

# Fouten, misbruik en fraude bij grensoverschrijdende sociale zekerheid

3

F.J.L. Pennings\*

*In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie over grensoverschrijdende sociale zekerheid en voorstellen voor regelgeving om fouten en fraude bij detachering tegen te gaan.*

## I. Inleiding

De coördinatieverordening sociale zekerheid<sup>1</sup> bevat een samenhangend stelsel van bepalingen voor onder andere de aanwijzing van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving, bepalingen die verzekeringsperioden samentellen met het oog op de verwerving van uitkeringsrechten en berekening ervan en bepalingen omtrent de export van uitkeringen. Deze bijdrage betreft de eerste categorie. De bepalingen die de toepasselijke wetgeving toewijzen zijn niet alleen van belang voor de vraag op welk land iemand in een grensoverschrijdende situatie aangewezen is voor een uitkering, maar ook waar hij/zij en de werkgever premie moeten betalen. Aangezien er aanzienlijke verschillen zijn in premietarieven tussen EU-lidstaten, met name tussen de landen die na 2004 zijn toetreden, en oude lidstaten, kan het aantrekkelijk zijn om onder het goedkoopste stelsel te vallen.

Als hoofdregel van de verordening geldt dat het socialezekerheidsstelsel van het werkland dwingend van toepassing is, juist om te voorkomen dat bedrijven kunnen concurreren door *forum shopping*. Alleen het aangewezen stelsel is op betrokkenen van toepassing en werkgevers, werknemers en lidstaten hebben hierbij geen keuzemogelijkheid.

Aangezien onmiddellijke toepassing van het werklandbeginsel in elke situatie dat een werknemer in een andere lidstaat gaat werken ongunstig en onpraktisch kan zijn, bevat de coördinatieverordening een zogenoemde detachingsbepaling, artikel 12. Deze luidt dat degene die werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht, en die door deze werkgever wordt gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten, onderworpen blijft aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer

dan 24 maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een andere gedetacheerde werknemer te vervangen. Als deze bepaling van toepassing is, blijft de werknemer vallen onder het stelsel waarin hij of zij eerder verzekerd was. Dit artikel neemt voor lief dat er geprofiteerd wordt van premieverschillen, al is het daarvoor natuurlijk niet bedoeld. Als voldaan wordt aan de voorwaarden van dit artikel zijn de voordelen die volgen uit premieverschillen legaal. Anders wordt het als niet aan de voorwaarden wordt voldaan. Over deze laatste kwestie gaat deze bijdrage: welke mogelijkheden zijn er om verkeerd of frauduleus gebruik van de detachingsbepalingen tegen te gaan?

Afgelopen jaren zijn een aantal arresten verschenen van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'Hof van Justitie' of 'Hof') over zaken waarin door het ontvangstland (het land waarnaar gedetacheerd is) gesteld werd dat niet aan de voorwaarden voor detachering was voldaan. Het Hof ging er echter niet mee akkoord dat het ontvangstland in zo'n geval de detachingsverklaringen die waren afgegeven door het zendende land negeerde, zelfs niet als duidelijk was dat de regels niet goed waren toegepast. Meer recent heeft het Hof geoordeeld dat in geval van fraude het ontvangstland meer mogelijkheden heeft om detachingsverklaringen terzijde te stellen. Onlangs zijn voorstellen gedaan om de handhaving van de detachingsbepalingen te verbeteren in het kader van de herziening van de coördinatieverordening sociale zekerheid.

In deze bijdrage zal ik ingaan op de factoren die handhaving van de detachingsbepalingen bemoeilijken en welke voorstellen gedaan zijn om de handhaving te verbeteren.

In paragraaf 2 komen de voorwaarden voor detachering aan de orde. In paragraaf 3 wordt de jurisprudentie behandeld van het Hof van Justitie in geval van verschil van mening tussen het ontvangstland en het zendende land over de toepassing van de regels. Paragraaf 4 behandelt de jurisprudentie in geval van fraude. In paragraaf 5 wordt besproken hoe het Hof omgaat met situaties waarin gepoogd wordt te profiteren van premieverschillen terwijl er geen detachingsverklaringen zijn afgegeven. Door deze als vergelijking te hanteren wordt het specifieke karakter van de detachingsproblematiek duidelijk. In paragraaf 6 komen de recente voorstellen voor aanpassing van de handhavingbepalingen aan de orde, welke worden

\* Prof. mr. F.J.L. Pennings is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht.

<sup>1</sup> De volledige naam is: Verordening (EG) 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, gepubliceerd in *PbEU* 2004, L 166.

afgezet tegen de mogelijkheden die de jurisprudentie biedt. Paragraaf 7 besluit met conclusies.

## 2. De voorwaarden voor toepassing van de detachingsbepaling

De detachingsbepaling is van toepassing als iemand werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat en vervolgens door deze werkgever wordt uitgezonden om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten. Tussen de werknemer en de onderneming moet een organische band bestaan, waaronder verstaan wordt dat de werknemer onder het gezag van de betreffende onderneming blijft vallen. De uitzendende onderneming moet normaliter werkzaam zijn op het grondgebied van de uitzendende staat, zodat gebruik van detachingsbepalingen door bijvoorbeeld postbusmaatschappijen niet geoorloofd is. De te verwachten duur van de detachering mag niet meer dan 24 maanden bedragen. Ook mag betrokkene niet worden uitgezonden om een andere werknemer te vervangen.

De uitzonderingen op het werklanbeginsel, zoals door de detachingsbepaling, moeten strikt worden uitgelegd, zo overwoog het Hof van Justitie.<sup>2</sup> Deze overweging in de *Alpenrind*-zaak leidde tot de interpretatie dat bij opeenvolgende detacheringen door verschillende bedrijven geen beroep op artikel 12 mogelijk was. Artikel 12, zo overwoog het Hof, vormt een uitzondering op het werklanbeginsel dat tot doel heeft de gelijke behandeling van alle personen die op het grondgebied van een lidstaat werken zo goed mogelijk te garanderen.

Om detachering aan te kunnen tonen wordt op verzoek van betrokkenen een detachingsverklaring afgegeven door de bevoegde socialezekerheidsinstantie van het zendende land, in Nederland is de Sociale Verzekeringsbank (SVB) hiervoor aangewezen. De verklaring is geen constitutieve voorwaarde voor detachering, maar dient als bewijs dat betrokkene verzekerd is in de uitzendende staat en dat aan de detachingsvoorwaarden voldaan wordt. Een detachingsverklaring wordt ook wel A1-verklaring genoemd.

De detachingsverklaring wordt afgegeven door de zendende staat. Uit onderzoek blijkt dat deze vaak niet goed controleert of aan de voorwaarden voldaan is. Uit een tabel van Eurofound blijkt dat zeker de helft van de lidstaten bij de aanvraag de relevante gegevens helemaal niet controleert,<sup>3</sup> terwijl ook andere landen niet alle gegevens controleren. Ook al kan men over de precieze uitkomsten van dit onderzoek twisten, ze tonen wel aan dat hier een belangrijk probleem ligt.<sup>4</sup>

## 3. Jurisprudentie van het Hof van Justitie als het zendende en ontvangstland van mening verschillen

In het *Banks*-arrest<sup>5</sup> en het *Fitzwilliam*-arrest<sup>6</sup> heeft het Hof van Justitie een lijn uitgezet die nog steeds gevolgd wordt. Het *Banks*-arrest betrof een operazanger, die eerder in het Verenigd Koninkrijk werkte, en toen ging werken in België, bij de Koninklijke Muntschouwburg in Brussel. Banks had in het Verenigd Koninkrijk een detachingsverklaring als zelfstandige gekregen. Volgens het Belgische recht werd iemand in de situatie van Banks echter als werknemer beschouwd. Moest nu het Engelse of Belgische recht gevolgd worden?

Het Hof van Justitie bepaalde dat het eerste het geval is. Het overwoog dat het afgevend orgaan op grond van het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in thans artikel 4 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), verplicht is de feiten die relevant zijn voor de toepassing van de aanwijsregels juist te beoordelen. Aangezien de detachingsverklaring een vermoeden creëert dat betrokkene regelmatig is aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waarin hij is gevestigd, is zij bindend voor het bevoegde orgaan van de ontvangststaat. Zo niet, dan zou inbreuk worden gemaakt op het beginsel dat werknemers en zelfstandigen slechts bij één socialezekerheidsregeling zijn aangesloten, alsmede op de voorzienbaarheid van de toepasselijke regeling en dus ook op de rechtszekerheid.

Het bevoegde orgaan van de lidstaat die de detachingsverklaring heeft afgegeven, dient echter de juistheid van die afgifte opnieuw te onderzoeken indien de ontvangststaat daarom vraagt. Het dient de verklaring zo nodig in te trekken wanneer het bevoegde orgaan van de ontvangststaat 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 detachingsbepalingen van de verordening.

Het Hof schetste vervolgens de procedure, die het Hof in deze arresten zelf ontwierp, die gevolgd kan worden als betrokken staten het oneens blijven. Ze kunnen de zaak voorleggen aan de Administratieve Commissie (een bestaande commissie die op grond van de coördinatieverordening adviezen kan geven over de toepassing van deze verordening). De Administratieve Commissie heeft geen bevoegdheden om het geschil te beslechten. Slaagt de Administratieve Commissie er niet in de standpunten met elkaar te verzoenen, dan staat het de ontvangststaat vrij een niet-nakomingsprocedure in te leiden, en de zaak aan het Hof voor te leggen.

2 HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*).

3 Eurofound, *Working conditions. Improving the monitoring of posted workers in the EU*, Dublin 2020, p. 17.

4 N. Rennuy, 'Posting of workers: Enforcement, compliance, and reform', *European Journal of Social Security* 2020, afl. 2, p. 219. Zie voor cijfers en voor vergelijkbare conclusies over slechte handhaving ook Y. Jorens & M. De Coninck, *Fraud and error in the field of EU social security coordination*, Brussel: Europese Commissie 2019.

5 HvJ EG 30 maart 2000, C-178/97, ECLI:EU:C:2000:169.

6 HvJ EG 10 februari 2000, C-202/97, ECLI:EU:C:2000:75.

Uit deze jurisprudentie volgt dat een detachingsverklaring voor de ontvangstaat bindend is zolang zij niet is ingetrokken of ongeldig verklaard door de zendende staat. Deze benadering bevestigde het Hof in het *Herbosch Kiere*-arrest.<sup>7</sup> Het oordeelde hierin dat ook een nationale rechter van de gaststaat een detachingsverklaring niet ongeldig mag verklaren.<sup>8</sup>

Deze jurisprudentie van het Hof is vervolgens neergelegd in artikel 5 Verordening (EG) 987/2009, de toepassingsverordening voor Verordening (EG) 883/2004. 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>9</sup>

In de *A-Rosa Flussschiff*-zaak<sup>10</sup> werd de vraag aan het Hof van Justitie gesteld of een detachingsverklaring ook socialezekerheidsorganen en rechters van de gaststaat bindt indien zij vaststellen dat de voorwaarden waaronder de betrokken werknemer zijn activiteit uitoefent kennelijk niet binnen de materiële werkingssfeer van de detachingsbepaling van de coördinatieverordening vallen. In dit geval waren de activiteiten van A-Rosa geheel gericht op het grondgebied van Frankrijk en de activiteiten werden daar op vaste, stabiele en voortgezette wijze uitgeoefend, zodat er geen sprake was van detachering in de zin van de verordening. Het Hof herhaalde zijn overwegingen uit het *Herbosch Kiere*-arrest en voegde hieraan toe dat de omstandigheid dat de betrokken werknemers kennelijk niet binnen de werkingssfeer van de detachingsbepaling van de coördinatieverordening vallen, geen enkele invloed heeft op die benadering. De door de Franse regering en uitkeringsinstantie aangevoerde argumenten dat de door het Hof geschetste procedure inefficiënt is en dat het noodzakelijk is om oneerlijke concurrentie en sociale dumping tegen te gaan, rechtvaardigen geenszins, aldus het Hof, dat deze procedure wordt geschonden. Het Hof ging er daarom niet mee akkoord dat geen rekening wordt gehouden met een door het bevoegde orgaan van een andere lidstaat afgegeven detachingsverklaring. Dergelijke argumenten zag het Hof ook niet als rechtvaardiging om zijn rechtspraak te wijzigen.

#### 4. De jurisprudentie in geval van detachering en fraude

In het *Altun*-arrest<sup>11</sup> 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 voor Belgische bedrijven. De werknemers waren in het bezit van detachingsver-

klaringen afgegeven door de Bulgaarse bevoegde autoriteit.

Door een Belgische onderzoeksrechter werd 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. België startte hierop een strafprocedure in België tegen de werkgever, omdat deze onder andere verzuimd had de werknemers aan te sluiten bij de Belgische rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Nadat de verdachten in eerste instantie waren vrijgesproken, werden ze in beroep door het Belgische Hof van Beroep 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. Deze zaak werd vervolgens door het Hof van Cassatie aan het Hof van Justitie voorgelegd met de vraag of deze afwijking van de procedure geoorloofd was.

Nadat het Hof van Justitie 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.’

Wanneer is er echter sprake van fraude? Het Hof overwoog 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.

<sup>7</sup> HvJ EG 26 januari 2006, C-2/05, ECLI:EU:C:2006:69.

<sup>8</sup> Zie ook H. Verschuere, ‘Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak *Herbosch Kiere*: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping’, *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid* 2006, afl. 3, p. 403-449.

<sup>9</sup> *PbEU* 2010, C 106/1.

<sup>10</sup> HvJ EU 27 april 2017, C-620/15, ECLI:EU:C:2017:309.

<sup>11</sup> HvJ EU 6 februari 2018, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63.

Van belang is dus dat de detachingsverklaring frauduleus verkregen is 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.

Het Hof overwoog vervolgens dat als het orgaan van de ontvangstaats zich tot het orgaan van de zendstaats wendt en het concrete gegevens verstrekt over de fraude, dan moet dit tweede orgaan in het licht van deze gegevens opnieuw onderzoeken of die verklaringen terecht zijn afgegeven en deze in voorkomend geval intrekken. Indien dit laatste orgaan niet binnen een redelijke termijn overgaat tot een dergelijke heroverweging, dan kunnen de gegevens over de fraude gebruikt worden door de rechter van de ontvangststaat om de betrokken verklaringen niet in aanmerking te nemen.

Het Hof van Justitie noemde nu dat de procedure van bemiddeling door de Administratieve Commissie en de procedure bij het Hof moeten worden gevolgd; deze onderdelen van de procedure kunnen bij fraude kennelijk worden overgeslagen.

De personen aan wie wordt verweten dat zij onder de dekmantel van frauduleus verkregen verklaringen een beroep hebben gedaan op gedetacheerde werknemers moeten wel de mogelijkheid krijgen om de gegevens waarop deze procedure is gebaseerd te weerleggen, aldus het Hof, vóórdat de nationale rechter besluit om de verklaringen buiten beschouwing te laten. Pas dan kan de rechter dus uitspraak doen.

In dit geval oordeelde het Hof dat, gelet op de resultaten van het Belgische onderzoek en het ontbreken van een Bulgaarse adequate reactie hierop, er inderdaad sprake was van frauduleus verkregen detachingsverklaringen.<sup>12</sup>

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 een sterkere verantwoordelijkheid heeft gekregen: vroeger kon het denken dat het in het voordeel van zijn eigen bedrijven handelde door soepel te zijn bij de aanvraag of de vragen van het ontvangstland te negeren. Dat is nu niet langer het geval. Als fraude wordt vastgesteld, kan een bedrijf immers worden onderworpen aan twee stelsels tegelijkertijd, en moet het dus met terugwerkende kracht ook in het gastland premie betalen.<sup>13</sup>

De *Altun*-benadering werd bevestigd in het arrest *Vueling Airlines*.<sup>14</sup> De feiten van deze zaak tonen hoe langdurig de procedures kunnen zijn: enerzijds een enorm tijdsver-

loop voordat de procedure wordt gestart, anderzijds een lange tijdsduur voordat er antwoord komt. De Franse rechter (de ontvangstaats) had in zijn uitspraak van 31 januari 2012 vastgesteld dat er sprake was van fraude en de verklaringen buiten beschouwing gelaten vóór de procedure was ingeleid. Vervolgens werd cassatie ingesteld. Toen was de procedure om bij het zendende land te achterhalen of de verklaring wel terecht was afgegeven wel ingeleid, maar het cassatieverzoek werd verworpen, zonder dat deze rechter gevraagd had naar de stand van zaken en zonder de uitkomst van die procedure af te wachten. Het is juist, aldus het Hof van Justitie, dat het Spaanse orgaan van afgifte door meer dan twee jaar na de indiening van het verzoek te antwoorden niet kan worden geacht binnen een redelijke termijn te hebben gereageerd. Dat neemt evenwel niet weg dat het bevoegde Franse orgaan pas laat contact heeft opgenomen met het Spaanse orgaan van afgifte, namelijk ongeveer vier jaar nadat het bevoegde Franse orgaan in het bezit was gekomen van gegevens die suggereerden dat er sprake kon zijn van fraude. Zodoende mocht het Franse orgaan de detachingsverklaringen niet ongeldig verklaren.

Concluderend: allereerst moet benadrukt worden dat de *Altun*-jurisprudentie geen afwijking is van de eerdere benadering van het Hof over detachingsbepalingen; *Altun* geldt alleen in geval van fraude. Bovendien moet de door het Hof omschreven procedure worden gevolgd voordat de verklaringen buiten beschouwing mogen worden gelaten. Er moet dus contact opgenomen worden met het orgaan van het zendende land en uiteindelijk moet ook de nationale rechter betrokkenen horen voordat een beslissing kan worden genomen.

Het Hof hanteert dus strikte voorwaarden en verlangt dat de geschetste procedure wordt gevolgd. Daarmee zal veel tijd gemoeid zijn; in de praktijk zal de rechter zal pas jaren na afloop van de detachering kunnen beslissen dat de verklaringen buiten beschouwing worden gelaten.

## 5. Het Hof prikt wel constructies door als het niet om detachering gaat

Het Hof volgt de hiervoor beschreven, terughoudende, aanpak indien er sprake is van afgegeven detachingsverklaringen, om te voorkomen dat er rechtsonzekerheid ontstaat als gevolg van de toepasselijkheid van twee stelsels. Indien er zo'n gevaar niet is, prikt het Hof wel door constructies heen die zijn opgezet om onder lagere pre-

12 H. Verschueren, 'Sociale zekerheid en controle op detacheringen binnen de EU. Nieuwe wending in de rol van de detachingsverklaringen bij fraude', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2019, afl. 1, p. 30-49, vermeldt dat in de vervolprocedure het Hof van Cassatie oordeelde dat er geen organische band was tussen de Bulgaarse ondernemingen en de gedetacheerde werknemers, en dat de ondernemingen geen werkzaamheden van betekenis vervulden in Bulgarije. Ook oordeelde het dat het Bulgaarse orgaan onredelijk lang had gewacht en vervolgens een niet ter zake doend antwoord had gegeven.

13 De detachingsverklaring wordt niet vernietigd, maar buiten beschouwing gelaten; dat betekent dat de premieheffing in het zendende land niet automatisch wordt gerepareerd.

14 HvJ EU 2 april 2020, C-370/17 en C-371/18, ECLI:EU:C:2020:260.

mies te vallen. Dit zien we in het *AFMB*-arrest,<sup>15</sup> dat een vennootschap betrof die was opgericht in Cyprus. Deze had met in Nederland gevestigde vervoersondernemingen overeenkomsten gesloten, waarin ze zich verbonden had om hun vrachtwagens te beheren. Tevens had *AFMB* arbeidsovereenkomsten gesloten met internationaal vrachtwagenchauffeurs die in Nederland wonen, waarin *AFMB* aangewezen was als werkgever van die werknemers. De betrokken internationaal vrachtwagenchauffeurs hadden vóór de sluiting van die arbeidsovereenkomsten nooit in Cyprus gewoond of gewerkt en tijdens de uitvoering van de overeenkomsten bleven zij in Nederland wonen.

Artikel 13 lid 1 Verordening (EG) 883/2004 bepaalt (voor zover hier van belang) dat degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten en die niet een substantieel gedeelte van die werkzaamheden verricht in de lidstaat waar hij woont, onderworpen is aan de wetgeving van de lidstaat waar de werkgever gevestigd is. De vraag was daarom wie de werkgever was.

Het Hof overwoog dat de vraag erop neerkomt of de werkgever van een internationaal vrachtwagenchauffeur de vervoersonderneming is die deze chauffeur in dienst heeft genomen, die feitelijk volledig de beschikking over hem heeft, die het feitelijke gezag over hem uitoefent en die feitelijk de overeenkomstige loonkosten draagt, dan wel de onderneming waarmee die chauffeur een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die hem volgens afspraak met de vervoersonderneming zijn loon betaalt. Het Hof overwoog dat de toepassing van het stelsel van conflicteregels enkel afhangt van de objectieve situatie waarin de betrokken werknemer zich bevindt en dat daarom uitgegaan moest worden van de feitelijke situatie, als die afwijkt van de documenten. De wijze waarop de arbeidsovereenkomsten in de praktijk zijn uitgevoerd, de omstandigheden waarin die overeenkomsten zijn gesloten en de kenmerken en wijzen van uitvoering van de door de onderneming in kwestie verrichte werkzaamheden zijn hierbij van belang.

De doelstelling van de verordening zou in gevaar kunnen worden gebracht, aldus het Hof, indien de uitlegging van de hier in geding zijnde begrippen erop neer zou komen dat het voor ondernemingen gemakkelijker wordt gemaakt om van louter kunstmatige constructies gebruik te maken teneinde de Unieregeling aan te wenden met als enig oogmerk voordeel te trekken van de verschillen tussen de nationale regelingen. Met name zou een dergelijk gebruik van de Unieregeling kunnen leiden tot een neerwaartse druk op de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten en mogelijk uiteindelijk op het door deze stelsels geboden niveau van bescherming.

Het Hof prikt hier dus door constructies heen en beargumenteert dat bij een andere benadering het risico bestaat van sociale dumping. Dat is dus een andere benadering dan bij de afgegeven detachingsverklaringen: in dat geval zijn immers twee lidstaten betrokken en rechtson-

zekerheid dreigt als de verklaring eenzijdig door de andere dan de afgevende staat wordt vernietigd.

De Centrale Raad van Beroep had ook gevraagd of als de Cypriotische ondernemingen als werkgever worden beschouwd er bij de feiten en omstandigheden van deze zaak sprake is van een situatie die is te duiden als misbruik van het recht van de EU. Het Hof hoefde deze vraag gelet op zijn uitleg niet meer te beantwoorden. Dat is wel jammer, want zo ontbreekt nog een algemene benadering van misbruik van recht op het terrein van constructies om premies te ontwijken.

## 6. Mogelijkheden om door wijzigingen regelgeving beter te handhaven

Inmiddels ligt er een voorstel van de Europese Commissie van 13 december 2016 om Verordening (EG) 883/2004 en Verordening (EG) 987/2009 te wijzigen,<sup>16</sup> onder meer om handhaving te verbeteren. De Raad van Ministers besprak het voorstel in verschillende sessies. Op 21 juni 2018 bereikte hij in meerderheid overeenstemming over zijn onderhandelingspositie in de onderhandelingen met het Europees Parlement.<sup>17</sup> Over dit document werd vervolgens door Parlement, Raad en Commissie onderhandeld in de zogenoemde trialoog. Op 15 januari 2019 werd een voorlopig akkoord gesloten. Dit werd echter verworpen in een bijeenkomst van de Raad op 29 maart 2019. Problemen waren enerzijds de verlenging van de exportperiode van werkloosheidsuitkeringen en anderzijds juist de aanscherping van de handhavingsbepalingen bij detachering.

Het Europees Parlement besloot om de herziening van de verordening over te laten aan het nieuwe Parlement. Sindsdien is er weinig voortgang geweest. Ook in december 2020 lukte het niet om tot overeenstemming te komen.

Een van de door de Commissie voorgestelde wijzigingen is om in artikel 1 Verordening (EG) 987/2009 een definitie van het begrip 'fraude' op te nemen. Volgens de door de Commissie voorgestelde definitie wordt voor de toepassing van Verordening (EG) 987/2009 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'.

In het voorlopig akkoord werd in de definitie van fraude toegevoegd dat het niet alleen gaat om handelen of nalaten in strijd met de wetgeving van een lidstaat, maar ook met de coördinatieverordening. Een terechte toevoeging. De Commissie stelde voor om in artikel 5 Verordening (EG) 987/2009 te bepalen dat de documenten (zoals een A1-verklaring) uitgereikt door de instelling van een lidstaat slechts geldig zijn indien alle verplichte informatie is in-

<sup>15</sup> HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565.

<sup>16</sup> COM(2016) 815def.

<sup>17</sup> Raad van de Europese Unie 2016/0397 (COD), Brussel 26 juni 2018.

gevuld. Bovendien stelde de Commissie voor dat wanneer de instelling van een lidstaat twijfels heeft over de geldigheid van een document of de juistheid van de feiten op grond waarvan het is afgegeven en vervolgens aan de instelling die het document heeft afgeleverd om verduidelijking of intrekking van dit document vraagt, deze laatste instelling binnen 25 werkdagen hierop moet antwoorden. Indien de vragende instelling verklaart dat de zaak dringend is, moet de andere instelling zelfs binnen twee werkdagen antwoorden. Wanneer blijkt dat er sprake is van fraude, moet het document onmiddellijk en retroactief verbeterd of ingetrokken worden.

Deze nieuwe tekst laat echter nog open dat er verschil van mening kan zijn of aan de voorwaarden voldaan is. Rennuy heeft in een interessante bijdrage een analyse gemaakt van de verschillen in belangen tussen de zendende en ontvangende lidstaten bij detachering.<sup>18</sup> Volgens hem heeft in veel gevallen de ontvangstaat meer belangen om de detacheringbepalingen te handhaven dan de zendende staat. Hij stelt daarom voor dat de ontvangstaat de detacheringverklaring kan vernietigen als deze dwingend bewijs van niet-naleving van de bepalingen heeft.<sup>19</sup>

Hoe verleidelijk ook, zo'n eenzijdige stap kan leiden tot rechtsonzekerheid en past niet goed bij de jurisprudentie van het Hof. Bovendien kan de ontvangende staat juist ook belang hebben detachering sterk te verminderen, zodat het de vraag is of je aan deze zomaar de bevoegdheid tot het vernietigen van detacheringverklaringen moet overlaten.

Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid volgt dat een supranationaal orgaan conflicten bij detacheringverklaringen moet beslechten. Dit is ook wat het voorlopig akkoord voorstelde: als er geen overeenstemming wordt bereikt tussen de betrokken instellingen, kan de kwestie door de bevoegde instantie worden voorgelegd aan de Administratieve Commissie na één maand nadat de instantie dat het document heeft ontvangen het verzoek heeft ingediend. De Administratieve Commissie moet proberen om de gezichtspunten binnen zes maanden met elkaar te verenigen. Deze commissie kan een besluit nemen over de relevante bepalingen van de verordening. De betrokken instanties moeten de noodzakelijke maatregelen nemen om die beslissing uit te voeren, waarbij ze het recht voorbehouden een beroep te doen op de rechters en procedures volgens de wetgeving van de lidstaten, de verordening of het verdrag.<sup>20</sup>

Hier kunnen natuurlijk nog allerlei bezwaren tegen worden ingebracht, met name tegen de termijnen. Ook kan er nog onduidelijkheid ontstaan als er een nationale procedure wordt gevolgd, waardoor er alsnog tegenstrijdige uitkomsten kunnen zijn. Het is echter in principe wel de goede weg voor een oplossing, die past bij de benadering van het Hof van Justitie. Eenzijdige beslissingen van lidstaten (ook van hun rechters) passen niet goed in het systeem van de conflictregels, omdat anders het risico bestaat dat meer dan één stelsel van toepassing is. Vandaar dat er een orgaan op Unieniveau moet zijn. De Administratieve Commissie is hiervoor een geschikt orgaan en zou deze bevoegdheden moeten krijgen. Het Hof van Justitie kan momenteel ook al dergelijke geschillen beslechten. Het blijkt echter dat het niet voor dit soort geschillen over detacheringverklaringen benaderd wordt. Daarvoor zijn kennelijk de drempels, zoals de lange duur van procedures, te hoog.

## 7. Conclusies

Gebruik en misbruik van verschillen in socialezekerheidspremies vormen gevoelige onderwerpen in Europa. Op theoretisch niveau zal er grote overeenstemming over zijn dat slechte handhaving van de bepalingen onwenselijk is. Het leidt tot rechtsonzekerheid, oneerlijke concurrentie en tot sociale dumping. De benadering van het Hof van Justitie belemmert handhaving, maar is wel te volgen: eenzijdige nietigverklaring van een detacheringverklaring kent risico's, zoals dat een onderneming onder twee stelsels valt. De procedure die het Hof schetst is echter niet effectief: ze duurt veel langer dan de detachering zelf. Voor een goede en evenwichtige procedure is de nodige regelgeving nodig, de wetgever had daarom eerder moeten ingrijpen. Hier zien we echter de verschillende belangen tussen lidstaten, die dit een moeilijk proces maken. Toch is dit de lijn die doorgezet moet worden, en dat vergt aansluiting bij de voorstellen in het voorlopig akkoord. Het is bedenkelijk dat bij de onderhandelingen over de verlenging van de export de verbetering van de handhavingbepalingen als ruilmiddel lijken te hebben gediend.<sup>21</sup> Aan verbetering van de handhavingbepalingen moet immers absolute prioriteit worden gegeven.

<sup>18</sup> N. Rennuy, 'Posting of workers: Enforcement, compliance, and reform', *European Journal of Social Security* 2020, afl. 2, p. 212-234.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>20</sup> Voorgesteld art. 5 Verordening (EG) 987/2009, eigen vertaling.

<sup>21</sup> C. Schmidt, 'Waarom de Nederlandse ophef over de "WW-export" overdreven is', *Trouw* 29 maart 2019, [www.trouw.nl/nieuws/waarom-de-nederlandse-ophef-over-de-ww-export-overdreven-is-b80odb2e/](http://www.trouw.nl/nieuws/waarom-de-nederlandse-ophef-over-de-ww-export-overdreven-is-b80odb2e/).