieser Mechanismen.

In einigen Staaten gibt es funktionale Entsprechungen oder Alternativen zu den Systemen der gesamtschuldnerischen Haftung, darunter Mitbestimmungsrechte der Gewerkschaften, Sozialklauseln, Begrenzungen der Untervergabeketten (ES) oder Beschränkungen bei der Beschäftigung von Leiharbeitern bzw. bei den vergebenen Lohnarbeiten (LU, NO) sowie Informations- und/oder andere Verfahrenspflichten, die der Einhaltung der bestehenden Regelungen dienen sollen. Hier fallen besonders die nordischen Länder auf (DK, SE, NO, FI), aber auch andere Länder verwenden Sozialklauseln, entweder unabhängig von der öffentlichen Auftragsvergabe (IT, NL) und/oder im Rahmen der öffentlichen Vergabe (AT, BE, DE, EL, IT).

Wenig verwunderlich ist die Tatsache, dass in 13 Ländern spezifische Vorschriften für den Bausektor existieren, die in vielen Fällen mit dem öffentlichen Vergaberecht verknüpft sind. Dies schließt jedoch nicht aus, dass in vielen Berichten (z. B. BE, DK, MT) explizit auf ähnliche Maßnahmen und Probleme in anderen sensiblen Sektoren, darunter die Reinigungsindustrie, verwiesen wird. Darüber hinaus bestehen im Bereich der Leih- und Zeitarbeit sowie für nicht angemeldete oder illegal Beschäftigte spezifische Maßnahmen für bestimmte Gruppen von Beschäftigten und/oder deren Arbeitgeber. Die genannten Systeme unterscheiden sich wesentlich in Bezug auf die Art und den Umfang der geforderten Haftung und Verantwortung.

In Kapitel 3 werden die vorgestellten Maßnahmen detailliert betrachtet. Dieses Kapitel stellt eine eingehende Überprüfung verschiedener Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung zum Schutz des Arbeitsrechts dar, insbesondere im Hinblick auf Löhne, Beiträge zum Sozialfond und Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Darüber hinaus wurden eine Reihe von Instrumenten untersucht, die verschiedenen Kategorien zuzuordnen sind. Insgesamt lässt sich feststellen, dass die angewendeten Maßnahmen zwar sehr ähnliche Ziele verfolgen, sich aber auf nationaler Ebene in Art und Umfang stark unterscheiden. Dennoch gibt es eine auffällige Gemeinsamkeit in allen Kategorien: Viele der existierenden Mechanismen zielen auf die Zuverlässigkeit der Unterauftragnehmer ab, insbesondere im Bausektor und bei der Leiharbeit. In einigen Fällen stellen die Instrumente eine Kombination aus öffentlichen und privaten Interventionen dar, die von Überwachungsinstrumenten im Rahmen von Tarifvereinbarungen bis hin zu freiwilligen, von den Unternehmen initiierten oder im Kontext der öffentlichen Vergabe aufgestellten Verhaltenskodizes reichen.

In allen Mitgliedstaaten wurden diese Regelungen (hauptsächlich) zur Einhaltung der Pflichten der Arbeitgeber und zum Schutz der Arbeitnehmerrechte im Hinblick auf (grenzübergreifende) Untervergabeketten eingeführt. In den Fällen, in denen externe Überlegungen der Hauptgrund für (kürzlich vorgenommene) Gesetzesänderungen waren, standen oftmals durch den Zustrom von Arbeitskräften aus anderen Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau ausgelöste Ängste vor Lohn- und Sozialdumping im Vordergrund. Viele Staaten haben deshalb Regelungen vor dem Hintergrund folgender Aspekte eingeführt oder aktualisiert: Beitritt zur (heutigen) Europäischen Union (AT, NO), neues Phänomen der grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern (DE), Umsetzung der Entsenderichtlinie (AT), spätere Erweiterungen durch neue Mitgliedstaaten in den Jahren 2004 und 2007 und nicht zuletzt die

Aufhebung der Übergangslösung (AT, DE). In anderen Staaten stand das Erreichen spezifischer Ziele im Vordergrund, wie die Reduzierung von Arbeitsunfällen bei der Untervergabe (ES) oder der Abbau von Einschränkungen der Handels- und Geschäftstätigkeit durch bestehendes Arbeitsrecht, das nicht länger als zeitgemäß für das neue Produktionssystem empfunden wird (IT).

Aus fünf existierenden, "allgemeinen" und gesetzlich verankerten Instrumenten der Lohnpflicht (in AT, DE, ES, IT, NO) wurden drei für eine genauere Betrachtung ausgewählt, um die Art, die Reichweite und die Präventivmaßnahmen zu untersuchen, die diese Instrumente im Hinblick auf eine Freistellung von Haftung und Sanktionen bieten. Präventivmaßnahmen meint Maßnahmen, mit denen beteiligte Parteien von der Haftung ausgeschlossen werden können. Ohne diese Präventivmaßnahmen lässt sich die Haftung nicht beschränken, weder durch einen Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Dritte, noch vertraglich zwischen verschiedenen (Unter-)Auftragnehmern.

Eines dieser fünf Instrumente ist ein Beispiel für eine "Haftungsbeschränkung" (AT) und zwei weitere Instrumente veranschaulichen die "Kettenhaftung über die gesamte Haftungskette" (DE, NO). Beide Regelungen der Kettenhaftung basieren auf gesetzlichen Instrumenten, die nur dann Anwendung finden, wenn für die Tarifvereinbarung in den spezifischen Branchen eine Allgemeinverbindlicherklärung vorliegt.

Die Haftungssysteme unterscheiden sich inhaltlich jedoch von Land zu Land und sogar innerhalb eines Landes (z. B. ist die Haftung auf eine bestimmte Branche beschränkt, oder es haftet ausschließlich der direkte Vertragspartner, oder ein Vertragsnehmer haftet nachrangig oder der Kunde wird mit haftbar gemacht etc.). Die österreichische(n) Haftungsbeschränkung(en) sind relativ detailliert und kompliziert, wohingegen die Haftungsbestimmungen in Deutschland und Norwegen recht überschaubar sind.

Aus den vielen "*spezifischen*" Systemen der Lohnpflicht wurden drei gesetzliche Systeme ausgewählt, die schwerpunktmäßig auf nicht angemeldete bzw. illegale Beschäftigte (FR), Leiharbeiter (NL) und auf die öffentliche Auftragsvergabe (IT) abzielen. Bei allen drei gesetzlich verankerten Systemen der Lohnpflicht wurden präventive Elemente identifiziert, die Optionen oder Anforderungen zur Überprüfung der Zuverlässigkeit der Unterauftragnehmer bzw. der Leiharbeitsfirmen enthalten. Lediglich in Italien beinhaltet das untersuchte Beispiel zusätzlich Präventivinstrumente, die eine Entrichtung des Lohns gegenüber Arbeitnehmern in Untervergabeverfahren gewährleisten sollen.

Bei den freiwilligen Lohnregelungen wurden die Haftungsmechanismen in verschiedenen erweiterten Tarifvereinbarungen kurz beleuchtet, insbesondere im Bausektor in Finnland und in den Niederlanden. Die zugrundeliegende Absicht dieser Regelungen ist oftmals die Schaffung einheitlicher Mindeststandards für den gesamten Sektor, um einen "Wettlauf nach unten" zwischen den Arbeitgebern zu verhindern, die Arbeitskosten im Rahmen des Wettbewerbs immer weiter senken möchten.

Sowohl bei den gesetzlichen als auch bei den freiwilligen Regelungen existieren verschiedene Präventivmaßnahmen, darunter die Zahlung einer Sicherheitsleistung, die Prüfung der Formalitäten, die Erlaubnis zur Überprüfung der Organisationsmerkmale von Vertragsnehmern und ihrer finanziellen Solidität, die Bescheinigung über die Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen und Beiträgen zu Sozialfonds für das Baugewerbe etc.

Von den sieben Staaten, in denen es so genannte "Sozialklauseln" bei Tarifverträgen gibt (DK, FI, IE, IT, NL, NO, UK), wurde die Situation in Irland und im Vereinigten Königreich näher beleuchtet. Vertragsnehmer sind verpflichtet, ausschließlich zugelassene Unterauftragnehmer zu beschäftigen. Entscheidend für die Wirksamkeit der irischen Sozialklausel ist, dass die so genannten "Registered Employment Agreements" (Registrierte Arbeitsverträge) rechtsverbindlich sind. Im Vereinigten Königreich ist die Einhaltung aller Tarifvereinbarungen freiwillig und wird oftmals durch Rundbriefe und Mitteilungen ergänzt, die Arbeitgeber darüber informieren, welche Änderungen zu bestehenden Vereinbarungen getroffen wurden. Die wichtigste Vereinbarung im Bausektor enthält einen Anhang für entsandte Arbeitnehmer, der sich ausdrücklich auf Vertragsnehmer, die nicht aus dem Vereinigten Königreich stammen, und die

Beschäftigung von Arbeitnehmern im Baugewerbe bezieht, einschließlich der Überprüfung dieser Vertragsnehmer im Hinblick auf die Einhaltung der Vereinbarung.

Im nächsten Abschnitt wurden die Systeme zur Entrichtung von Beiträgen zum Sozialfond untersucht. Derzeit existieren solche Verantwortlichkeits- und Haftungssysteme lediglich in fünf Mitgliedstaaten (AT, BE, DE, IT und NL). In Belgien stellt das gesetzlich verankerte Haftungssystem eine Kombination aus Beiträgen zum Sozialfond mit Lohnsteuerpflicht und Sozialversicherungsbeiträgen dar. In Österreich, den Niederlanden und Deutschland unterscheidet man zwischen den Haftungsmechanismen für die Entrichtung von Sozialfondbeiträgen für den Bausektor und den Haftungssystemen für die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen. In Italien hingegen gibt es die Besonderheit der dreiseitigen Vereinbarung, die den Sozialversicherungsvorschriften nahe kommt, jedoch nicht voll und ganz in dieses Rechtsgebiet gehört. Die deutschen Haftungsbestimmungen und die italienischen Verantwortlichkeitsbestimmungen zum Sozialfond sind für den Bausektor verbindlich, jedoch darf (und wird) das italienische System freiwillig auch auf andere Sektoren ausgeweitet. Im Vergleich zu den Vorschriften in Österreich, Belgien und den Niederlanden erscheinen diese Systeme recht ausgereift. Wichtiger ist jedoch, dass sie aufgrund ihrer starken institutionellen Verankerung über eine hohe praktische Relevanz verfügen. Aus diesem Grund wurden nur das deutsche und das italienische System der Haftungsregelungen der Sozialfonds einer gründlicheren Beobachtung unterzogen.

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit Bestimmungen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Da es sich bei Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz um ein eigenständiges Gebiet handelt sind spezifische Überwachungs- und Kontrollmaßnahmen notwendig. Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten hat Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung eingeführt, um zu gewährleisten, dass die (nationalen) Vorschriften zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz eingehalten werden. Oftmals greifen diese die Verpflichtungen auf, die in den verschiedenen EU-Richtlinien zum Thema Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ausgeführt sind. Darüber hinaus verweisen fast alle Mitgliedstaaten explizit auf die Einhaltung der EU-Richtlinien zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz in den Fällen, in denen Leiharbeiter oder Beschäftigte von Dritten beteiligt sind. In den Vorschriften sind Angestellte und Selbständige oftmals gleichgestellt und ähnliche Bestimmungen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz für Arbeitgeber, Angestellte und Selbständige definiert. In den Sektoren Bauwesen (BE, FR, EL, IE, PL), Transport (FR), Schiffbau (EL) oder in der Kernindustrie (FR) gelten teilweise zusätzliche spezifische Vorschriften. Diese setzen häufig europäische oder internationale Rechtsvorschriften oder Verträge um und dehnen die Haftung für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz der Arbeitnehmer auf den Kunden oder den Vertragsnehmer aus. Die nationalen Rechtsvorschriften unterscheiden sich jedoch insofern, als einige Staaten eine direkte Haftung vorsehen (AT, CY, DE, FR, SE), wohingegen andere eine Kettenhaftung festlegen (BE, EL, ES, IT, NL).

Und zuletzt wurde eine gemischte Kategorie untersucht, in der verschiedene "sonstige" Vorschriften vorgestellt werden. Aus zehn Mitgliedstaaten (ES, FR, FI, IE, IT, LU, NO, SE, PL, UK) wurden Alternativen zu den oben genannten Systemen der gesamtschuldnerischen Haftung ausgewählt, die sämtlich zum Schutz der Arbeitnehmerrechte in Untervergabeverfahren beitragen, wenngleich diese häufig nur indirekte Wirkung zeigen und nicht zwingendes Recht bedeuten. Aus den Berichten geht jedoch hervor, dass nicht alle der genannten Maßnahmen wirksam sind.

Zusätzlich genießen entsandte Arbeitnehmer in vier Mitgliedstaaten (BE, CZ, DK, SK) einen indirekten Schutz durch gesetzliche Meldepflichten des Dienstleistungsempfängers (Kunde bzw. Vertragsnehmer) im Gastland. Abschließend wurden folgende Aspekte untersucht: (1) das Instrument zur Überprüfung der Zuverlässigkeit von Unterauftragnehmern und Leiharbeitsfirmen in Finnland, (2) die Meldepflicht für entsandte Arbeitnehmer in Belgien, (3) die Instrumente zu Informations- und Konsultationsrechten von Arbeitnehmervertretern, darunter Gewerkschaften, in Norwegen und Schweden, (4) die Lohnpflicht des Kunden bzw. Vertragsnehmers gegenüber Unterauftragnehmern (IE, FR und PL) und (5) die restriktiven Maßnahmen zu Leiharbeit und "Anheuerungsverfahren" in Norwegen, Belgien und Luxemburg. All diese Maßnahmen tragen auf die ein oder andere Weise zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmer bei. Das

finnische Haftungsgesetz regelt beispielsweise, dass der Hauptauftragnehmer oder andere Vertragsteilnehmer verpflichtet sind, vom Unterauftragnehmer zu verlangen, dem Kunden Informationen zu den geltenden Tarifvereinbarungen oder den Beschäftigungsbedingungen der betreffenden Tätigkeiten zukommen zu lassen. In Schweden sehen die Vorschriften ein Mitsprache- und Vetorecht der Gewerkschaften bei der Vergabe eines Auftrags an einen bestimmten Vertragsnehmer vor. Dieses Instrument der Gewerkschaften dient der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmerrechte gemäß den arbeitsrechtlichen Vorgaben und gemäß den Tarifvereinbarungen und soll insbesondere Scheinselbständigkeiten verhindern. Die Gewerkschaften haben das Recht, den Arbeitgeber aufzufordern, Auskunft über den potenziellen Vertragsnehmer und die Bedingungen, zu denen dieser Arbeitnehmer beschäftigt, zu erteilen. Außerdem muss der Vertragsnehmer darüber informieren, inwiefern die Arbeitnehmer über ihre Rechte in Bezug auf das Arbeitsumfeld, die Höhe der Vergütung und die steuerlichen Rahmenbedingungen aufgeklärt wurden und ist verpflichtet, alle weiteren Informationen bereitzustellen, anhand derer die Gewerkschaften die Zuverlässigkeit eines Vertragsnehmers gegenüber seinen Arbeitgebern und der Gesellschaft beurteilen können. Der Arbeitgeber unterzieht sich damit indirekt gewissen Kontrollen. Die Regulierung der Leiharbeit wird als wichtiger Faktor erachtet, um dem Missbrauch bei Untervergabeverfahren entgegenzuwirken. Die restriktiven Maßnahmen zur Leiharbeit in Belgien geben vor, dass die Höhe der Vergütung des Leiharbeiters nicht unter dem Satz liegt, auf den der Leiharbeiter einen Anspruch hat, wenn er von seinem Arbeitgeber zu denselben Konditionen unbefristet beschäftigt worden wäre. Damit wird ein Wettbewerb auf der Grundlage von sozialen Argumenten vermieden. Werden Arbeitnehmer Dritten zur Verfügung gestellt, so erhalten sie besonderen Schutz, da das entleihende Unternehmen für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, der Löhne und Gehälter und aller weiteren Leistungen, die aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entstehen, gesamtschuldnerisch haftet.

Kapitel 4 beleuchtet die Anwendung und die Durchsetzung der Vorschriften in der Praxis, mit besonderem Augenmerk auf grenzüberschreitenden Situationen. Welche Relevanz und Wirksamkeit zeigen die in den vorherigen Kapiteln beschriebenen, existierenden Mechanismen zum Schutz der Arbeitnehmerrechte, insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext?

Dieses Kapitel basiert auf Interviews mit den beteiligten Akteuren, was notwendigerweise mit einem gewissen Maß an Subjektivität einhergeht. Eine der Schwierigkeiten bei der Untersuchung der Effektivität und des praktischen Nutzens dieser Vorschriften liegt darin, dass keine einheitlichen und quantifizierbaren Indikatoren existieren. Die Informationen wurden durch Befragungen der einschlägigen Institutionen gewonnen, ohne dass der Anspruch erhoben wird, die persönlichen Einschätzungen der Befragten sorgfältig kontrollieren zu können. Empirisch gestaltet sich die Folgenabschätzung der Systeme zur gesamtschuldnerischen Haftung als schwierig, da die Wirkung oftmals indirekter Natur ist. In Ausnahmefällen geben Länderberichte (Deutschland) einen Hinweis darauf, welche Mittel im Rahmen einer Maßnahme aufgewendet wurden, was an sich jedoch keinen verlässlichen Hinweis auf die Erfolgsquote der Maßnahme darstellt. Da keine Daten zur Anwendung im nationalen Kontext vorliegen gilt dies umso mehr für grenzüberschreitende Situationen. Es darf in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht vergessen werden, dass die derzeit angewendeten Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung vorwiegend im nationalen Kontext entwickelt wurden und sich in der Mehrzahl der Fälle nicht explizit auf ausländische Unterauftragnehmer beziehen. Es ist unklar, inwieweit sich die Erkenntnisse über einen im nationalen Kontext angewendeten Mechanismus auf den breiteren europäischen oder internationalen Kontext anwenden lassen. Es kann jedoch angenommen werden, dass die Effektivität in diesen Kontexten noch stärker eingeschränkt ist. Dies gilt auch für bestimmte Mechanismen mehrerer Mitgliedstaaten im Bausektor und bei der Leiharbeit, darunter Kontrollen, Zertifizierungen oder Überwachungsinstrumente im Rahmen von Tarifvereinbarungen oder freiwilligen Verhaltenskodizes. Auch wenn diese Maßnahmen im nationalen Kontext bisweilen erfolgreich sind, darf die erfolgreiche Anwendung und Umsetzung derselben Systeme im internationalen Kontext bezweifelt werden. In den Staaten, in denen Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung verankert sind, kommt es nur sehr selten zu Haftungsklagen. Es lassen sich dazu eine Reihe von Ergebnissen nennen.

Die Erfahrung mit der Anwendung bestimmter Regelungen hängt auch von der Zahl der Personen ab, die in den Prozess involviert ist. Es wird darauf hingewiesen, dass die Zahl der ausländischen Arbeitnehmer und Unterauftragnehmer, die in einem Land aktiv sind, zwischen den Mitgliedstaaten stark variiert. Nicht alle Länderberichte enthalten statistische Daten zur Anzahl der beteiligten Arbeitnehmer oder Unterauftragnehmer. In den Ländern, in denen die vermutete Anzahl der aktiven ausländischen Arbeitnehmer besonders hoch ist (siehe beispielsweise im Vereinigten Königreich) wird die Zahl der Unterauftragnehmer, die in anderen Ländern aktiv sind, besonders gering eingeschätzt (siehe Italien und Spanien). Das Fehlen der Daten sowie der Information darüber, wie viele Personen in den Prozess eingebunden sind, gilt als Hindernis für die Bewertung der Effektivität der Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerrechte bei Untervergabeketten. Ein weitere große Schwierigkeit stellt das fehlende Wissen über den Hauptauftragnehmer für die Anwendung der gesamtschuldnerischen Haftung in Deutschland im Hinblick auf die Beiträge zur deutschen Urlaubskasse dar (ungeachtet des allgemeinen Erfolgs des deutschen Systems, in dem eine Vielzahl der Fälle außergerichtlich geregelt werden).

Die Notwendigkeit für genauere Daten zur Anzahl der auf den nationalen Arbeitsmärkten aktiv tätigen ausländischen Unterauftragnehmer und Arbeitnehmer zieht sich wie ein gemeinsamer roter Faden durch alle Länderberichte. In vielen Berichten wird daher die Möglichkeit einer Registrierungs- und Meldepflicht als sehr positiv bewertet. Die Einführung einer Meldepflicht auf europäischer Ebene ist wiederholt gefordert worden und darf bzw. sollte berücksichtigt werden.

Die Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Modalitäten. Eine dieser Modalitäten stellt die Präventivmaßnahme zum Ausschluss von der gesamtschuldnerischen Haftung dar. Die Meinungen über derartige Maßnahmen gehen auseinander. Einige Teilnehmer bzw. Länderberichte begrüßen die Möglichkeit zum Ausschluss der gesamtschuldnerischen Haftung, obwohl die dafür erforderliche Sorgfaltspflicht als (unverhältnismäßig) hoher Verwaltungsaufwand angesehen werden könnte. Andere Teilnehmer bzw. Länderberichte sind der Ansicht, dass ein solches System nur dann wirksam und für den Schutz der Arbeitnehmerrechte unerlässlich ist, wenn keine Bedingungen an das System der gesamtschuldnerischen Haftung geknüpft sind.

In vielen Mitgliedstaaten zeigt sich, dass die Einhaltung der Vorschriften zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz wesentlich leichter zu kontrollieren und überwachen ist als beispielsweise die Einhaltung der Vorschriften zum Mindestlohn, da der Verantwortungsbereich Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz technischer Natur und deshalb leichter zu überwachen ist.

Ein weiteres drängendes Problem ist die Fragmentierung der Arbeitsbeziehungen innerhalb der Staaten. In mehreren Berichten wird darauf hingewiesen, dass viele der Arbeitnehmerrechte nur für angestellte Beschäftigte gelten und sich die Regelungen durch das Konzept der Selbständigkeit leicht umgehen lassen. Die Leichtigkeit, mit der sich in einigen Ländern Unternehmen gründen lassen, führt in diesen Staaten zu einer zunehmend großen Anzahl von Arbeitnehmern, die keinen Schutz durch die Sozialgesetzgebung genießen. Da die Wirksamkeit der (gesamtschuldnerischen) Haftung auch durch die Leichtigkeit bestimmt wird, mit der sie sich umgehen lässt, ist das Phänomen der Scheinselbständigkeit untrennbar mit der Diskussion über Untervergabeverfahren verbunden. Scheinselbständigkeit wird häufig als Mittel betrachtet, um die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts auszuhebeln. Vor diesem Hintergrund überraschend es nicht, dass das Thema Scheinselbständigkeit ganz oben auf der politischen Tagesordnung steht. Die Schwierigkeit, zwischen echten und scheinselbständig Tätigen im Ausland zu unterscheiden, ist ein ernst zu nehmendes Problem in der Praxis, weshalb es bereits Forderungen nach politischen Initiativen nicht nur auf nationaler, sondern auf gesamteuropäischer Ebene gibt.

Eine weitere Problematik besteht darin, dass die Arbeitnehmer für die Durchsetzung ihrer Rechte häufig selbst Sorge tragen müssen, was wiederum die tatsächliche Wirkung der Schutzvorschriften im grenzüberschreitenden Kontext wesentlich beeinträchtigt, da ausländische Arbeitnehmer entweder nicht in der Lage oder nicht geneigt sind, für ihre Rechte einzutreten und Unterstützung bei der Durchsetzung von Ansprüchen einzufordern. Den Gewerkschaften kommt bei dieser Frage eine zentrale Rolle zu, nicht nur bei

der Unterstützung ausländischer Arbeitnehmer, sondern auch bei der Benachrichtigung der zuständigen Behörden bei Verdacht auf Verstöße gegen die Schutzvorschriften.

Bei näherer Betrachtung der Durchsetzung bestehender Normen und Instrumente treten im gesamten Kontrollprozess Schwierigkeiten auf, angefangen bei der Inspektion bis hin zur Verurteilung. Eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine effektive Anwendung und Durchsetzung ist ein tragfähiges Überwachungs- und Kontrollsystem mit überzeugenden Inspektionsdiensten. Als Folge des freien Dienstleistungsverkehrs ist die Notwendigkeit der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs zwischen den Verwaltungs-, Kontroll- und Vollzugsbehörden der verschiedenen Mitgliedstaaten drastisch gestiegen. Gleichzeitig sehen sich genau diese Behörden jedoch zunehmend mit der Einsicht konfrontiert, dass es keine Freizügigkeit für Inspektoren oder Informationen gibt. Dies zieht viele Schwierigkeiten nach sich, darunter der Mangel an Inspektoren, die nationalen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bei den Kontroll- und Durchsetzungsdiensten, von denen jeder Dienst für die Überwachung und Durchsetzung (unterschiedlicher) Elemente der Gesetzgebung verantwortlich ist und oftmals einen völlig unterschiedlichen Rechtsstatus hat (z. B. die so genannte Sozialinspektion in Belgien im Vergleich zur Finanzkontrolle in Österreich) oder die Probleme mit Informationen von (ausländischen) Partnern – häufig werden die erhaltenen Informationen von den zuständigen Behörden als mangelhaft eingestuft – ebenso wie die Zweifel an der Zuverlässigkeit und der Rechtsverbindlichkeit der Daten. Die Probleme mit dem Mangel an Daten stellen nicht nur für die Behörden, sondern auch für Vertragsnehmer, Arbeitgeber, Gewerkschaften und nicht zuletzt die Arbeitnehmer eine große Schwierigkeit dar. Aufgrund des Mangels an zuverlässigen Daten ist es für Bona-fide-Vertragsnehmer nahezu unmöglich, potenzielle Unterauftragnehmer im Vorfeld zu überprüfen und so ihrer Sorgfaltspflicht nachzukommen.

Die Zusammenarbeit mit ausländischen Inspektionsdiensten wird, trotz der informellen und häufig sehr guten bilateralen Kooperation zwischen einzelnen Ländern, in der Mehrheit der Staaten aufgrund der verfahrensrechtlichen und juristischen Schwierigkeiten als problematisch eingestuft. In vielen Staaten wurde festgestellt, dass existierende Instrumente und Kompetenzen (abgesehen von der unsicheren Rechtsgrundlage) nicht ausreichend sind und keine effektive Kontrolle und Durchsetzung gewährleisten, insbesondere dann, wenn der ausländische Arbeitgeber nicht kooperiert und die Arbeitnehmer selbst nicht die einschlägigen Daten zur Verfügung stellen. Daher ist eines der größten Bedürfnisse der Länder eine Optimierung der justitiellen und administrativen (grenzüberschreitenden) Amtshilfe und Zusammenarbeit. Letztlich spielen aber auch die Sanktionen, die bei einem Verstoß gegen die Vorschriften drohen, eine Rolle für den Erfolg der Durchsetzungsmaßnahmen. Abgesehen vom abschreckenden Effekt der Maßnahmen ist die Art der Sanktion entscheidend. Die Tatsache, dass die Sanktionen immer häufiger dem Verwaltungs- und nicht dem Strafrecht entstammen, erschwert die grenzüberschreitende Strafverfolgung auch deshalb, weil Bußgelder nicht unter den Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die gegenseitige Anerkennung von Geldstrafen oder Geldbußen fallen. Aufgrund dieser Schwierigkeiten beim Thema Durchsetzung befürworten viele Akteure ein europaweites System der gesamtschuldnerischen Haftung als wirkungsvolle Abschreckung und letztes Mittel (*ultimum remedium*) im Kampf gegen Sozialversicherungsbetrug.

Die Einführung eines Systems der gesamtschuldnerischen Haftung auf europäischer Ebene muss daher als eines von mehreren Instrumenten zum Schutz der Arbeitnehmer in Untervergabeverfahren angesehen werden, das zudem eng mit der Durchsetzungsproblematik bei der Umsetzung der Entsenderichtlinie verknüpft ist.

Systeme der gesamtschuldnerischen Haftung werden zwar von vielen, aber bei Weitem nicht von allen Arbeitgebern abgelehnt. Die meisten Arbeitgeberverbände führen jedoch an, dass derartige Mechanismen wesentliche Nachteile mit sich bringen und sich negativ auf Wirtschaftsprozesse auswirken. Als Hauptargument gegen die Einführung eines Systems der (gesamtschuldnerischen) Haftung wird vorgebracht, dass der Staat die Pflicht zur Inspektion und Durchsetzung auf private Unternehmen überträgt. Die Unternehmen hingegen argumentieren, dass die Inspektionsdienste deshalb ausgelagert werden sollen, weil die Dienste selbst vor Hindernissen stehen, die es insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext unmöglich machen, diese Aufgabe angemessen auszuführen. Die Kritik fußt

auf verschiedenen Argumenten, die nicht jeder Grundlage entbehren, und sollte daher berücksichtigt werden. Besonders kleine und mittlere Unternehmen, die über weniger finanzielle, administrative und justitielle Kapazitäten als große Firmen verfügen, fürchten den hohen Bürokratieaufwand und die Schreiarbeit, die schlechte Zahlungsmoral der Kunden und zusätzliche Probleme bei der Einhaltung der Vorschriften. Eines der Argumente, die für die Einführung eines Systems der (gesamtschuldnerischen) Haftung sprechen, geht von einer positiven Wirkung zur Vermeidung des unlauteren Wettbewerbs durch Lohndumping aus, da angenommen wird, dass das System Vertragsnehmer zu mehr Sorgfalt und Vorsicht bei der Auswahl der Unterauftragnehmer erzieht. Es wird vermutet, dass die Einhaltung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ohne ein solches System sehr viel schlechter ausfallen würde. Die Haftung des Hauptauftragnehmers führt zu Disziplinarverfahren bezüglich der Auswahl der potenziellen Unterauftragnehmer und hat eine deutliche Präventionswirkung. Um Haftungsfälle zu vermeiden wären die Hauptvertragsnehmer in ihrem eigenen Interesse gezwungen, ihre Unterauftragnehmer sorgfältig auszuwählen und diese im Zuge der vertraglichen Beziehung zu prüfen. Dieses Argument für ein System der gesamtschuldnerischen Haftung hat Gewicht, lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres überprüfen.

In Kapitel 5 sind Schlussfolgerungen aufgeführt, die zu einem besseren Schutz der Arbeitnehmerrechte bei Untervergabeverfahren, insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext, beitragen. Die Zahl der Mitgliedstaaten, die bereits ein System der gesamtschuldnerischen Haftung eingeführt haben (sieben Mitgliedstaaten und Norwegen), ist aus verschiedenen Gründen begrenzt. Einige Akteure lehnen dieses Haftungssystem strikt ab und bezweifeln dessen Effizienz, besonders im grenzüberschreitenden Kontext und im Zusammenhang mit arglistigen Marktteilnehmern, andere Interessenvertreter bewerten das System als letztes Mittel angesichts der sich als unwirksam erweisenden Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen.

Hinzu kommt, dass die Einführung eines Systems der gesamtschuldnerischen Haftung augenscheinlich zumindest in den Grundzügen vom Europäischen Gerichtshof gebilligt wird. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein europaweites System der gesamtschuldnerischen Haftung im Einklang mit dem freien Dienstleistungsverkehr steht? In diesem Kontext tritt eine weitere Frage auf. Wäre es zulässig, ein als gemeinschaftliches Rechtsinstrument eingeführtes System der gesamtschuldnerischen Haftung auf ausländische (Unter-)Auftragnehmer zu beschränken, wenn die meisten Probleme sich genau dann ergeben, wenn man mit ausländischen Unterauftragnehmern arbeitet? Oder sollte man es nur in grenzüberschreitenden Situationen anwenden? Da es sich hier um eine europäische Maßnahme handelt, sollte der Europäische Gerichtshof darüber entscheiden. Obwohl der europäische Gesetzgeber jedoch einen sogar größeren Ermessensspielraum hat als der nationale Gesetzgeber, um einen entscheidenden Grund im Sinne des Allgemeininteresses (wie der Schutz der Rechte von Arbeitnehmern), als Rechtfertigung für eine mögliche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, zu finden, muss es sich noch erweisen ob eine solche Maßnahme verhältnismäßig ist.

In fast allen Berichten werden die Stärkung der Zusammenarbeit und der Informationsaustausch zwischen Kontroll- und Verwaltungsbehörden innerhalb der Europäischen Union und die Sanktionen zur Durchsetzung *als ebenso wichtig* wie die Einführung eines Systems der gesamtschuldnerischen Haftung beurteilt. Es ist äußerst ratsam, weitere Initiativen zu diesem Thema auf europäischer Ebene auf den Weg zu bringen.

Wie bereits erwähnt wird die Einführung eines Systems der gesamtschuldnerischen Haftung von verschiedenen Interessenvertretern gefordert. Es ist unumstritten, dass ein solches System eine große abschreckende Wirkung zeigen und von Kontroll- und Vollzugsbehörden als großer Knüppel eingesetzt werden könnte, vorausgesetzt, dass die Probleme im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit und die Problematik um die Einführung und die Art des Systems gelöst werden. Dennoch kann die Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung die mit der Dienstleistungsfreiheit einhergehenden Maßnahmen nicht ersetzen. Bei der Mehrzahl dieser Maßnahmen handelt es sich um genau die Maßnahmen, deren Mangel durch die Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung nach Ansicht einiger Akteure behoben werden soll.

Einige Problemstellungen müssen daher näher beleuchtet werden:

- 1) Es ist zu beachten, dass viele Staaten die Einführung eines *Meldesystems* befürworten und für wertvoll erachten, da es den Marktteilnehmern keine unverhältnismäßig hohen Hürden auferlegt und die Kontrolle erleichtert, indem angezeigt wird, welche ausländischen Arbeitnehmer im betreffenden Land tätig sind. In dieser Hinsicht kann das Instrument auch als ein Mittel zur Vermeidung und Reduzierung der Scheinselbständigkeit, die auf dem Missbrauch der Vorschriften zum freien Dienstleistungsverkehr beruht, betrachtet werden. Darüber hinaus trägt es dazu bei, den Mangel an Daten zu beheben und fördert so bessere empirische Erkenntnisse zum Thema Arbeitnehmerentsendung bei der grenzüberschreitenden Untervergabe.
- 2) Die Einführung eines Systems der gesamtschuldnerischen Haftung schließt die Notwendigkeit zur Zusammenarbeit zwischen Kontroll- und Verwaltungsbehörden weder aus noch behebt sie sie. Die notwendigen Mechanismen zur wirksameren Arbeit der Kontrollbehörden sowie zur verbesserten Identifikation von Personen und zum schnelleren und zuverlässigeren Informationsaustausch sind umzusetzen. Denn in dem Moment, in dem ein Vertragsnehmer verurteilt wird, wird ein System der besseren grenzüberschreitenden Vollstreckung des Urteils und der Durchsetzung von Strafmaßnahmen dringend notwendig.
- 3) Es wurde ebenfalls berichtet, dass Scheinuntervergabe, Scheinselbständigkeit und Betrug (oftmals durch Missbrauch des Status der juristischen Person) häufig zu Situationen führt, in denen (arglistige) (Unter-)Auftragnehmer Haftungs- und zwingende Arbeitsrechtsvorschriften umgehen können. Mehrere Berichte haben darauf hingewiesen, dass es dringend eines Mechanismus zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit bedarf. Es wird betont, dass sich die Problematik der Scheinselbständigkeit nicht allein durch die Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung lösen lässt. Im Gegenteil wird davon ausgegangen, dass die Scheinselbständigkeit in ihren verschiedensten Erscheinungsformen als Folge der Einführung der (insbesondere direkten) gesamtschuldnerischen Haftung zunimmt, wenn das Problem der Scheinselbständigkeit an sich nicht gelöst wird.
- 4) Bei grenzüberschreitenden Untervergabeverfahren erfordert die gesamtschuldnerische Haftung in der Praxis von mindestens einer der Parteien grenzüberschreitende rechtliche Verfahren über die eigenen Landesgrenzen hinweg. Dies wirft verschiedene Fragen auf. Erstens: Welches Gericht wird für zuständig erklärt? Hat der Arbeitnehmer, dessen Rechte verletzt wurden oder der glaubt, dies sei der Fall, das Recht, seine Klage gegen den ausländischen Vertragsnehmer vor dem Gericht seines Heimatlandes einzureichen? Da Arbeitnehmer, die im Gastland nicht den gesetzlichen Mindestlohn erhalten, häufig keine Klage einreichen — was auf verschiedene, in den Kapiteln 4 und 5 dargestellte Gründe zurückzuführen ist — ist es notwendig, sich mit der Rechtsstellung dieser Arbeitnehmer und der Art ihres Anspruchs zu befassen. Erhalten die Kontroll-, Vollzugs- und Verwaltungsbehörden des Gastlandes das Recht, die Löhne und Gehälter ihrer Arbeitnehmer einzuklagen? Erhalten die Sozialpartner dieses Recht?

Vor diesem Hintergrund sind folgende Begleitmaßnahmen zu ergreifen: die Einführung eines Meldesystems für grenzüberschreitend tätige (Unter-)Auftragnehmer und Dienstleister im Allgemeinen; die Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen Kontrollbehörden; die Erleichterung von grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren für private und öffentliche Akteure, insbesondere für die betroffenen Arbeitnehmer; die Verbesserung der grenzüberschreitenden Umsetzung der Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen und Bußgelder; die Förderung der Möglichkeiten grenzüberschreitender Rückgriffsansprüche zwischen privaten Parteien in der Praxis; der verbesserte Informationsaustausch zwischen den öffentlichen Diensten, zwischen privaten Parteien sowie untereinander; die Bereitstellung von Informationen für alle beteiligten Parteien (Kunde, Vertragsnehmer, Unterauftragnehmer, Arbeitnehmer...) im Hinblick auf die zentralen Bestimmungen (vgl. z. B. Art. 3 der Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) und die zu erfüllenden Pflichten; und die

Lösung des Problems des (grenzüberschreitenden) Missbrauchs des Status der Rechtsperson (z. B. durch Erleichterung der grenzüberschreitenden Durchgriffshaftung)...

Neben all diesen Maßnahmen muss jedoch auch auf die Frage nach dem Charakter des Systems der gesamtschuldnerischen Haftung eingegangen werden. Sollte es sich um ein System der direkten oder der Kettenhaftung handeln? Das System der direkten Haftung kann durch die Einbindung eines Scheinmittelsmanns leicht untergraben werden. Das System der direkten Haftung allein erweist sich immer als unwirksam, erlegt Bona-fide-Vertragsnehmern eine hohe Bürde der Sorgfaltspflicht gegenüber ihren Vertragsnehmern auf und sorgt für höhere Transaktionskosten. Die Alternative, ein System der Kettenhaftung, ist sehr viel effektiver. Ohne die angemessenen Begleitmaßnahmen kann sich ein solches System jedoch ebenfalls als unverhältnismäßig in einem Wirtschaftssystem erweisen, in dem Untervergabe und Outsourcing als tragfähige und rechtlich zulässige Wirtschaftsprozesse anerkannt sind. Ein System der uneingeschränkten Haftung könnte als eine unverhältnismäßige Maßnahme für Bona-fide-Vertragsnehmer empfunden werden. Je länger die Vertragskette, umso größer ist der Bedarf an Informationen und Kontrollinstanzen für die Vertragsparteien am oberen Ende der Kette und umso schwerer wiegt die Sorgfaltspflicht. Die Sorgfaltspflicht als Grundlage für eine Haftungsbefreiung wirft weitere Fragen auf. Es wurde bereits festgestellt – am Beispiel der Richtlinie 2009/52/EG –, dass diese Bestimmungen in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich umgesetzt werden. Reicht eine anfängliche Sorgfaltspflicht aus oder ist der Vertragsnehmer gezwungen, seine Unterauftragnehmer konstant über die Dauer der gesamten Zusammenarbeit zu überwachen? Wie und von wem wird die Sorgfaltspflicht definiert?

- 5) In diesem Kontext verdient die Sicherheit und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz besonderes Augenmerk. Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten geschehen sowohl für die Opfer, aber auch für die gesamte Gesellschaft zu einem hohen Preis. Die Mehrzahl der Argumente gegen die Einführung der gesamtschuldnerischen Haftung verlieren angesichts der Vorschriften zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz an Aussagekraft. Die Einhaltung der Regelungen zur sozialen Sicherheit und zum Steuerrecht, Mindestlohn etc. können und sollten nicht mit den Bestimmungen zur Sicherheit und zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz verglichen werden. Die Bedeutung einer solchen Maßnahme für die Einhaltung der Vorschriften zu Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz wird betont.