

# 100. Fraude en detachingsverklaringen

PROF. MR. F.J.L. PENNING

In het arrest *Altun* van het Hof van Justitie van de Europese Unie is het Hof teruggekomen op eerdere jurisprudentie dat detachingsverklaringen bindend zijn voor de gaststaat en dat alleen nadat een speciale procedure gevolgd is de gaststaat niet gebonden kan zijn aan detachingsverklaringen. In geval van fraude kan ook de gaststaat ze intrekken. In dit artikel worden de omstandigheden van de zaak besproken en de consequenties van deze benadering.

## 1. Inleiding

De stelling die is neergelegd in de titel van deze bijdrage lijkt een open deur. Wat blijft er immers van het recht over indien overheden, particulieren of rechters gebonden zijn aan verklaringen die frauduleus tot stand zijn gekomen? Toch heeft het arrest *Altun*,<sup>1</sup> dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) op 6 februari van dit jaar gewezen heeft, de nodige aandacht getrokken. De reden is dat tot dusver het Hof in stellige bewoordingen had uiteengezet dat detachingsverklaringen bindend zijn voor de gaststaat (de staat waarnaar de werknemer gedetacheerd is) en dat alleen nadat een speciale procedure gevolgd is de gaststaat niet gebonden kan zijn aan een detachingsverklaring. Op die voorgeschiedenis ga ik in paragraaf 2 in. In paragraaf 3 bespreek ik de feiten en omstandigheden van het onderhavige arrest en de benaderingen van de advocaat-generaal en het Hof. In paragraaf 4 volgen enkele conclusies.

## 2. Eerdere jurisprudentie over de kracht van detachingsverklaringen

### 2.1 Detachering in het kort

Uitgangspunt in de coördinatieregels van de Europese Unie (EU) is dat het socialezekerheidsstelsel van toepassing is van het land waar men daadwerkelijk werkt. Als die regel ook van toepassing zou zijn op werknemers die voor een korte periode voor hun werkgever in een andere lidstaat werken, dan zou dat voor hen (en hun werkgever) erg onaantrekkelijk zijn. Ze betalen dan immers premie in het werkland gedurende de periode van werk, terwijl die periode vaak te kort is om uitkeringsrechten (denk aan pensioenen) te verwerven. Bovendien leidt toepassing van een

ander stelsel tot veel extra administratieve lasten. Vandaar dat er een uitzondering is op de hoofdregel dat het stelsel van het werkland van toepassing is. Dit is de detachingsbepaling: artikel 12 Verordening 883/2004/EG (hierna: de Coördinatieverordening). Dit artikel is van toepassing als iemand werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht. Als deze werknemer door deze werkgever wordt gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten, dan blijft de werknemer onderworpen aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan 24 maanden bedraagt. Ook mag betrokkene niet worden uitgezonden om een ander te vervangen.<sup>2</sup> Voor zelfstandigen bevat artikel 12 Coördinatieverordening een vergelijkbare bepaling: op degene die in een lidstaat werkzaamheden anders dan in loondienst pleegt te verrichten en werkzaamheden van gelijke aard in een andere lidstaat gaat verrichten, blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan 24 maanden bedraagt.

Een voor onze zaak belangrijk element is dat het Hof in de *Manpower*- en *FTS*-zaken<sup>3</sup> oordeelde dat voor detachering vereist is dat gedurende de detachering een organische band tussen de uitzendende onderneming en de werknemer bestaat én dat de onderneming haar activiteiten gewoonlijk uitoefent op het grondgebied van de zendende lidstaat. Een bedrijf mag zich dus niet toeleggen op het voornamelijk of uitsluitend uitzenden van werknemers naar het buiten-

1 HvJ EU 6 februari 2018, zaak C359/16, ECLI:EU:C:2018:63.

2 Strikt genomen was op het hierna te bespreken arrest nog art. 14 van de voorganger van deze verordening, Verordening 1408/71/EEG, van toepassing. Dit maakt voor de betekenis van het arrest geen verschil, en eenvoudshalve ga ik hier alleen op de huidige verordening in.

3 HvJ EG 17 december 1970, zaak 35/70, *Jur.* 1970, 1251 (*Manpower*); HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75 (*FTS*).

land. Een bedrijf dat bijvoorbeeld in België werkzaam is en Bulgaren wil inhuren, en daarvoor een kantoor (brievenbusmaatschappij) in Bulgarije opent, met als enige doel de Bulgaren via dit kantoor in België tewerk te stellen, kan derhalve geen gebruik maken van de detachingsbepalingen van de Coördinatieverordening.

Het effect van detachering is, zoals gezegd, dat betrokkene gedurende maximaal 24 maanden onderworpen blijft aan het socialezekerheidsstelsel waar hij of zij eerder verzekerd was. Omdat in sommige sectoren (zoals de bouwsector) gecontroleerd kan worden of de werknemers op de werkplaats wel écht onderworpen zijn aan het stelsel van het land van herkomst, is het nuttig om een zogenoemde detachingsverklaring aan te vragen bij de bevoegde instantie van het 'zendende land' (in Nederland: de Sociale Verzekeringsbank (SVB)). Deze verklaart dat men verzekerd is in het zendende land en dat men voor korter dan 24 maanden wordt uitgezonden voor een bepaalde werkgever.

Waarschijnlijk heeft menige lezer van dit blad al geprofileerd van de detachingsbepaling (ze geldt immers ook voor niet-werknemers, en is al relevant als men één dag in een andere EU-lidstaat werkt). De detachingsbepaling van de Coördinatieverordening neemt de administratieve rompslomp weg om in een ander land te werken en ja, u was zich er wellicht niet eens van bewust dat u ontheven was van de verzekeringsplicht in een ander land.

Detachering heeft echter ook een andere dimensie, namelijk dat bedrijven kunnen profiteren van verschillen in socialezekerheidspremies tussen landen. Men kan immers een werknemer detacheren vanuit een land met lage premies naar een land met hoge premies; omdat de werknemer aan het stelsel van het eerstgenoemde land onderworpen blijft, is deze werknemer goedkoper dan de werknemers in het gastland.<sup>4</sup> Met het oog hierop vindt er veel detachering plaats vanuit lidstaten met lage premies naar lidstaten met hogere premies. Terwijl detachering in sommige situaties een volstrekt onproblematisch verschijnsel is, is het daarom soms ook een omstreden verschijnsel. De huidige Coördinatieverordening laat het echter toe om gebruik te maken van detachering en daarmee kostenvoordelen te behalen.

## 2.2 Eerdere jurisprudentie van het Hof

De betekenis van de detachingsverklaring kwam bij het Hof voor het eerst aan de orde in het *Banks*-arrest.<sup>5</sup> Het ging om de niet-alledaagse situatie van de operazanger Banks, die eerder in het Verenigd Koninkrijk werkte en vervolgens ging werken bij de Koninklijke Muntscouwburg in Brussel. Banks had in het Verenigd Koninkrijk een detachingsverklaring als zelfstandige gekregen. België accepteerde deze verklaring echter niet en beschouwde Banks als werknemer, zodat op zijn gage de toepasselijke socialezekerheidspremies in mindering werden gebracht. De vraag rees vervolgens of voor de detachingsbepaling de arbeidsverhouding moest worden beoordeeld naar de regel-

geving van het gastland (dan zou Banks werknemer zijn) of naar die van het land van herkomst. Het Hof van Justitie koos voor het laatste en gaf hierbij derhalve voorrang aan het vrij verkeer van diensten (hetzij van de betrokken zelfstandige, hetzij van een werkgever die een werknemer gedurende een bepaalde tijd uitzendt) boven het uitgangspunt dat loonconcurrentie onwenselijk is. Banks had een detachingsverklaring overgelegd, afgegeven door de Britse minister van Sociale Zaken, waarin verklaard werd dat hij als zelfstandige werkzaam was en dat hij onderworpen was gebleven aan de Britse sociale zekerheid.

Nu de vraag was beantwoord volgens welke wetgeving moest worden beoordeeld of Banks zelfstandige was, was de vervolgvraag nog van belang: is de Britse wetgeving wel goed toegepast of was het Verenigd Koninkrijk daar wat gemakkelijk in geweest? Een land kan er immers voordeel bij hebben, zeker in tijden van werkloosheid, dat arbeidskrachten in een ander land gaan werken. De arbeidswetgeving is in het Verenigd Koninkrijk echter sterk geliberaliseerd sinds de Thatcher-regeringen en daarom was het ook goed mogelijk dat Banks door de Britten terecht als zelfstandige werd aangemerkt. Kortom, de vraag was of het gastland gebonden was aan de afgegeven detachingsverklaring, of dat het zelf kon beoordelen of Banks terecht als zelfstandige werd aangemerkt.

Het Hof verwees ter beantwoording van deze vraag naar de verdragsverplichting volgens welke een lidstaat verplicht is de feiten die voor de toepassing van de detachingsregels relevant zijn op juiste wijze te beoordelen; de lidstaat moet derhalve de juistheid van de gegevens in de detachingsverklaring garanderen. De detachingsverklaring creëert een vermoeden dat de betrokken zelfstandige (i.c. Banks) regelmatig is aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waarin hij is gevestigd, en daarom is zij bindend voor het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin die werknemer arbeid verricht. Zo niet, dan zou inbreuk worden gemaakt op het beginsel dat zelfstandigen slechts bij één socialezekerheidsregeling zijn aangesloten, alsmede op de voorzienbaarheid van de toepasselijke regeling en dus ook op de rechtszekerheid. Indien moeilijk te bepalen was welke de toepasselijke regeling is, zou elk van de bevoegde organen van de twee betrokken lidstaten immers geneigd zijn aan te nemen dat zijn eigen socialezekerheidsregeling van toepassing is, met alle nadelige gevolgen van dien voor de betrokken zelfstandige. Zolang de detachingsverklaring niet is ingetrokken of ongeldig verklaard, dient het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de zelfstandige arbeid verricht er dus rekening mee te houden, aldus het Hof, dat hij reeds is aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waarin hij is gevestigd, zodat dit orgaan de betrokken zelfstandige niet aan zijn eigen socialezekerheidsregeling mag onderwerpen.

Het Hof geeft vervolgens een regeling voor het geval dat het bevoegde orgaan van het gastland twijfels uit over de juistheid van de feiten die aan die verklaring ten grondslag liggen en dus van de daarin opgenomen gegevens, met name wanneer zij niet voldoen aan de vereisten van de coördina-

<sup>4</sup> Ook door bepalingen van het arbeidsrecht (Detachingsrichtlijn) en bilaterale belastingverdragen kunnen er kostenvoordelen ontstaan.

<sup>5</sup> HvJ EG 30 maart 2000, zaak 178/97, *Jur.* 2000, I-2005 ECLI:EU:C:2000:169.

tiebepaling. In dat geval dient het bevoegde orgaan van de lidstaat die de verklaring heeft afgegeven opnieuw te onderzoeken of afgifte juist was en de verklaring zo nodig in te trekken. Indien de betrokken organen het niet eens worden over de beoordeling van de concrete feiten van een specifieke situatie, en derhalve over de vraag of die situatie onder de bedoelde bepalingen valt, dan staat het hun vrij de zaak voor te leggen aan de Administratieve Commissie (dit is een commissie ingesteld op basis van de Coördinatieverordening, met vertegenwoordigers van alle lidstaten). Slaagt de Administratieve Commissie er niet in de standpunten van de bevoegde organen met elkaar te verzoenen, dan kan de gaststaat een niet-nakomingsprocedure inleiden, en aldus het Hof de mogelijkheid bieden zich uit te laten over de toepasselijke wettelijke regeling en de juistheid van de gegevens in de verklaring.

Deze benadering werd bevestigd in het *Herbosch Kiere*-arrest.<sup>6</sup> Het Hof oordeelde hierin dat ook een nationale rechter van de gaststaat een detachingsverklaring niet ongeldig mag verklaren.<sup>7</sup>

De jurisprudentie van het Hof is vervolgens neergelegd in artikel 5 Verordening 987/2009/EG, de zogenoemde Toepassingsverordening, die bepalingen biedt voor de toepassing van de Coördinatieverordening. In Besluit A1 heeft de Administratieve Commissie de procedure neergelegd die gevolgd moet worden bij de dialoog- en bemiddelingsprocedure over de geldigheid van documenten.<sup>8</sup> Deze procedure geldt overigens niet alleen bij geschillen over detachingsverklaringen, maar bij alle problemen over documenten, en ook bij het bepalen van de toepasselijke wetgeving en het verlenen van prestaties.

De betekenis van detachingsverklaringen kwam ook aan de orde in de zaak *A-Rosa Flussschiff*.<sup>9</sup> Hierin werd bepaald dat de omstandigheid dat de betrokken werknemers in deze zaak niet binnen de werkingssfeer van de bepaling over detachering vallen geen enkele invloed op de vorenstaande overwegingen hebben. De lidstaten zijn verplicht om de door het Hof geschetste procedure in acht te nemen, ook al zou zijn gebleken dat de arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers kennelijk niet binnen de materiële werkingssfeer van de bepaling vallen op grond waarvan de detachingsverklaring werd afgegeven. De Franse regering had aangevoerd dat de procedure inefficiënt was en had gewezen op de noodzaak om oneerlijke concurrentie en sociale dumping tegen te gaan. Deze argumenten konden, aldus het Hof, geenszins rechtvaardigen dat die procedure wordt geschonden, en *a fortiori*, dat wordt beslist om geen rekening te houden met een door het bevoegde orgaan van een andere lidstaat afgegeven detachingsverklaring. Dergelijke argumenten waren, aldus het Hof, evenmin een

rechtvaardiging om terug te komen op de eerdere rechtspraak van het Hof.

Inmiddels ligt er een voorstel om Verordening 883/2004/EG en Verordening 987/2009/EG te wijzigen op basis van het voorstel van de Europese Commissie van 13 december 2016.<sup>10</sup> Een van de door de Europese Commissie voorgestelde wijzigingen is om in artikel 1 Verordening 987/2009/EG een definitie van het begrip 'fraude' op te nemen. Volgens de door de Europese Commissie voorgestelde definitie wordt voor de toepassing van Verordening 987/2009/EG onder fraude verstaan, 'elk opzettelijk handelen of elk opzettelijk nalaten te handelen dat tot doel heeft socialezekerheidsuitkeringen te verwerven of te ontvangen of de betaling van socialezekerheidsbijdragen te vermijden en dat in strijd is met de wetgeving van een lidstaat'. Opmerkelijk is de verwijzing naar wetgeving van de lidstaat, en niet ook naar de EU-regelgeving.

Het nieuwe artikel 5 bepaalt dat bij twijfel aan de geldigheid van documenten of de juistheid van de feiten waarop zij gebaseerd zijn, het orgaan van de lidstaat dat het document ontvangt aan het orgaan van afgifte om opheldering en eventueel om intrekking van het document verzoekt. Het orgaan van afgifte dat een dergelijk verzoek ontvangt, heroverweegt de gronden voor de afgifte van het document en gaat – indien nodig – over tot de intrekking of de correctie ervan binnen 25 werkdagen te rekenen vanaf de ontvangst van het verzoek. Als onweerlegbaar wordt vastgesteld dat de aanvrager van het document fraude heeft begaan, gaat het orgaan van afgifte onmiddellijk en met terugwerkende kracht over tot de intrekking of de correctie van het document.

Als het orgaan van afgifte – na de gronden voor de afgifte van het document te hebben heroverwogen – geen enkele fout kan vaststellen, stuurt het alle ondersteunende bewijsstukken binnen 25 werkdagen te rekenen vanaf de ontvangst van het verzoek naar het orgaan dat het verzoek heeft ingediend. In dringende gevallen – waarbij de redenen voor de urgentie duidelijk in het verzoek worden vermeld – gebeurt dit binnen twee werkdagen te rekenen vanaf de ontvangst van het verzoek, ook al is het mogelijk dat het orgaan van afgifte zijn beraadslagingen nog niet heeft afgerond.

Als het orgaan dat het verzoek heeft ingediend na ontvangst van de ondersteunende bewijsstukken blijft twifelen aan de geldigheid van documenten of aan de juistheid van de feiten of gegevens waarop zij gebaseerd zijn, kan het daarvoor bewijsmateriaal voorleggen, een nieuw verzoek om opheldering indienen en – in voorkomend geval – om de intrekking van dat document door het orgaan van afgifte verzoeken overeenkomstig de hiervoor vermelde procedure en termijnen.

Deze voorstellen zijn nog niet aangenomen en hebben dus geen rechtstreeks belang voor de hierna te bespreken zaak.

6 HvJ EG 26 januari 2006, zaak C-2/05, *Jur.* 2006, I-1081.

7 Zie ook H. Verschueren, 'Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak *Herbosch Kiere*: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping', *BTSZ* 2006, p. 403-449.

8 Pb C 2010, 106/1.

9 ECLI:EU:C:2017:309.

10 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Verordening 883/2004 en Verordening 987/2009, COM(2016) 815def.

Ze tonen echter wel aan dat de wetgever de bestaande regeling wil veranderen, zij het maar beperkt.

### 3. Het *Altun*-arrest

#### 3.1 De feiten in deze zaak

In de *Altun*-zaak ging het om een Belgische vennootschap die actief was in de Belgische bouwsector. Dit bedrijf besteedde al zijn bouwwerkzaamheden uit aan Bulgaarse ondernemingen, die werknemers detacheerden naar werkzaamheden in België. De werknemers waren in het bezit van detachingsverklaringen afgegeven door de Bulgaarse bevoegde autoriteit.

Door een Belgische onderzoeksrechter was echter een zogenoemde rogatoire commissie gelast, die onderzoek in Bulgarije uitvoerde. Hieruit bleek dat de Bulgaarse bedrijven in Bulgarije geen activiteiten van betekenis uitvoerden. Vervolgens vroeg de Belgische socialezekerheidsinstantie het bevoegde Bulgaarse orgaan gemotiveerd om de aan de gedetacheerde werknemers in deze zaak afgegeven verklaringen te heroverwegen of in te trekken. Het Bulgaarse orgaan reageerde, na een herinneringsbrief, enkel met een overzicht van de uitgereikte verklaringen. Hierin werd geen rekening gehouden met de door de Belgische autoriteiten vastgestelde en bewezen feiten.

Vervolgens werd een strafprocedure gestart in België tegen de werkgevers, omdat deze onder andere verzuimd hadden de werknemers aan te sluiten bij de Belgische rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Nadat de verdachte werkgevers in eerste instantie waren vrijgesproken, werden ze in beroep door het Belgische hof veroordeeld. Dit hof overwoog dat de Belgische autoriteiten de procedure om de geldigheid van de detachingsverklaringen te betwisten niet uitputtend hadden gevolgd; het hof oordeelde echter dat het hierdoor niet gebonden was, aangezien de bedoelde verklaringen op frauduleuze wijze waren verkregen.

De hiervoor behandelde jurisprudentie van het Hof van Justitie verklaart waarom de rechtbank in eerste instantie de verklaringen niet aangetast had, en waarom de uitspraak van het Belgische hof aan het Hof van Justitie werd voorgelegd. De uitkomst van de procedure bij dat laatste hof was dus niet zo voorspelbaar. Het Hof had immers steeds volgehouden dat aan de afgegeven detachingsverklaringen moest worden vastgehouden en dat de ontvangstaats een bepaalde procedure moest volgen als deze zich op het standpunt stelde dat de verklaring ten onrechte was afgegeven. Als een ontvangstaats gegevens had waaruit bleek dat de verklaring ten onrechte was afgegeven, dan kon die staats de detachingsverklaring niet naast zich neerleggen. Bijzonder was dat in de onderhavige zaak de nationale rechter sprak over fraude. In *A-Rosa Flussschiff* ging het echter ook om verklaringen die ten onrechte waren afgegeven, dus waar ligt dan het onderscheid met deze zaak?

#### 3.2 De conclusie van de advocaat-generaal en het arrest

##### 3.2.1 De advocaat-generaal

De advocaat-generaal beschrijft in de conclusie dat er situaties kunnen zijn waarin het orgaan dat de detachingsverklaring heeft afgegeven, om welke reden dan ook, niet overgaat tot vernietiging of intrekking van die verklaring, hoewel de socialezekerheidsautoriteiten van de ontvangstaats elementen hebben aangedragen waaruit fraude blijkt. Indien een rechterlijke instantie van de ontvangstaats in dergelijke omstandigheden wordt verplicht om deze verklaring in aanmerking te nemen, dan zou dit neerkomen op een verplichting voor die rechterlijke instantie om de ogen te sluiten voor fraude. Ook sociaaleconomische overwegingen pleiten ervoor in een dergelijke situatie voorrang te verlenen aan fraudebestrijding, aangezien fraude die verband houdt met de afgifte van detachingsverklaringen een bedreiging vormt voor de samenhang van de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten. De lidstaten hebben daarom, aldus de advocaat-generaal, een rechtmatig belang bij het nemen van passende maatregelen om hun financiële belangen te beschermen en het financiële evenwicht van hun socialezekerheidsstelsels te waarborgen. Het gebruik van frauduleus verkregen of ingeroepen detachingsverklaringen levert een vorm van oneerlijke mededinging op en doet afbreuk aan de gelijkheid van de arbeidsvoorwaarden op de nationale arbeidsmarkten.

Vervolgens is natuurlijk wel van belang wanneer er precies sprake is van fraude. De advocaat-generaal wijst erop dat voor de vaststelling van fraude een objectief en een subjectief element vereist is. Het objectieve element bestaat erin dat in werkelijkheid niet is voldaan aan de voorwaarden voor de verkrijging van het beoogde voordeel, te weten in casu de voorwaarden van de detachingsbepaling. Dit is echter niet voldoende, want dan was in *A-Rosa Flussschiff* immers ook al sprake van fraude geweest. Foutief afgegeven verklaringen kunnen ook het gevolg zijn van een (eenvoudige) feitelijke of juridische vergissing of van een wijziging in de situatie van de betrokken werknemer. Er moet dan ook worden aangetoond, aldus de advocaat-generaal, dat de betrokkenen *opzettelijk* verbergen dat in werkelijkheid niet is voldaan aan de voorwaarden voor afgifte van de verklaring, teneinde het aan die verklaring verbonden voordeel te verkrijgen. Dit oogmerk tot fraude vormt het subjectieve element, waardoor fraude kan worden onderscheiden van de loutere vaststelling dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor een detachingsverklaring. Het bewijs dat sprake is van een dergelijk oogmerk tot fraude kan bestaan in een opzettelijk handelen, met name een onjuiste voorstelling van de werkelijke situatie van de gedetacheerde werknemer of van de onderneming die deze werknemer detachteert, of in een opzettelijk nalaten, zoals dat relevante informatie niet medegedeeld wordt.

Interessant is de toepassing van deze criteria op de *Altun*-zaak. De advocaat-generaal vermeldt hierover enkel dat uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat in casu de Belgische Sociale Inspectie heeft vastgesteld dat de

betrokken Bulgaarse ondernemingen die werknemers detacheerden in België nauwelijks enige activiteit ontplooiden in Bulgarije. Zoals we zagen in paragraaf 2.1, komt alleen een onderneming die op het grondgebied van de lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht, in aanmerking voor een detachingsverklaring. Onder voorbehoud van toetsing door de nationale rechter, aldus de advocaat-generaal, was daarom gebleken dat niet was voldaan aan een van de voorwaarden van de detachingsbepaling. Ook had, zo blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing, de appelrechter vastgesteld dat *‘de ingeroepen detachingsverklaringen op frauduleuze wijze werden verkregen via een voorstelling van de feiten die niet met de werkelijkheid overeenstemde, met het oog op het ontduiken van de voorwaarden die in de communautaire regelgeving aan de detachering worden gesteld en aldus een voordeel te ontvangen dat zij niet zouden hebben verkregen zonder deze fraudeconstructie.’*

De Belgische regering had ter terechtzitting aangevoerd dat de fraude in casu bestond in de oprichting in Bulgarije van brievenbusondernemingen die geen of zeer weinig activiteiten verrichtten met het oogmerk eerst detachingsverklaringen te kunnen aanvragen en vervolgens werknemers te kunnen detacheren in België, terwijl de bijdragen nog steeds in Bulgarije betaald werden.

De advocaat-generaal schildert vervolgens wat de consequenties kunnen zijn van de mogelijkheid dat het gastland de detachingsverklaringen ongeldig verklaart: het is mogelijk dat het zendende land blijft vasthouden aan de verklaringen – er is immers geen oordeel van het Hof van Justitie – en dat kan betekenen dat het ook premie blijft heffen. In dat geval heffen zowel het gast- als uitzendende land premie. De advocaat-generaal vindt evenwel dat dit risico eigen is aan de vaststelling van fraude. Met andere woorden, aldus de advocaat-generaal, in een dergelijk geval moet het uitgangspunt dat de betrokkenen geen enkel voordeel mogen halen uit de frauduleuze gedragingen noodzakelijkerwijs prevaleren boven het beginsel dat de sociale-zekerheidswetgeving van één enkele lidstaat van toepassing is. Ook het argument dat de rechtszekerheid geschonden is, treft geen doel meer wanneer een rechterlijke instantie van de gaststaat heeft vastgesteld dat de detachingsverklaring op frauduleuze wijze werd verkregen of ingeroepen, aldus de advocaat-generaal.

### 3.2.2 *Het arrest*

Nadat het Hof zijn eerdere jurisprudentie over de betekenis van detachingsverklaringen weergegeven had – namelijk dat deze slechts via de door het Hof geschetste procedure kunnen worden ingetrokken of vernietigd – voegde het hieraan toe: *‘Volgens vaste rechtspraak van het Hof mogen zulke overwegingen er evenwel niet toe leiden dat justitiabelen zich door middel van fraude of misbruik zouden kunnen beroepen op het Unierecht.’* De Unieregelgeving mag immers niet zo ruim worden toegepast dat zij handelingen zou dekken die zijn verricht met het doel om door

fraude of misbruik te profiteren van de door het Unierecht toegekende voordelen.

In navolging van de advocaat-generaal overwoog het Hof (r.o. 50) dat de vaststelling van fraude berust op een samenstel van bij elkaar passende aanwijzingen waaruit zowel een objectief als een subjectief gegeven blijkt. Het objectieve gegeven bestaat erin dat niet is voldaan aan de voorwaarden om een detachingsverklaring te kunnen verkrijgen en zich hierop te kunnen beroepen. Het subjectieve gegeven betreft de intentie van de betrokkenen om de voorwaarden voor afgifte van deze verklaring te omzeilen of te ontduiken teneinde op die manier het eraan verbonden voordeel te verkrijgen.

Het gaat er dus om dat een detachingsverklaring frauduleus verkregen kan zijn via een opzettelijk handelen, zoals de onjuiste voorstelling van de werkelijke situatie van de gedetacheerde werknemer of de onderneming die deze werknemer detachert, dan wel door een opzettelijk nalaten, zoals het achterhouden van relevante informatie met de bedoeling de toepassingsvoorwaarden van de detachingsbepaling van de Coördinatieverordening te ontduiken. Uit de conclusie en het arrest blijkt overigens alleen dat de Belgische onderzoekscommissie van oordeel was dat betrokken bedrijven geen activiteiten verrichtten in Bulgarije. Meer informatie geven de conclusie of het arrest niet, zodat niet duidelijk is aan welke eisen een dergelijk standpunt moet voldoen. Het lijkt erop dat de reactie van het orgaan van het zendende land van doorslaggevend belang is. Het Hof overwoog immers (r.o. 54) dat wanneer het orgaan van de gaststaat zich in het kader van de op basis van de Coördinatieverordening voorziene dialoog tot het orgaan wendt dat de detachingsverklaringen heeft afgegeven en het concrete gegevens verstrekt die de aanname staven dat deze verklaringen door fraude zijn verkregen, dan is in die context dit tweede orgaan op grond van het beginsel van loyale samenwerking (artikel 4 lid 3 VEU) gehouden om in het licht van deze gegevens opnieuw te onderzoeken of die verklaringen terecht zijn afgegeven en deze in voorkomend geval in te trekken. Indien dit laatste orgaan niet binnen een redelijke termijn overgaat tot een dergelijke heroverweging, dan kunnen de gegevens over de fraude gebruikt worden om te beslissen dat de rechter van de lidstaat waar de werknemers zijn gedetacheerd de betrokken verklaringen niet in aanmerking neemt.

Voor het Hof is daarom in deze zaak kennelijk het ontbreken van een adequate reactie van het Bulgaarse orgaan bepalend. Uit de opmerkingen van de Belgische regering bleek dat het bevoegde Bulgaarse orgaan, dat was verzocht om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde verklaringen te heroverwegen en in te trekken, heeft nagelaten rekening te houden met de vermelde onderzoeksresultaten met het oog op een nieuw onderzoek van de gegrondheid van de afgifte van die verklaringen. Om die reden mocht worden afgeweken van de eerder geschetste procedure en hoefde geen rekening te worden gehouden met de detachingsverklaringen. Wel dienen de personen aan wie wordt verweten onder de dekmantel van frauduleus verkregen verklaringen

een beroep te hebben gedaan op gedetacheerde werknemers de mogelijkheid te krijgen om de gegevens waarop deze procedure is gebaseerd te weerleggen, vóórdat de nationale rechter besluit om de verklaringen buiten beschouwing te laten. Pas dan kan de rechter uitspraak doen over de vraag of deze personen volgens het toepasselijke nationale recht aansprakelijk zijn.

#### 4. Commentaar en conclusie

De Belgische rechter had het Hof voor het blok gezet door in de prejudiciële vraag expliciet op te nemen dat het naar zijn mening ging om fraude. Het was voor het Hof lastig om te besluiten dat in geval van fraude de regels toch toegepast moeten worden.

Ofschoon er in het arrest wel een definitie van fraude wordt gegeven, onderzoekt de advocaat-generaal of het Hof niet of er daadwerkelijk sprake is van fraude, maar wordt enkel verwezen naar de conclusie van de verwijzende rechter en de stelling van de Belgische regering. Of er echt sprake is van fraude valt dus uit het arrest niet op te maken en het Hof bespreekt bijvoorbeeld niet hoe de bedrijven opereerden in Bulgarije, wat ze daar deden, hoe ze waren ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, wat hun omzet is et cetera. Kennelijk is doorslaggevend dat Bulgarije niet bereid was om de door de gaststaat gegeven informatie, of beter gezegd: aanwijzingen van fraude, te onderzoeken.

Dit lijkt dan ook de relevantie van dit arrest te zijn. Als een gastland aanwijzingen stuurt voor fraude naar de zendende staat, dan moet die laatste daar serieus op ingaan. Kan die staat de aanwijzingen niet weerleggen en trekt die de detachingsverklaringen niet in, dan mag de rechter van de gaststaat vaststellen of er sprake is van fraude en, als het antwoord bevestigend is, de verklaringen buiten beschouwing laten.

Het zal moeten blijken hoe deze jurisprudentie in andere zaken gaat uitpakken. Het voordeel van de nieuwe lijn is dat het orgaan van de zendende staat nu een sterkere verantwoordelijkheid heeft: als het vroeger mocht denken in het voordeel van zijn eigen bedrijven te handelen door soepel te zijn of de vragen van het ontvangstland te negeren, dan is dat nu niet langer het geval. Als fraude wordt vastgesteld, kan een bedrijf immers worden onderworpen aan twee stelsels tegelijkertijd, en dus met terugwerkende kracht in het gastland ook premie moeten betalen.

Het nadeel kan zijn dat het gastland nu te snel overgaat tot het aannemen van fraude. Het is bijvoorbeeld niet duidelijk hoe groot de omvang van de activiteiten in het zendende land moet zijn, hoe die berekend moet worden, welke activiteiten meetellen, et cetera. De verordening zelf geeft daar geen precieze regels over. Aangezien bedrijven met detachingsverklaringen een belangrijk kostenvoordeel hebben in het gastland, kan hier een flinke druk gaan ontstaan voor het gastland om actief te gaan optreden; de betreffende branche kan zelfs in het zendende land gaan onderzoeken of aan de voorwaarden voldaan is. Als het orgaan van het zendende land hier niet adequaat of niet op tijd op reageert,

of naar de mening van (de rechterlijke instantie van) het gastland niet overtuigend genoeg, dan kunnen er problemen ontstaan. Deze problemen kunnen moeilijker zijn dan in de onderhavige zaak. Denk aan de zaak van de operazanger Banks. Als bureaucratische organen langzaam of niet reageren – en dat is bepaald niet ondenkbaar – dan kunnen betrokkenen in het nauw komen. Ook kan het zijn dat een orgaan wel serieus reageert, maar dat het ontvangende orgaan nog niet tevreden is. Waar slaat ontevredenheid om in het recht aannemen van fraude? Natuurlijk beoordeelt de rechter van het ontvangstland de zaak, maar die is in sterke mate afhankelijk van de overgelegde informatie en het is niet ondenkbaar dat hij in geval van twijfel het voordeel laat doorslaan naar de bevoegde instantie van het ‘eigen’ land.

De door het Hof eerder aangehouden procedure geeft veel meer rechtszekerheid en garandeert meer rechtseenheid en zorgvuldigheid. Maar die procedure duurt waarschijnlijk veel te lang als er sprake is van duidelijke misstanden en is ook niet zo effectief: tegen de tijd dat er een uitkomst is, is de detachering al lang voorbij.

Wel is het zaak om in de Coördinatieverordening op zijn minst de voorgestelde wijzigingen op te nemen over de termijnen waarbinnen organen moeten reageren op verzoeken van de gaststaat en ook de criteria voor fraude moeten worden aangescherpt. Het voorstel regelt, zoals we zagen, ook een procedure voor als het gastland niet overtuigd is van de antwoorden van het zendende land op zijn vragen over de rechtmatigheid van de detachingsverklaringen: als het orgaan dat het verzoek heeft ingediend na ontvangst van de ondersteunende bewijsstukken blijft twijfelen aan de geldigheid van documenten of aan de juistheid van de feiten of gegevens waarop zij gebaseerd zijn, kan het daarvoor bewijsmateriaal voorleggen, een nieuw verzoek om opheldering indienen. In voorkomend geval kan het orgaan van afgifte om de intrekking van dat document verzoeken overeenkomstig de hiervoor vermelde procedure en termijnen.

Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot het arrest van het Hof. Kunnen er nu twee procedures worden gevolgd, één volgens *Altun* en één volgens de Coördinatieverordening? Daarnaast houdt fraude volgens de Coördinatieverordening in het opzettelijk handelen of nalaten om uitkeringen te ontvangen of premies niet te betalen in strijd met de wetgeving van een lidstaat. In *Altun* houdt het fraudebegrip in dat de Bulgaarse ondernemingen een voorstelling van feiten hebben gegeven die niet overeenkwam met de werkelijkheid. Dat gaat dus verder.

Er lijkt daarom een verschil te zijn tussen het arrest en de voorgestelde regeling en er zijn allerlei mogelijkheden voor verschillende opvattingen van de gaststaat en de uitzendende staat. Het zou daarom de voorkeur hebben als toch de nieuwe regeling van de Coördinatieverordening wordt gehanteerd in plaats van de *Altun*-benadering. De regeling van de Coördinatieverordening zou echter moeten worden aangescherpt. Als de zendende lidstaat niet met overtuigende informatie komt bij het eerste verzoek, dan zou de

Administratieve Commissie moeten worden ingeschakeld in een spoedprocedure en deze zou een bindende uitspraak moeten doen. Het vergt wat creativiteit en een wat andere rol van de Administratieve Commissie dan momenteel het geval is, maar dit biedt wel meer zekerheid.

Of dit arrest veel gevolgen zal hebben, bijvoorbeeld voor Nederland, is nog moeilijk vast te stellen. Er zijn wel degelijk zorgen over schijnconstructies, met name in bepaalde sectoren, en dan gaat het vooral om de vraag of het uitzendende bedrijf daadwerkelijk activiteiten uitoefent in de zendende staat. Om de *Altun*-benadering te kunnen volgen

en fraude te kunnen aantonen, moet in de meeste gevallen, vermoed ik, onderzoek gedaan worden in het zendende land, dus dat zal vaak een drempel zijn om deze weg te volgen.

Over de auteur



**Prof. mr. F.J.L. Pennings**

Hoogleraar social recht Universiteit Utrecht.