

4. DE STRIJD TEGEN SOCIALE FRAUDE: BALANCEREN OP EEN SLAPPE EUROPESE KOORD

PROF. DR. YVES JORENS

Hoofddocent Universiteit Gent,
directeur IRISinternational research institute
on social fraud (UGent)

§ 1. Inleiding

De Europese Unie staat onder druk. Fundamentele pijlers van de Europese constructie, zoals het vrij verkeer van werknemers en het vrij verkeer van dienstverlening, die gedurende decennia uitgroeiden tot enkele van de meest tastbare realisaties van het Europese verhaal, leiden de dag van vandaag echter tot een steeds groter wordende negatieve connotatie. De Europese burger blijkt trouwens eerder honkvast te zijn, getuige het feit dat de dag van vandaag bv. maar 3 % van de EU-burgers werken en wonen in een andere lidstaat.

Alhoewel beide vrijheden het voorwerp hebben uitgemaakt van een heel arsenaal aan juridische maatregelen¹ blijkt de realiteit toch niet altijd zo rooskleurig te zijn. Juist omdat de realiteit aantoont dat migrerende werknemers nog met heel veel belemmeringen en discriminaties worden geconfronteerd, heeft de Europese Commissie recentelijk een voorstel gelanceerd voor een richtlijn betreffende maatregelen om de uitoefening te vergemakkelijken van rechten die in de context van het vrij verkeer van werknemers aan werknemers worden verleend². Het voorstel dient een nieuwe boost te geven aan deze belangrijke vrijheid.

Er ontstaat ook een negatief gevoel over dit vrij verkeer waarbij gevreesd wordt dat burgers, actieve en niet-actieve personen, uit 'arme' lidstaten gebruikmaken van hun vrij verkeer om aanspraak te maken op hogere uitkeringen uit de 'rijkere' lidstaten. Het spook van een sociaal toerisme waart doorheen Europa. Reeds lang hebben in België OCMW's ervoor geijverd dat er paal en perk zou worden gesteld aan het misbruik van het zelfstandigenstatuut door niet-Belgen om OCMW-steun te genieten en bv. kinderbijslag te krijgen. EU-burgers hebben immers het recht om zich vrij te bewegen en ook aanspraak te hebben op uitkeringen. Zo komen burgers uit sommige van de nieuwe EU-lidstaten zich hier als zelfstandige inschrijven, waardoor ze een verblijfsrecht krijgen en zo nodig ook een recht op steun vanwege het OCMW³. Maar ook economisch niet-actieve burgers genieten heel wat beschermingsmaatregelen. Van zodra men legaal verblijft in België, heeft men immers recht op een gelijke behandeling en opent men de toegang tot de sociale bijstand. De enige beperking waarin het Europees recht hier voorziet, is dat een lidstaat niet verplicht is om enig recht op sociale bijstand te verschaffen gedurende de eerste drie maanden van verblijf in een lidstaat⁴. Zij die langer verblijven in een lidstaat en niet actief zijn, mogen wel geen

¹ Zie bv. wat betreft het vrij verkeer van werknemers: art. 45 Verdrag over de werking van de Europese Unie, Verordening nr. 492/2011, Richtlijn 2004/38 en wat betreft het vrij verkeer van diensten; art. 56 Verdrag over de werking van de Europese Unie, Richtlijn 2006/123, Richtlijn 96/71. Beide vrijheden werden daarenboven in een uitgebreid aantal arresten van het Hof van Justitie verder verduidelijkt waarbij beperkingen op deze vrijheden restrictief werden geïnterpreteerd.

² Zie het Voorstel COM(2013) 236def., dat drie grote doelstellingen vooropstelt, nl. het verschaffen van hulp en bijstand aan migrerende werknemers via het opzetten van contactpunten, een betere informatieverspreiding op nationaal niveau en een betere bescherming van de rechten van migrerende werknemers.

³ EU-burgers die een verblijfsrecht hebben van drie maanden, hebben recht op een leefloon of op periodieke financiële steun, indien men een aanvraag tot een verblijf van meer dan drie maanden heeft ingediend. Eenieder die een aanvraag doet om in België te verblijven en bij de aanvraag op dag één onmiddellijk alle documenten kan voorleggen, krijgt een verblijfsrecht en komt ook in aanmerking voor sociale bijstand. Het volstaat hierbij om aan te tonen dat men werknemer of zelfstandige is. Vaak wordt misbruik gemaakt van het statuut van zelfstandigen om een verblijfsrecht te verwerven. Het is daarbij al voldoende om een tijdje vennoot te worden in een of andere nachtwinkel of te helpen bij een andere zelfstandige, waarbij men zich aansluit bij een sociaal verzekeringsfonds, zelfs zonder het betalen van bijdragen, teneinde een nepstatuut te verwerven en zo toegang te verkrijgen tot onze sociale bijstand. Vaak worden hiervoor valse verklaringen afgelegd en zijn er heel wat fictieve aansluitingen.

⁴ Zie art. 24, § 2 Richtlijn 2004/38.

onredelijke belasting vormen voor het socialebijstandstelsel⁵. Aanvankelijk verleende België nog sociale bijstand vanaf het begin, maar omdat men zich bewust was van mogelijke misbruiken, heeft België recentelijk besloten om gedurende de eerste drie maanden van verblijf EU-onderdanen en hun familieleden uit te sluiten van het recht op sociale bijstand⁶.

Sinds de uitbreiding van de Europese Unie in 2004 is het fenomeen van de sociale dumping zeker ook sterk op de voorgrond getreden. Het openen van grenzen voor goedkope werknemers, gekoppeld aan de economische crisis, heeft aanleiding gegeven tot een toename van fenomenen, zoals zwartwerk, het ten onrechte verkrijgen van uitkeringen, het niet betalen van socialezekerheidsbijdragen, het tewerkstellen van buitenlandse werknemers via malafide tussenpersonen en bedrijven vaak via een vals zelfstandigenstatuut, valse en fictieve detacheringen, het werken onder de prijs en zonder sociale bescherming van buitenlandse werknemers en gedetacheerde arbeidskrachten ... Daarenboven spelen vele van deze fenomenen zich af in een georganiseerde context. Zo valt bv. sinds een aantal jaren een stijging op van de buitenlandse zelfstandigen in België⁷. Reeds in 2011 stelde de RSZ vast dat ten minste 40 % van de buitenlandse migrerende personen die zich als zelfstandige vestigden in België, eigenlijk schijnzelfstandige zijn⁸. Sociale fraude en sociale dumping kennen dan ook veel gezichten⁹. Alhoewel het fenomeen van sociale fraude op zich in alle sectoren plaatsvindt, blijken voornamelijk sectoren als de bouw, de horeca en de vleessector veelvuldig geconfronteerd te worden met misbruiken, niet in het minst wat betreft de detachingsregels. Een bijzonder fenomeen van sociale fraude maakt inderdaad de detachering uit vanuit het buitenland. Buitenlandse gedetacheerde werknemers zijn vaak goedkoper en voelen zich zeker niet beroerd om aanvullende uren te werken. Met het ontstaan van de interne markt werd detachering nog aangezien als een economisch wondermiddel met vrije concurrentie tussen ondernemingen, waar een grensoverschrijdende onderaanneming bijhoort. Zo kan er immers volop geprofiteerd worden van de interne markt, ook door bedrijven die gevestigd zijn in lidstaten, wiens voornaamste concurrentievoordeel de lagere arbeidskosten zijn¹⁰. Vandaag wordt detachering soms meer als een sociaal kerkhof beschouwd, waarbij detachering in een slecht daglicht komt te staan. Werknemers en/of schijnzelfstandigen kunnen zo via allerlei constructies en varianten, in het bijzonder via buitenlandse spookfirma's en zogenaamde uitzendbedrijven die in het buitenland vaak geen activiteiten uitoefenen, goedkoop personeel aanwerven. Dit personeel kunnen ze dan naar het buitenland uitzenden waarbij deze personen een loon worden betaald dat gevoelig lager ligt dan het loon dat werknemers krijgen in het land van detachering. Vaak hebben we ook te maken met fictieve detachering, waarbij gebruik wordt gemaakt van buitenlandse werknemers die op een permanente wijze in België wonen, maar fictief in het buitenland werkzaam zijn. De beroemde en 'be-

⁵ Art. 7, § 1 Richtlijn 2004/38. In België werden de laatste drie jaar ongeveer 4.000 EU-burgers het land uitgewezen wegens onredelijke kosten voor ons socialezekerheidsstelsel.

⁶ Zie nieuw art. 57quinquies, zoals ingevoerd bij wet van 19 januari 2012, BS 17 februari 2012. Zie programmawet 28 juni 2013, BS 1 juli 2013.

⁷ Tussen 2010 en 2012 is er zelfs een stijging van 12,5 %. In 2012 was de sterkste stijging bij de Roemenen (van 12.096 in 2011 naar 15.189 in 2012), misschien niet helemaal toevallig sinds de toetreding van Roemenië tot de Europese Unie. Zie *Jaarverslag RSVZ 2012*.

⁸ Zie ook RSVZ, website van de Redactie, 20 september 2012, www.deredactie.be/cm/vrtnieuws/economie/1.1434429.

⁹ Ook ons Sociaal Strafwetboek hanteert een ruime definitie van het begrip 'sociale fraude'. Zo bepaalt artikel 1 dat voor de toepassing van dit wetboek onder sociale fraude en illegale arbeid wordt verstaan: "iedere inbreuk op een sociale wetgeving die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoort".

¹⁰ Zie het standpunt van de Europese Commissie bij de discussies rond het aannemen van Detachingsrichtlijn 96/71. Zie ook M. HOEWERZEL, *De detachingsrichtlijn*, Deventer, Kluwer, 2005, 86-87.

ruchte' detachingsverklaring A1 wordt hierbij veelvuldig gebruikt om onderworpen te kunnen blijven aan het buitenlandse goedkopere socialezekerheidsstelsel en, indien we te maken hebben met niet-EU-onderdanen die worden gedetacheerd, zelfs aangezien voor een soort verblijfsattest. Dat vele van deze buitenlandse werknemers hierbij tewerkgesteld worden, ver onder het Belgische loon en zonder dat hierbij de Belgische arbeidswetgeving wordt nageleefd¹¹, wordt beschouwd als duidelijke vormen van deloyale concurrentie en zelfs uitbuiting van arbeiders. Woorden als economische uitbuiting en mensenhandel liggen dan ook niet ver uit elkaar¹². In die zin wordt de gedetacheerde goedkope arbeidskracht gezien als een nieuwe moderne slaaf, die gewapend met een arbeidscontract, dat niet wordt nageleefd, vaak werkt voor een langere duur dan de wetgeving toestaat, slaapt in ongezonde plaatsen en dit alles zonder enige controle op de arbeidsveiligheid en -voorwaarden¹³.

Dergelijke vormen van sociale dumping en oneerlijke concurrentie kunnen niet alleen een impact hebben op het staatsbudget en ook op de verdere financiering van ons welvaartssysteem, maar brengt ook de geloofwaardigheid van heel ons welvaartssysteem in het gedrang. Dit heeft niet alleen gevolgen voor onze eigen Belgische werknemers die immers hun baan kunnen verliezen, maar heeft ook gevolgen voor de vele bonafide bedrijven die worden geconfronteerd met malafide bedrijven, die het veel minder nauw nemen met de Belgische wetgeving. Dit alles is trouwens de reden dat België een klacht heeft ingediend bij de Europese Commissie over het feit dat in Duitsland heel wat werknemers werkzaam zijn, in het bijzonder in de vleessector, met hele lage lonen wat de oneerlijke concurrentie sterk aanmoedigt. De bestrijding van de sociale fraude en het handhaven van de Belgische wetgeving dienen dan ook als een vorm van respect te worden beschouwd ten aanzien van burgers die het systeem wel op een eerlijke manier toepassen.

Fraude stopt derhalve niet bij de grenzen en vereist een efficiënte samenwerking over de grenzen van de lidstaten heen en tussen de verschillende inspectiediensten. Vanuit de vaststelling dat de minimale arbeidsvoorwaarden voor gedetacheerde werknemers vaak niet worden gerespecteerd en deze derhalve verstoken blijven van de lonen waarop ze recht hebben ondanks de verplichting die hiervoor geldt onder de Detachingsrichtlijn 96/71/EG, werd de noodzaak gevoeld om de bescherming van deze gedetacheerde werknemers te verbeteren. Het gebrek aan effectieve administratieve controle kan immers als de achillespees bij de controle op de tewerkstelling van buitenlandse werknemers worden beschouwd. Juist met het oog op het vermijden van mogelijke misbruiken die nadelig zijn voor de rechten van gedetacheerde werknemers, maar tegelijkertijd ook voor andere werknemers in het land van detachering, wat een zeer negatieve weerklink teweegbracht, heeft de Commissie dan ook een voorstel voor een handhavingsrichtlijn voor de Detachingsrichtlijn ingesteld¹⁴. Met dit voorstel wil

¹¹ Vergeten we hierbij niet dat volgens artikel 3, lid 1 Detachingsrichtlijn 96/71 het land van tijdelijke tewerkstelling, bv. België, in de mogelijkheid is om een minimaal harde kern van arbeidsvoorwaarden van toepassing te verklaren op hier tijdelijk tewerkgestelde buitenlandse werknemers. Hieronder valt o.m. het minimumloon en de arbeidsduur.

¹² Een beroemd voorbeeld betreft de zaak van uitbuiting via onderaanneming van toiletaccommodatie in wegrestaurants van een keten langs de E40. Het onderzoek en de vervolging in deze zaak ingesteld tegen zowel de Duitse werkgever (op basis van mensenhandel via economische uitbuiting), als tegen de uitbater van de autosnelwegrestaurants (continuïteit en systeem van uitbuiting), leidden uiteindelijk in november 2012 tot een veroordeling voor sociale fraude en mensenhandel: Corr. Gent, 5 november 2012.

¹³ Zie bv. het verslag van de Senaat in Frankrijk: la Commission des affaires européennes, assemblée nationale sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs", Sénat, n° 527, session ordinaire de 18 avril 2013.

¹⁴ COM(2012)131def. van 21 maart 2012.

men de toepassing op het naleven en de controle op de Detacheringsrichtlijn verbeteren, waarbij men o.m. de verantwoordelijkheden van nationale inspecties beter wil definiëren en ook wil aanduiden welke maatregelen de verschillende lidstaten mogen nemen, dit om onrechtstreeks de rechten van gedetacheerde werknemers te verhogen, misbruiken uit te sluiten en verder bij te dragen aan een eerlijke mededing met een beter *level playing field*.

Alhoewel de noodzaak wordt gevoeld om op Europees vlak op te treden, is men vaak ook van oordeel dat de initiatieven op Europees vlak te traag tot stand komen. Dit is trouwens de reden waarom o.m. België besloten heeft om van de strijd tegen de negatieve gevolgen van de Europese eenmaking een prioriteit te maken en heel wat wetgevende initiatieven het daglicht hebben gezien¹⁵. In het verleden had men reeds een controlesysteem ingesteld, met name de LIMOSA-meldingsplicht, die inspectiediensten op de hoogte diende te stellen van wie aanwezig is in en werkzaamheden verricht in België. Het systeem stond – staat – echter onder druk vanuit Europa. Recentelijk kwamen hier een aantal meer inhoudelijke maatregelen bij zoals een bijzondere antirechtsmisbruikbepaling met betrekking tot de aanwijzingsregels en de vraag naar de toepasselijke wetgeving in het kader van het Europese socialezekerheidsrecht, een bepaling die een verstrenging van het bestaande verbod op verboden terbeschikkingstelling instelde, een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen en een algemene antimisbruikbepaling.

Het zijn deze wetgevende initiatieven die we even onder de loep willen nemen, niet in het minst omdat de vraag kan rijzen of de Belgische wetgever in al zijn ijver misschien niet soms een stap te ver is gegaan en daarbij de grenzen van wat toelaatbaar is op Europees vlak heeft overschreden.

§ 2. Enkele Belgische maatregelen ter bestrijding van sociale fraude

I. De LIMOSA-meldingsplicht

A. Nationale sociale documenten, controlemaatregelen en meldingsplicht: Europa wikt en weegt

Om de controle op werknemers mogelijk te maken, heeft elke wetgever wel een aantal maatregelen genomen die inspectiediensten in staat moeten stellen om na te gaan of werknemers correct zijn aangegeven of dat de sociale bescherming van de werknemers correct wordt nageleefd. In België maakt men hierbij gebruik van een hele reeks sociale documenten, zoals de individuele rekening, het personeelsregister, het aanwezigheidsregister, het arbeidsreglement, de loonbriefjes enz.¹⁶ Zulke sociale documenten zijn voor de inspectie een onontbeerlijk middel om tot controle te kunnen overgaan. Maar het opleggen van deze verplichtingen aan buitenlandse werkgevers kan niet zomaar. Werknemers die tijdelijk naar België gedetacheerd worden door hun buitenlandse werkgevers kunnen immers niet worden gelijkgeschakeld met hier tewerkgestelde personen. Een buitenlandse gedetacheerde werknemer die hier werkzaamheden komt verrichten in het kader van de dienstverrichting van zijn werkgever, komt hier immers geen job zoeken waardoor hij de lokale arbeidsmarkt zou betreden¹⁷, maar

¹⁵ Zie Beleidsnota 2013 van de staatssecretaris voor de Strijd tegen Sociale en Fiscale Fraude.

¹⁶ Zoals bepaald in het KB nr. 5 van 1978 en 1980 inzake het bijhouden van sociale documenten.

¹⁷ Zie HvJ C-113/89, *Rush-Portuguesa*, Jur. 1990, I-1417 en HvJ C-43/93, *Vanler Elst*, Jur. 1994, I-3803.

voert alleen de diensten uit zoals deze hem door zijn werkgever worden opgedragen. Men bevindt zich dus als gedetacheerde werknemer in een verschillende situatie als de lokale werknemers en een volledige gelijkschakeling en gelijke behandeling inzake arbeidsvoorwaarden dient dan ook als een negatie van het vrij verkeer van dienstverrichting te worden beschouwd¹⁸. De rechtspositie van een gedetacheerde werknemer dient dan ook overeenkomstig het vrij verkeer van dienstverrichting te worden geïnterpreteerd. Hetzelfde geldt voor de vraag wie controle kan uitoefenen op buitenlandse gedetacheerde werknemers. Alhoewel overeenkomstig het Hof van Justitie dwingende redenen van algemeen belang die de materiële bepalingen van een regeling rechtvaardigen ook de controlemaatregelen rechtvaardigen die nodig zijn om de naleving ervan te verzekeren¹⁹, dienen deze nog steeds te geschieden in overeenstemming met de beginselen van het vrij verkeer van dienstverrichting, welke hierbij niet illusoir mogen worden gemaakt. Alle nationale controlemaatregelen dienen dan ook de toets van een mogelijke beperking van het vrij verkeer van dienstverrichting te doorstaan.

Dit leidt ertoe dat het opleggen van de verplichting aan buitenlandse werkgevers om dezelfde Belgische documenten op te stellen als lokale werkgevers hierbij zeker niet door de beugel kan. Een lidstaat mag de verrichting van diensten op zijn grondgebied immers niet afhankelijk stellen van de inachtneming van alle voorwaarden die voor vestiging gelden, omdat men daarmee de verdragsbepalingen die het vrij verkeer van diensten moeten verzekeren, ieder nuttig effect zou ontnemen²⁰. Dit zou immers extra administratieve en economische kosten en lasten met zich meebrengen. Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat om een controle te verrichten gekeken dient te worden naar de originele oorspronkelijke sociale documenten uit het land van oorsprong. Het Europese beginsel van wederzijdse erkenning verplicht de lokale inspectiediensten zich te baseren op de reeds bestaande verplichtingen en/of documenten in de lidstaat van vestiging van de werkgever-dienstverrichter. Het is echter wel niet in strijd met het vrij verkeer van dienstverrichting om gedurende de tewerkstelling in België bepaalde sociale en arbeidsdocumenten ter beschikking te houden van de inspectiediensten²¹. Dit gaat in het bijzonder om de arbeidsovereenkomst, de salarisstroken, de arbeidstijdoverzichten en de documenten waaruit de loonbetalingen blijken, daar deze niet alleen de vervulling van de controleopdracht door de nationale inspectiediensten vergemakkelijken, maar juist de uitvoering van de controles door deze autoriteiten in de praktijk mogelijk maken²².

De situatie verandert van zodra de activiteiten hier werden beëindigd, want dan mag men niet meer van de betrokkene verwachten hier sociale documenten te bewaren²³. Vanaf dat ogenblik dient men samen te werken met de buitenlandse inspectiediensten en over te gaan tot een uitwisseling van informatie, waarbij men zich dus baseert op de buitenlandse sociale documenten die in het land van vestiging van de werkgever werden opgesteld²⁴.

¹⁸ Y. JORENS, "Detachering en het individuele arbeidsrecht: een overzicht van enkele toepassingsproblemen" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 200 e.v.

¹⁹ HvJ C-113/89, *Rush-Portuguesa*, Jur. 1990, I-1417.

²⁰ HvJ C-76/90, *Sägher*, Jur. 1991, I-4221, overw. 13, bevestigd door o.m. HvJ C-205/84, *Duitse Verzekeringen*, Jur. 1986, 3755 en HvJ C-154/89, *Commissie v. Frankrijk*, Jur. 1991, I-659.

²¹ HvJ C-369/96 en 376/96, *Arblade Leloup*, Jur., 1999, I-8453.

²² HvJ C-490/04, *Commissie v. Duitsland*, Jur. 2007, I-6095, overw. 75. Dit is trouwens uitdrukkelijk bevestigd in het artikel 9 van het Voorstel voor een Handhavingsrichtlijn.

²³ HvJ C-369/96 en 376/96, *Arblade Leloup*, Jur., 1999, I-8453.

²⁴ Zoals ook bepaald in artikel 4 Detacheringsrichtlijn 96/71.

Nationale lidstaten komen hierdoor in een soort van spreidstand terecht waarbij lidstaten misschien wel worden aangemoedigd om samen te werken, net met het oog op het bestrijden van sociale fraude, maar tegelijkertijd zijn de lidstaten de mening toegedaan dat de instrumenten die ze hiervoor nodig hebben, geofferd lijken te worden op het altaar van het vrij verkeer van dienstverrichting en derhalve zodanig ontkleed worden dat men twijfels kan hebben in welke mate *überhaupt* nog wel maatregelen mogelijk zijn²⁵.

Om nu zulke controle op het naleven van de toepassing van de Belgische wetgeving op buitenlandse arbeidskrachten mogelijk te maken en daar het systeem van de Belgische sociale documenten de toets met het Europees vrij verkeer van dienstverrichting niet had doorstaan²⁶, stelde België – net zoals vele andere landen²⁷ – de LIMOSA-meldingsplicht in, die onze inspectiediensten alvast diende te informeren welke buitenlandse werkgevers wanneer activiteiten in België uitoefenen, zodanig dat op zijn minst controle kan worden verricht. Daarenboven wil men ook de grensoverschrijdende dienstverrichting in België vereenvoudigen door het opstellen van een soort algemeen register met informatie voor de betrokken inspectie- en overheidsdiensten, met opgave van verschillende documenten die betrekking hebben op grensoverschrijdende tewerkstelling²⁸. Ook buitenlandse werkgevers verkregen hierdoor een aantal voordelen daar ze onder bepaalde voorwaarden een vrijstelling krijgen voor het opstellen en bijhouden van bepaalde sociale documenten. Indien aan deze meldingsplicht is voldaan, genieten deze buitenlandse werkgevers – alsmede zij die vrijgesteld zijn van de LIMOSA-verplichting – gedurende een periode van 12 maanden een vrijstelling voor het opstellen van het arbeidsreglement, het personeelsregister en de regels voor de controle van de deeltijdse werknemers. Tevens is er een vrijstelling van het opstellen van de individuele rekening en de loonbrief, op voorwaarde dat vergelijkbare loondocumenten uit het land van herkomst worden voorgelegd²⁹. Er geldt tevens geen verplichting voor het permanent bijhouden van deze vergelijkbare documenten in die zin dat deze op verzoek van de inspectiediensten dienen te worden opgestuurd gedurende een periode van twee jaar. Na 12 maanden tewerkstelling in België dienen echter documenten naar Belgisch model te worden opgesteld. Een termijn die op zich al vragen oproept naar de conformiteit met het Europees recht³⁰.

Maar veel fundamenteeler is hier de vraag of een meldingsplicht zoals LIMOSA de welke duidelijk een administratieve maatregel uitmaakt, de toets met het Europees recht kan doorstaan en geen ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van dienstverrichting uitmaakt. Maakt deze 'foltermaatregel' geen extra belemmering uit voor de buitenlandse werkgevers³¹?

²⁵ Zie in die zin A. FRANKART, "Détaché du détachement des travailleurs ?", note sous l'arrêt Commission contre le Royaume de Belgique, CJE 19 décembre 2012, *Revue de droit pénal de l'entreprise* 2013, 86-108.

²⁶ Het Hof van Justitie was van oordeel dat de Belgische wetgeving inzake sociale documenten en betreffende het arbeidsreglement een beperking inhield op het vrij verrichten van diensten. België mocht derhalve het bijhouden van een arbeidsreglement, speciaal personeelsregister en individuele rekening niet opleggen aan buitenlandse werkgevers (HvJ C-369/96 en 376/96, *Arblade Leloup*, *Jur.*, 1999, I-8453).

²⁷ Gelijkaardige systemen bestaan in andere landen zoals bv. in Luxemburg de "Communication de détachement de salariés", in Nederland de "Notificatieplicht" of in Denemarken. Zo wijst de Commissie erop dat ze vandaag het Deense systeem (RUT) aan het onderzoeken zijn: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2bWQ%2bE-2013-008446%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2F%2FNL&language=NL.

²⁸ Zoals arbeidskaarten en arbeidsvergunningen, verblijfsvergunningen, detachingsformulieren enz.

²⁹ Zij die vrijgesteld zijn van LIMOSA (behoudens bij internationaal vervoer, initiële assemblage/installatie en dringende onderhouds- en herstellingswerken) moeten tevens geen vergelijkbare documenten voorleggen.

³⁰ Zie hierover ook F. VAN OVERMEIREN, "De LIMOSA-aanmeldingsplicht nationaal en Europeesrechtelijk gescand" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 468.

³¹ In de Duitse internetkrant Welt Online werd LIMOSA in 2010 vergeleken met een folterinstrument (das übelste bürokratische Folterinstrument der Belgier).

Nu was het niet de eerste keer dat het Hof van Justitie met zulke systemen werd geconfronteerd. Zo had het Hof van Justitie een Luxemburgse regeling³² die in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichters die werknemers onderdanen van een derde land in Luxemburg ter beschikking willen stellen, een individuele werkvergunning voorschrijft, in strijd beschouwd met het Unierecht³³. Een dergelijke controlemaatregel gebaseerd op administratieve vergunningen maakt dan ook een beperking uit en is geen passend middel om de sociale bescherming van deze werknemers te waarborgen³⁴. Maar en dit was belangrijk, het Hof gaf tevens aan dat de verplichting voor een dienstverrichter om de plaatselijke autoriteiten in kennis te stellen van de aanwezigheid van een of meer gedetacheerde werknemers, de vermoedelijke duur van die aanwezigheid en de dienst of diensten die de terbeschikkingstelling nodig maakt of maken, een even doeltreffende en minder beperkende maatregel is dan de vergunningsvereiste³⁵. Waar een vergunning de evenredigheidstoets niet doorstaat, kan een aanmeldingsplicht dit wel. Hierbij had het Europees Hof van Justitie dus een soort van aversie ontwikkeld voor al wat lijkt op een vergunning, zijnde een administratieve procedure die de uitoefening van een bepaalde activiteit afhankelijk stelt van een of andere voorafgaandelijke handeling door de bevoegde autoriteiten vooraleer de betrokken dienstverrichter activiteiten kan verrichten³⁶. Aanmelding wil zeggen dat men alleen een identificatie wil mogelijk maken van wie waar werkt om zo nadien controle mogelijk te maken. Maar het spreekt voor zich dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om een gewone aanmelding te onderscheiden van een 'verborgen' vergunning. De grote vraag is dus of LIMOSA eerder iets wegheeft van een vergunning of van een zuivere aanmeldingsplicht?

B. De LIMOSA-regeling in strijd met het Europees recht

1. Een gerechtvaardigde maar onevenredige maatregel

Het is wellicht bekend dat de Europese Commissie alvast van oordeel was dat de LIMOSA-regeling, zoals die gold voor zelfstandigen, niet in overeenstemming was met het Europees gemeenschapsrecht en België voor het Hof van Justitie daagde. De regeling van zelfstandigen verschilt daarin van deze van de werknemers. De regeling van zelfstandigen houdt op het eerste gezicht een discriminerende behandeling in³⁷,

³² De Luxemburgse regeling vereiste dat bij aanvraag van een collectieve werkvergunning sprake moest zijn van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, die sinds ten minste zes maanden tussen de betrokken werknemers en de onderneming van herkomst moeten zijn afgesloten, juist omdat men hiermee wilde vermijden dat werknemers uit derde landen door middel van preciaire overeenkomsten en lage lonen worden uitgebuit en er dus sociale dumping zou optreden.

³³ Dit had het Hof trouwens reeds eerder bepaald in het arrest van 9 augustus 1994, in de zaak HvJ C-43/93, *Vander Elst*, *Jur.*, 1994, I-3803.

³⁴ HvJ C-445/03, *Commissie v. Luxemburg*, *Jur.*, 2004, I-10191, overw. 50; HvJ C-244/04, *Commissie v. Duitsland*, *Jur.*, 2006, 885, overw. 64.

³⁵ HvJ C-445/03, *Commissie v. Luxemburg*, *Jur.*, 2004, I-10191, overw. 31.

³⁶ V. HATZOPOULOS, "Arrêt 'Commission c. Belgique' (Limosa): une exigence de déclaration peut-elle constituer une entrave à la libre prestation de services?", *JDE* 2013, 99. Zie trouwens ook r.o. 39 van de Dienstenrichtlijn 2006/123, waar wordt gesteld dat een vergunning niet alleen hoeft gebaseerd te zijn op een formeel besluit, maar ook stilzwijgend kan worden verleend, doordat bijvoorbeeld niets van de bevoegde instantie wordt vernomen of de betrokkene moet wachten op een bevestiging dat zijn verklaring is ontvangen voordat hij zijn activiteit kan aanvangen of legaal kan verrichten. Onder vergunningen worden dus ook verklaringen verstaan die gepaard gaan met een procedure van ontvangst of aanvaarding door de bevoegde autoriteiten.

³⁷ Reeds eerder had het Hof van Justitie geoordeeld dat een Duitse regeling, waarbij alleen in het buitenland gevestigde uitzendbureaus de verplichting hadden om de detachering van een werknemer, de plaats van tewerkstelling en de aanvang en het einde van de detachering te melden, terwijl in Duitsland gevestigde uitzendbureaus deze verplichting niet kenden, een discriminatie inhoudt die verboden is door het Europees recht (zie HvJ C-490/04, *Commissie v. Duitsland*, *Jur.*, 2007, I-6095).

aangezien er immers geen LIMOSA-achtige verplichting bestaat voor in België gevestigde zelfstandigen die hun diensten aanbieden op de Belgische markt. In België gevestigde zelfstandigen moeten immers op geen enkele wijze bij het verrichten van een dienst melding doen³⁸. Buitenlandse zelfstandigen kennen dus een bijkomende verplichting. Dit geldt niet voor de LIMOSA-verplichting voor werknemers. Belgische werkgevers kennen immers de verplichting om hun werknemers voorafgaand aan hun tewerkstelling te melden ingevolge de DIMONA-wetgeving³⁹. Omdat buitenlandse ondernemingen die werknemers detacheren niet aan de Belgische sociale zekerheid zijn onderworpen, worden zij vrijgesteld van deze DIMONA-verplichting. In dat opzicht zou men de LIMOSA-meldingsplicht kunnen vergelijken met de DIMONA-verplichting⁴⁰.

Volgens het Hof is er echter geen discriminerende behandeling omdat er pas sprake is van discriminatie wanneer gelijke situaties verschillend worden behandeld of verschillende situaties gelijk worden behandeld. In het binnenland gevestigde dienstverrichters die daar permanent diensten verrichten, bevinden zich in een objectief verschillende situatie van dienstverrichters die in het buitenland gevestigd zijn en tijdelijk in België diensten komen verrichten⁴¹. Maar maakt deze verplichting geen belemmering uit?

De zaak spitst zich dan ook snel toe op de vraag of er een belemmering is en op de toepassing van de 'rule of reason' als rechtvaardigingsgrond. Daar een buitenlandse zelfstandige als een gevolg van deze verplichting een aantal formaliteiten heeft te vervullen (zoals registreren, aanmelden en bepaalde gegevens invullen), maakt dit het volgens het Hof voor de betrokkene moeilijker om hier werkzaamheden te verrichten, wat een belemmering uitmaakt.

Dat onder een LIMOSA-verklaring de procedure vrij snel (deze formaliteiten vragen slechts 20 tot 30 minuten per jaar) en gratis via elektronische weg verloopt of de bevestiging van ontvangst zelfs op een geautomatiseerde wijze geschiedt, staat volgens het Hof van Justitie deze conclusie niet in de weg. Het feit dat hierop strafsancities staan wanneer men deze verplichting niet nakomt, is een extra bezwarend element⁴². Deze conclusie is niet verrassend, niet in het minst omdat de Belgische wetgever bij het instellen van LIMOSA incoherent is geweest. LIMOSA kende immers ook een systeem van vereenvoudigde aanmelding⁴³, waardoor men zich vragen kan stellen omtrent de noodzakelijkheid van het normale systeem van aanmelding en men dus al impliciet aangaf dat we te maken hadden met een administratieve belemmering.

België diende dan ook op zoek te gaan naar een rechtvaardigingsgrond. Drie redenen worden hierbij aangehaald. De eerste houdt verband met de voorkoming van oneer-

³⁸ De enige verplichting die een zelfstandige heeft, is zich initieel inschrijven als zelfstandige.

³⁹ De DIMONA-wetgeving geldt alleen voor werknemers die onderworpen zijn aan de Belgische sociale zekerheid.

⁴⁰ Zie hierover ook F. VAN OVERMEIREN, "De LIMOSA-aanmeldingsplicht nationaal en Europeesrechtelijk gescand" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 476-479. Alhoewel men eerlijkheidshalve dient op te merken dat deze vergelijking niet volledig opgaat, daar de DIMONA slechts bij aanvang van de tewerkstelling van een nieuwe werknemer dient te geschieden, terwijl LIMOSA in principe – met uitzondering van het systeem van algemene melding – bij elke dienstverrichting dient te geschieden.

⁴¹ Zie HvJ C-577/10, *Commissie v. België*, 19 december 2012, onuitg., overw. 47; zie trouwens ook HvJ C-49/98, C-50/98, C-52/98 tot C-54/98 en C-68/98 tot C-71/98, *Finalarte*, Jur. 2001, I-7831.

⁴² HvJ C-577/10, *Commissie v. België*, 19 december 2012, onuitg., overw. 39-41.

⁴³ In het KB van 20 maart 2007 (BS 28 maart 2007) werden enkele activiteiten vrijgesteld van de meldingsplicht. Hierin wordt uitdrukkelijk bepaald dat dit diende te gebeuren "aangezien dit voor deze personen zou leiden tot een onevenredig zware verplichting die administratieve complicaties veroorzaakt die het vrij verkeer kunnen belemmeren."

lijke concurrentie, gezien in haar sociale context, waarvan de bestrijding van sociale dumping een deelaspect vormt. De tweede wijst op de vrijwaring van het financiële evenwicht van de sociale zekerheid en met de noodzaak fraude te voorkomen en misbruik te bestrijden, inzonderheid door de strijd aan te gaan tegen schijnzelfstandigheid. De derde ten slotte kijkt naar de noodzaak om de bescherming van de zelfstandigen zelf, hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden en met name hun gezondheid en veiligheid te verzekeren, in samenhang met de voorschriften van de Europese Unie.

Met deze rechtvaardigingsgronden heeft het Hof weinig moeilijkheden. Niet onbelangrijk is dat het Hof opmerkt dat de doelstelling van bestrijding van fraude, met name sociale fraude, en van voorkoming van misbruik, met name schijnzelfstandigheid en zwartwerk, niet alleen met de doelstelling van vrijwaring van het financiële evenwicht van de sociale zekerheidsstelsels kan samenhangen, maar ook met de doelstellingen van voorkoming van oneerlijke concurrentie en sociale dumping, alsmede de bescherming van werkende, daaronder begrepen zelfstandige dienstverrichters⁴⁴. Het spreekt dan ook voor zich dat binnen bepaalde grenzen de lidstaat van bestemming het recht heeft om maatregelen te nemen ter voorkoming dat het vrij verkeer van dienstverrichting voor fraude wordt gebruikt⁴⁵. Het probleem vormt dan ook niet de verplichting van een LIMOSA-verklaring, maar wel de wijze waarop België deze verplichting heeft gemoduleerd. Hiermee wordt de vraag gesteld naar de evenredigheid van deze verklaring. Het Hof is hierin vrij scherp. Het Hof verklaart immers dat de regeling haar doel voorbijschiet en België niet voldoende aantoonde – de advocaat-generaal meldt dat België niet de minste toelichting heeft gegeven⁴⁶ – dat deze meldingsplicht helpt om de doelstellingen ervan te realiseren. De Belgische regering wordt een zekere onzorgvuldigheid verweten omdat men geen bewijs kan voorleggen van de fraude die men wil bestrijden via LIMOSA en waarom men dus een controle *a posteriori* vereist. De genomen maatregel is immers te algemeen. Het Hof had er al eerder op gewezen dat een algemeen vermoeden van fraude (schijnzelfstandigheid) op zich immers geen beperkende maatregel rechtvaardigt⁴⁷. Zo is de betrokken meldingsplicht immers niet beperkt tot die gevallen waarin redenen zijn om te controleren of de fiscale en sociale verplichtingen in België zijn nagekomen. Het systeem van LIMOSA dient dan ook voldoende duidelijk en concreet te zijn, en beperkt tot die situaties en hypothesen waarbij het noodzakelijk is om te controleren dat de betrokkene een dienst verleent die onderworpen is aan de belastingen en socialezekerheidsverplichtingen van België.

De moeilijkheid met deze redenering is wel dat het uitvoeren van een controle op de schijnzelfstandigheid, nochtans een van de door het Hof erkende doelstellingen van LIMOSA, alleen maar kan worden uitgeoefend op het Belgisch grondgebied. In geval van een situatie van schijnzelfstandigheid, zou men juist geherkwalificeerd worden als een werknemer en dus onderworpen zijn aan het Belgisch sociaal recht. Is het immers mogelijk om *a priori* een onderscheid te maken tussen een groep van buitenlandse dienstverleners die wel en die niet aan de Belgische sociale wetgeving is onderworpen en is deze maatregel dan toch niet doelmatig? België had echter on-

⁴⁴ HvJ C-577/10, *Commissie v. België*, 19 december 2012, onuitg., overw. 45.

⁴⁵ Zie de conclusie van advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON in de zaak HvJ C-577/10, *Commissie v. België* (de LIMOSA-verklaring), overw. 32.

⁴⁶ Conclusie advocaat-generaal P. CRUZ VILLALON in de zaak HvJ C-577/10, *Commissie v. België* (de LIMOSA-verklaring), overw. 61.

⁴⁷ Zie ook bv. HvJ C-255/04, *Commissie v. Frankrijk*, Jur. 2006, I-5251; HvJ C-433/04, *Commissie v. België*, Jur. 2006, I-10653.

voldoende aangetoond dat deze doelstelling de noodzaak van een LIMOSA-melding vereist. In dit verband is het bv. interessant te wijzen op de grote verschillen in cijfers tussen het aantal meldingen via LIMOSA en het aantal detachingsverklaringen (A1-formulier) van naar België uitgezonden personen. In 2011 bv. ontving België een totaal van ongeveer 338.000 LIMOSA-meldingen⁴⁸ terwijl maar een 125.000 A1-detachingsformulieren werden afgeleverd voor naar België gestuurde personen⁴⁹. De cijfers tonen hierbij ook grote verschillen aan tussen de landen van waaruit deze zijn gestuurd⁵⁰.

De Europese Commissie had in haar klacht een aantal alternatieve Europese maatregelen opgesomd, die op een minder beperkende wijze de doelstellingen van LIMOSA zouden kunnen realiseren⁵¹. Verschillende van deze alternatieve maatregelen dienen de harmonisatie op Europees niveau te vervolledigen, maar geen enkele van deze maatregelen sluit volgens het Hof als dusdanig een unilateraal handelen door de Belgische regering uit.

2. Een gepast antwoord van België?

Als een gevolg van deze veroordeling schorste de Belgische regering de LIMOSA-verplichting voor zelfstandigen in afwachting van een wijziging van de Belgische regelgeving. Deze nieuwe regeling werd ingevoerd bij het koninklijk besluit van 19 maart 2013⁵². Dit koninklijk besluit wil op alle opmerkingen van het Hof van Justitie een antwoord bieden en daarom verdient het ook een aanbeveling om het verslag aan de Koning voor te lezen. Bij elke wijziging van artikel van de programmawet die destijds de LIMOSA-meldingsplicht invoegde, werd telkens uitvoerig aangehaald waarom men bepaalde gegevens opvraagt in deze verklaring en in welke mate deze beantwoorden aan de doelstellingen van algemeen belang die door België werden ingeroepen en in principe ook als gerechtvaardigd door het Hof werden beschouwd. De tekst leest daarom als een soort bede om het nieuwe systeem nu conform met het EU-recht te verklaren en een tweede inbreukprocedure te vermijden⁵³. Men heeft met deze wijziging aan de LIMOSA-aangifte niet alleen een direct antwoord geboden op het arrest van het Hof van Justitie, dat alleen zelfstandigen beoogde, maar ook een regeling uitgewerkt die gevolgen heeft voor gedetacheerde werknemers. Zo dienen een aantal gegevens niet langer meegedeeld te worden voor een gedetacheerde zelfstandige, alsook voor een gedetacheerde werknemer, al zullen deze laatste wel nog meer gegevens dienen mee te delen dan de zelfstandigen. Zo worden onder meer

⁴⁸ Zie *Jaarverslag RSZ 2011*: wel dient opgemerkt te worden dat LIMOSA-meldingen in principe ook gelden voor dienstverrichters gevestigd buiten de EU. Deze aantallen mogen echter als gering worden beschouwd.

⁴⁹ Zie *Rapport van de Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende personen (CASSTM) nr. 512/12 van 14 december 2012*.

⁵⁰ Wat LIMOSA bv. betreft, komen de meeste meldingen uit Nederland (89.846), Polen (57.629) en Duitsland (37.975). De cijfers van de A1-formulieren geven het volgende resultaat (weliswaar voor 2010 (in dat jaar werden in totaal 90.540 gedetacheerden naar België gestuurd): Frankrijk 21.149 A1-formulieren, Polen 19.157, Duitsland 15.373, Luxemburg 10.748 en Nederland 5.625.

⁵¹ Het gaat hierbij om een aantal e-tools, zoals bv. het IDABC-systeem in verband met erkenning van beroepskwalificaties; het beginsel van administratieve samenwerking zoals verwoord in artikel 4 van de Detachingsrichtlijn en EESSI in het kader van de Europese coördinatieverordeningen inzake sociale zekerheid.

⁵² Zie KB 19 maart 2013, BS 27 maart 2013.

⁵³ Zo wijst men erop dat de identificatiegegevens van de werknemer en van de werkgever de essentie zijn van de meldingsplicht, omdat juist de arbeidsrelatie het voorwerp van controle uitmaakt. De identificatiegegevens van de gebruiker, de voorziene begin- en einddatum van de detachering en de plaats waar de arbeidsprestaties worden geleverd, zijn dan weer noodzakelijk om de betrokken gedetacheerde werknemers te kunnen lokaliseren en derhalve te kunnen controleren. De vermelding of men al dan niet als uitzendkracht wordt gedetacheerd, wil dan weer de precieze arbeidsrelatie van deze bijzondere groep van werknemers beschermen.

geschrapd als gegevens: het nationaal identificatienummer in het land van oorsprong, de soort diensten verricht in het kader van de dienstverrichting (voor werknemers en zelfstandigen); de wekelijkse arbeidsduur (voor werknemers), het btw-nummer in het land van oorsprong of ondernemingsnummer of de identificatiegegevens i.v.m. de lasthebber en gebruiker (voor zelfstandigen).

Een tweede wijziging is dat het verschil van gegevens die men dient mee te delen tussen een vereenvoudigd systeem en een normaal systeem van LIMOSA, dat zwaar bekritiseerd werd door het Hof van Justitie, niet meer bestaat. Men heeft de vereenvoudigde melding afgeschaft, waarbij voor gedetacheerde werknemers of zelfstandigen die regelmatig werkzaamheden uitoefenen in België en in een of meer andere landen, de mogelijkheid wordt behouden tot een eenmalige melding voor 12 maanden, wat telkenmale voor 12 maanden kan verlengd worden. De bouw- en interimsector kunnen hier echter geen gebruik van maken. Het nieuwe systeem is opnieuw in werking vanaf 1 juli 2013, wanneer de schorsing ophoudt te bestaan. Een wijziging die ook nog werd doorgevoerd, is dat er geen beperking meer is in de tijd om een LIMOSA-aanmelding te annuleren⁵⁴.

Of de nieuwe LIMOSA-verplichting voor zelfstandigen nu wel de evenredigheids-toets doorstaat, wordt op dit ogenblik verder onderzocht door de Europese Commissie⁵⁵. Belangrijk is hierbij dat België er voornamelijk dient over te waken dat men niet van een dienstverrichter te gedetailleerde informatie mag eisen, maar alleen die informatie specifiek bedoeld voor de voorziene doelstellingen⁵⁶. Veel moeilijker blijft echter de fundamentele opmerking van het Hof dat een algemeen vermoeden van fraude – de betrokken meldingsplicht is immers niet beperkt tot die gevallen waarin er reden is om te controleren of de fiscale en sociale verplichtingen in België zijn nagekomen – op zich immers geen beperkende maatregel rechtvaardigt. Hiervoor biedt de vernieuwde Belgische regeling geen oplossing. Dit zou wel eens tot de conclusie kunnen leiden dat de Belgische regeling überhaupt moeilijk de toets van de conformiteit met het Europees recht kan doorstaan.

Ook voor werknemers stelt zich de vraag naar de conformiteit met het Europees recht, een vraag die voornamelijk wederom een vraag naar proportionaliteit zal zijn⁵⁷. Een groot verschil tussen de buitenlandse werknemer en een zelfstandige is dat een zelfstandige niet valt onder Detachingsrichtlijn 96/71. Werknemers daarentegen vallen dus wel onder grote delen van het Belgische arbeidsrecht als gevolg van de minimumnormen zoals neergelegd in de Detachingsrichtlijn 96/71. Vanuit dit oogpunt kan het, indien men de naleving van deze minimumnormen wil nastreven, niet anders dan dat men op de hoogte is van wie waar en wanneer werkzaamheden in België verricht.

⁵⁴ Vroeger werd bepaald dat deze annulering uiterlijk vóór het einde van de eerste kalenderdag die overeenkomt met de begindatum van de gemelde detachering diende te gebeuren. In de naaste toekomst zal men trouwens de LIMOSA-melding voor stagiairs afschaffen.

⁵⁵ Zie het antwoord van commissaris BARNIER van de Europese Commissie op 4 september 2013 op een vraag gesteld in het Europees Parlement op 11 juni 2013: www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTTEXT%2bWQ%2bE-2013-008446%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2F%2FNL&language=NL.

⁵⁶ Zie M. MORSA, "La déclaration LIMOSA pour indépendants incompatible avec la libre prestation de services: stop ou encore?", observation sous CJUE 19 december 2012, *JTT*, 44-46. Dit was vroeger zeker niet altijd het geval. Zo vereiste de LIMOSA-regeling voor werknemers dat naast de identificatiegegevens van de werknemers, de begindatum en duur van de detachering tevens worden vermeld: de plaats waar de arbeidsprestaties worden geleverd, de identificatiegegevens betreffende de werkgever en deze van de Belgische gebruiker, het soort diensten verricht in het kader van de detachering, maar ook de wekelijkse arbeidsduur en het werkrooster werden opgevraagd.

⁵⁷ Zie M. MORSA, "La déclaration LIMOSA pour indépendants incompatible avec la libre prestation de services: stop ou encore?", observation sous CJUE 19 december 2012, *JTT*, 44.

Om die reden kan LIMOSA als een noodzakelijk systeem van voorafgaandelijke melding en verklaring worden beschouwd⁵⁸. Maar ook hier geldt wel de voorwaarde dat de maatregel evenredig dient te zijn en dat het duidelijk dient te worden geformuleerd welke informatie absoluut noodzakelijk is om de betrokken doelstelling te realiseren. Misschien kan men zich hierbij wel laten leiden door het voorstel van Handhavingsrichtlijn dat enkele controlemaatregelen opsomt die lidstaten van ontvangst kunnen opleggen en waarbij onder meer wordt vermeld een verklaring ten laatste bij aanvang van de dienstverrichting dat men werkzaamheden gaat uitoefenen in het land van ontvangst met opgave van de identiteit van de dienstverrichter, de aanwezigheid van identificeerbaar gedetacheerde werknemers, hun aantal, de duur en plaats van hun aanwezigheid en de diensten die zullen verricht worden⁵⁹.

Met het KB van 19 maart 2013 werden dan ook de gegevens die men vereist van werknemers, gewijzigd, al worden hierbij de meeste gegevens nog behouden. Er worden maar een aantal aspecten weggelaten. Men zal dan elke keer dienen na te gaan of de opgevraagde gegevens in overeenstemming zijn met de doelstelling van de regeling. Zo heeft men in het KB besloten om de werkroosters die dienen om controle op de reglementering inzake arbeidsduur mogelijk te maken, te behouden met als argument dat in ruil hiervoor buitenlandse dienstverrichters geen arbeidsreglement moeten opstellen. Volgens de Belgische wetgeving dienen deze werkroosters immers te worden opgenomen in het arbeidsreglement. Door nu aan buitenlandse dienstverrichters te vragen alleen een werkrooster op te stellen, gaat men ervan uit dat er hierdoor geen onevenredige beperking op het vrije dienstenverkeer ontstaat. Nochtans kan men zich afvragen of hiermee wel alle bedenkingen zijn weggenomen. Werkroosters hebben zeker niet als eerste doelstelling de identificatie van buitenlandse dienstverrichters mogelijk te maken, maar beogen eerder de arbeidsvoorwaarden bij de uitvoering van het werk te controleren, wat wel eens een stap te ver zou kunnen gaan. Men beperkt zich immers niet tot een loutere identificatie, maar gaat al over tot een controle. Daarbovenop verplicht de LIMOSA-wetgeving dat ook de gebruiker of iedere persoon bij wie of voor wie door gedetacheerde werknemers of zelfstandigen, rechtstreeks of in onderaanneming werkzaamheden verricht worden, de melding doet indien de meldingsplichtige geen ontvangstbewijs kan voorleggen. Omtrent de conformiteit van deze sanctieregeling, heeft de correctionele rechtbank van Mechelen onlangs aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld naar de conformiteit met het Europees vrij verkeer van dienstverrichting. Men zou eventueel kunnen opmerken dat de gebruiker door enerzijds de verplichtingen die op hem rust en anderzijds de hieraan gekoppelde sancties, er eventueel zelf van zou worden weerhouden op een buitenlandse dienstverrichter een beroep te doen⁶⁰.

II. Strijd tegen detachingsfraude: de antimisbruikbepaling

A. De juridische waarde van het A1-formulier

Als er één formulier bekend is bij buitenlandse werkgevers en werknemers, is het wel het A1-formulier dat aanduidt welke socialezekerheidswetgeving op iemand van

⁵⁸ Zie de conclusie van advocaat-generaal CRUZ VILLALON in de zaak HvJ 77/10, *Commissie v. België* (de LIMOSA-verklaring), r.o. 57.

⁵⁹ Deze opsomming doet twijfel ontstaan over de conformiteit met het Europees recht van het LIMOSA-systeem voor werknemers (zie verder).

⁶⁰ Zie HvJ C-384/93, *Alpine Investments, Jur.* 1995, I-1141. (In dit geval werd een dienstverrichter belemmerd om in het buitenland zijn diensten aan te bieden, terwijl men hier omgekeerd eigenlijk diensten niet zou kunnen importeren.)

toepassing is. Voor velen wordt dit formulier aangezien voor een soort vrijbrief die ertoe leidt dat men niet onderworpen wordt aan de Belgische sociale zekerheid. Het A1-formulier toont immers aan waar iemand verzekerd is, wat tevens impliceert dat andere lidstaten de betrokkene niet mogen onderwerpen aan hun sociale zekerheid⁶¹. Veelvuldig wordt dit formulier gebruikt in detacheringssituaties, waarbij dus iemand onder bepaalde voorwaarden verder onderworpen blijft aan de wetgeving van de uitzendstaat en dus niet aan de wetgeving van het land van tijdelijke tewerkstelling, zoals België⁶².

Hierbij mag bv. niet uit het oog worden verloren dat een dergelijke verklaring inzake tewerkstelling geen constitutieve voorwaarde is en dus eigenlijk geen rechten scheidt. Zo sluit de afwezigheid van een formulier of een ongeldig formulier op zich niet uit dat bv. de detachingsbepalingen van toepassing zouden zijn. Het is immers perfect mogelijk dat een verklaring inzake toepasselijke wetgeving, alhoewel dit natuurlijk niet de voorkeur geniet, niet slechts vóór de aanvang van de werkzaamheden wordt afgeleverd, maar gevraagd wordt tijdens de werkzaamheden of zelfs nadat deze werden beëindigd. Dergelijke verklaringen kunnen immers met terugwerkende kracht worden afgeleverd⁶³. De afwezigheid van zo een verklaring sluit dus niet uit dat een ontvangststaat andere bewijselementen dient te aanvaarden op basis waarvan een rechtsgeldige detachering aangetoond kan worden⁶⁴.

Soms zullen inspectiediensten dan ook bij een controle vaststellen dat iemand niet in het bezit is van een detachingsformulier, maar betrokkene toch niet kunnen onderwerpen aan de Belgische sociale zekerheid omdat hij/zij achteraf een A1-formulier aflevert. Maar veelvuldig is ook de situatie waarbij men geconfronteerd wordt met verkeerd, niet volledig of zelfs foutief ingevulde formulieren⁶⁵. Zo heeft iemand bv. op het formulier gemeld dat hij/zij zichzelf als zelfstandige detacheert maar is men in België van oordeel dat we te maken hebben met een werknemer/werkneemster. Of men is in België de mening toegedaan dat de detachingsvoorwaarden niet vervuld zijn, maar stelt vast dat betrokkene toch in het bezit is van een A1-formulier dat door de uitzendende staat werd afgeleverd maar waarbij de bevoegde instanties in de uitzendende staat geen controle hebben kunnen uitvoeren en ze zich misschien hebben gebaseerd op de goede trouw van de werkgever.

De grote vraag is immers of de bevoegde inspectiediensten in de ontvangststaat een detachingsverklaring zomaar naast zich mogen neerleggen. Heeft deze verklaring met andere woorden een bindende werking? Deze vraag werd duidelijk beantwoord door het Hof van Justitie door te stellen dat deze verklaring bindend is voor de organen van de tijdelijke werkstaat en dat deze juridisch verbindende werking alleen kan

⁶¹ Op een A1-verklaring worden vermeld: de gegevens van werknemer en werkgever, de geldigheidsperiode en de tewerkstellingsplaatsen of lidstaten waar gewerkt wordt.

⁶² Zie art. 12 Verordening nr. 883/2004. Deze voorwaarden behelzen in het bijzonder dat betrokkene onderworpen is aan de wetgeving van de uitzendstaat, het bestaan van een organische band tussen de werknemer en de uitzendende onderneming, dat de uitzendende onderneming gevestigd is in de uitzendstaat, dat de uitzending tijdelijk is en dat men niet ter vervanging van een ander persoon wordt uitgestuurd: voor een uitvoerige bespreking van deze voorwaarden verwijzen we naar Y. JORENS, "Detachering en sociale zekerheid: het juridisch kader" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 15 e.v.

⁶³ HvJ C-178/97, *Banks, Jur.* 2000, I-2005, overw. 52-53.

⁶⁴ Voor een voorbeeld i.v.m. zeelieden, zie advies nr. 3/04 (*Athanasios e.a.*) van het EVA-Hof.

⁶⁵ Zie hierover bv. B. DE PAUW, "Op zoek naar de grenzen van de rechtskracht van het E101-formulier: loyale samenwerking of wurggreep?" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 406 e.v.

worden opgeheven door de intrekking van dit (toen E101-formulier en nu) A1-formulier door het orgaan dat het formulier heeft afgegeven of – eventueel in een verdere fase – door de ongeldigverklaring ervan door het Hof van Justitie. De basis voor deze argumentatie vindt men terug in het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in (art. 5 EG-Verdrag en nu) art. 4 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, dat het bevoegde orgaan verplicht de feiten die voor de toepassing van de regels betreffende de vaststelling van de geldende socialezekerheidsregeling relevant zijn, juist te beoordelen en derhalve de juistheid van de gegevens in de A1-verklaring te garanderen⁶⁶. Een detachingsverklaring leidt derhalve tot een quasi onweerlegbaar vermoeden dat de detachingsvoorwaarden vervuld zijn. Dit werd ook gebetonneerd in de Toepassingsverordening 987/2009⁶⁷. Trouwens niet alleen de bevoegde socialezekerheidsinstellingen zijn hierdoor gebonden, doch ook de rechterlijke instanties van deze lidstaten⁶⁸. Als men deze redenering van het Hof doortrekt, mag het hierbij geen verschil uitmaken of de misschien gereede twijfels die men heeft in verband met het afgeleverde formulier nu voortvloeien uit interpretatieverschillen tussen betrokken instellingen dan wel of de aflevering van het detachingsformulier gebaseerd is op manifest onjuiste gegevens, zoals bv. verkeerde woonplaats van de werknemer of de vermelding van de plaats van de werkgever. Ook dan kan een lidstaat van ontvangst niet eenzijdig overgaan tot het heffen van bijdragen. Zelfs in geval van aflevering van een formulier gebaseerd op een kennelijke vergissing of verkregen door fraude, was advocaat-generaal Jacobs er n.a.v. de zaak-Fitzwilliam van overtuigd dat ook in die gevallen dit formulier niet eenzijdig mag worden genegeerd en contact moet worden opgenomen met de bevoegde autoriteiten in de uitzendstaat. In dergelijke gevallen mag men er immers van uitgaan dat de bevoegde instanties in de uitzendstaat er geen moeite mee hebben om het in te trekken⁶⁹. De hele procedure legt dus de verantwoordelijkheid bij de uitzendstaat. Indien beide administraties trouwens niet tot een gemeenschappelijk akkoord komen, is het eigenlijk aan de rechterlijke macht van de uitzendstaat om uitspraak te doen en niet aan de rechter van de ontvangstaat⁷⁰. Het wordt dus aan de uitzendstaat overgelaten om een A1-formulier in te trekken en men dient dus als Belgische inspectie met de buitenlandse bevoegde instellingen in contact te treden. Hiervoor werd een dialoog- en bemiddelingsproce-

⁶⁶ HvJ C-202/97, *Fitzwilliam*, Jur. 2000, I-883, overw. 51.

⁶⁷ Zie art. 5 Verordening nr. 987/2009: "De door het orgaan van een Lid-Staat voor de toepassing van de basisverordening en de toepassingsverordening afgegeven documenten over iemands situatie en de bewijsstukken op grond waarvan de documenten zijn afgegeven, zijn voor de organen van de andere lidstaten bindend zolang de documenten of bewijsstukken niet door de Lid-Staat waar zij zijn afgegeven, zijn ingetrokken of ongeldig verklaard. Bij twijfel omtrent de geldigheid van het document of de juistheid van de feiten die aan de vermeldingen daarin ten grondslag liggen, verzoekt het orgaan van de Lid-Staat dat het document ontvangt, het orgaan van afgifte om opheldering en eventueel om intrekking van het document. Het orgaan van afgifte heroverweegt de gronden voor de afgifte van het document en, indien noodzakelijk, de intrekking van het document. Overeenkomstig lid 2, wordt, bij twijfel omtrent de geldigheid van het document of ondersteunend bewijs of de juistheid van de feiten die aan de vermeldingen daarin ten grondslag liggen, voor zover dit mogelijk is, de noodzakelijke verificatie van deze informatie of dit document op verzoek van het bevoegde orgaan uitgevoerd door het orgaan van de woon- of verblijfplaats. Worden de betrokken organen het niet eens, dan kan door de bevoegde autoriteiten de zaak aan de Administratieve Commissie worden voorgelegd, zulks op zijn vroegst één maand na de datum waarop het orgaan dat het document heeft ontvangen zijn verzoek heeft ingediend. De Administratieve Commissie tracht binnen zes maanden na de datum waarop de zaak aan haar is voorgelegd, een voor beide zijden aanvaardbare oplossing te vinden."

⁶⁸ HvJ C-2/05, *Herbosch Kiere*, Jur. 2006, I-1079, overw. 30-33.

⁶⁹ Conclusie van de advocaat-generaal in HvJ C-202/97, *Fitzwilliam*, Jur. 2000, I-883, overw. 58. Advocaat-generaal Lenz heeft hierover meer bedenkingen. In zo een geval zou het formulier geen voorrang mogen hebben op de bepalingen van de socialezekerheidsverordeningen (zie concl. advocaat-generaal Lenz in HvJ C-425/93, *Callie Grenzshop*, Jur. 1995, 269, overw. 63).

⁷⁰ HvJ C-202/97, *Fitzwilliam*, Jur. 2000, I-883, overw. 58; HvJ C-178/97, *Banks*, Jur. 2000, I-2005, overw. 45; HvJ C-2/05, *Herbosch Kiere*, Jur. 2006, I-1079, overw. 29.

dure ingesteld⁷¹. Het hoeft derhalve niet te verwonderen dat deze onmogelijkheid om de A1-formulieren eenzijdig in te trekken (en dus eventueel tot een herkwalificatie over te gaan) zonder de lange en trouwens onzekere weg te volgen van gezamenlijk overleg met de uitzendstaat, tot heel wat frustratie leidt. Het valt hierbij trouwens op dat een herkwalificatie van het statuut van de gedetacheerde persoon wel mogelijk is onder de arbeidsrechtelijke Detacheringsrichtlijn 96/71/EG. Volgens de Detacheringsrichtlijn wordt het begrip 'werknemer' immers bepaald door het recht van de lidstaat waar de werknemer is gedetacheerd⁷² en het is de bevoegde instanties van het land van ontvangst dan ook toegestaan om de aan betrokkene toegekende kwalificatie in het land van de uitzendende werkgever eenzijdig te herkwalificeren.

B. Het antwoord van België: een specifieke antimisbruikbepaling voor detacheringen

Er ontstaat dan ook een grote noodzaak om te komen tot een verregaande samenwerking tussen de inspectiediensten met het oog op het bestrijden van deze socialezekerheidsfraude. Maar de Belgische wetgever heeft echter besloten niet te wachten tot Europa mogelijke maatregelen zou nemen, en zelf op te treden⁷³. De programmawet van 27 december 2012 stelde daarom een bijzondere antifraudemaatregel in die België eenzijdig toestaat om een detachingsverklaring in te trekken, zich hierbij basierend op de rechtsfiguur van misbruik⁷⁴. Men heeft hierbij gekozen om fraude te bestrijden door een beroep te doen op de rechtsfiguur van het misbruik. Er is 'sprake van misbruik met betrekking tot de aanwijzingsregels inzake toepasselijke wetgeving in de Europese coördinatieverordeningen wanneer, ten aanzien van een werknemer of een zelfstandige, de bepalingen van de coördinatieverordeningen worden toegepast op een situatie waarbij de voorwaarden die zijn vastgesteld in de verordeningen en verduidelijkt worden in de praktische handleiding of in de besluiten van de Administratieve Commissie niet nageleefd worden, met als doel zich te onttrekken aan de Belgische socialezekerheidswetgeving die op die situatie had moeten worden toegepast wanneer voornoemde verordenende en administratieve bepalingen correct in acht werden genomen⁷⁵. Wanneer de nationale rechter, een openbare instelling van sociale zekerheid of een sociaal inspecteur zo een misbruik vaststelt, zal de betrokken werknemer of zelfstandige onderworpen worden aan de Belgische socialezekerheidswetgeving indien die wetgeving had moeten worden toegepast. Het is aan de instelling of de inspecteur om het bewijs te leveren van dit misbruik⁷⁶.

Op zich dient men trouwens te letten op het gebruik van de term 'misbruik' omdat deze term eerder misleidend overkomt. Misbruik en fraude zijn immers verschillende begrippen. De theorie van het rechtsmisbruik houdt in dat aan een rechthebbende wordt verboden zijn recht uit te oefenen op een wijze die kennelijk de grenzen van een redelijke rechtsuitoefening door een voorzichtig persoon te buiten gaat⁷⁷. Terwijl rechtsmisbruik betrekking heeft op de situatie waarbij men voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van het Unierecht maar waarbij dit recht wordt uitgeoefend

⁷¹ Besluit nr. A1 van de Administratieve Commissie; zie *Pb.C.* 24 april 2010, afl. 106, 1.

⁷² Art. 2 Detacheringsrichtlijn 96/71/EG.

⁷³ Zie hiervoor bv. de Beleidsnota 2013 van de staatssecretaris voor de Strijd tegen Sociale en Fiscale Fraude.

⁷⁴ Programmawet 27 december 2012, *BS* 31 december 2012, 2^{de} uitgave. Naast de maatregelen gericht tegen detachingsfraude, wordt er ook een algemene bepaling inzake rechtsmisbruik ingesteld (zie hierover verder).

⁷⁵ Programmawet 27 december 2012, *BS* 31 december 2012, 2^{de} uitgave, art. 23.

⁷⁶ Zie art. 24 en 25 programmawet.

⁷⁷ A. De Boeck, *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Kluwer, 2011, 9.

in strijd met zijn doel, gaat fraude over situaties waarbij er *in se* niet werd voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van het recht. Het is duidelijk dit laatste dat men voor ogen had⁷⁸. Men spreekt hier eerder van vormen van ongeoorloofde wetsontwikking⁷⁹, alhoewel deze term ook vatbaar is voor (mis)interpretatie⁸⁰. De doelstelling van de Belgische wetgever is duidelijk. Men wil, wanneer men van oordeel is dat er 'misbruik' is, gewoon het A1-formulier éézijdig terzijde kunnen schuiven en dus de Belgische socialezekerheidswetgeving van toepassing verklaren en dit vanaf het ogenblik dat deze oorspronkelijk van toepassing had moeten zijn⁸¹. België wacht dus niet op een mogelijke intrekking van het A1-formulier door de bevoegde instellingen van de uitzendende staat en er wordt dus niet vereist dat men eerst de dialoog- en bemiddelingsprocedure zou afronden. Indien men van oordeel zou zijn dat de Belgische wetgeving niet van toepassing is, zou men wel gebruikmaken van de Europese dialoog- en bemiddelingsprocedure⁸².

Hoe nobel de bedoelingen en bekommernissen ook mogen zijn van de Belgische wetgever, toch kan men zich vragen stellen over de conformiteit van deze bepaling met het Europees recht. Ook de Europese Commissie heeft bedenkingen bij de conformiteit van de Belgische regeling met het Europees recht⁸³.

Er is vooreerst de vraag wanneer er fraude is. Het afleveren van een A1-verklaring veronderstelt immers dat de uitzendende staat heeft onderzocht of de detachingsvoorwaarden werden vervuld. Derhalve mag men er eigenlijk van uitgaan dat er geen fraude kan zijn, indien dit formulier werd afgeleverd voor zover juiste verklaringen voorliggen of er geen feiten zijn verhuld of verzwegen. Ook in het geval de uitzendende staat de detachingsbepalingen verkeerdelijk zou hebben geïnterpreteerd en toegepast, kan men niet stellen dat er misbruik is in hoofde van de betrokken werknemer. Stel nu echter dat foutieve informatie zou zijn afgeleverd en hierdoor de werkelijke situatie geweld wordt aangedaan. Impliceert dit dan dat België éézijdig de A1-verklaring kan intrekken en waarop baseert de Belgische wetgever zich om tot deze éézijdige actie over te gaan? Men beroept zich hierbij op het *fraus omnia corrumpit*-principe⁸⁴ overeenkomstig hetwelk men zich in geval van misbruik of bedrog niet kan

⁷⁸ Zo worden de volgende situaties aangehaald: a) gevallen van zogenaamde 'U-turn'-constructies. Dit zijn constructies waarbij, via een in een andere EU-lidstaat opgezette onderneming, een Belgische onderneming, onder het mom van het vrij verrichten van diensten, werkzaamheden uitvoert die volledig of hoofdzakelijk gericht zijn op het Belgisch grondgebied en in dit verband een beroep doet op personeel dat onttrokken is aan de toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving en b) het geval waarbij een zelfstandige werknemer zich aansluit bij het socialezekerheidsstelsel voor zelfstandigen in een lidstaat, terwijl hij er nooit enige activiteit heeft uitgeoefend vooraleer in België te komen werken en er slechts over één enkel bureau beschikt, gelegen op het Belgische grondgebied.

⁷⁹ Zie Y. STOX en G. VAN DE MOSSLAER, "De strijd tegen de sociale fraude - Voorbij de grenzen van de Arbeidsrelatiewet", *Or.* 2013, p. 81.

⁸⁰ In het fiscaal recht spreekt men immers van wetsontduiking en wetsontwijking. Van wetsontduiking is sprake indien men een wetsbepaling schendt en men dus in overtreding is, terwijl men bij ontwijking geen bepaling schendt en men zich net buiten het toepassingsgebied van de wet wil begeven. In die zin is belastingontwijking in het fiscaal recht *an sich* toegelaten en niet verboden.

⁸¹ Rekening houdend met een verjaringstermijn van 7 jaar.

⁸² Dit wordt bepaald in de toelichting bij de wet.

⁸³ Op 20 november 2013 heeft de Europese Commissie België formeel in gebreke gesteld (ingebrekestelling nr. 2013/2129) daar de Europese Commissie van mening is dat de artikelen 23 en 24 van de programmawet in strijd zijn met de artikelen 11, 12 en 76, § 6 van Verordening nr. 883/2004, artikel 5 van Verordening nr. 987/2009 en besluit nr. A1 van de Administratieve Commissie.

⁸⁴ HvJ C-285/09, *Strafrecht v. R.*, Jur. 2010, I-12605; zie ook nog HvJ C-130/88, *Van de Bijl v. Staatssecretaris van Economische Zaken*, Jur. 1989, 3039; HvJ C-285/95, *Suat Kol v. Land Berlin*, Jur. 1997, 3079; HvJ C-367/96, *Kefalas*, Jur. 1998, 2843; HvJ C-63/99, *Gloszczuk*, Jur. 2001, 6369.

beroepen op het Europees recht⁸⁵. Een frauduleus opgesteld of bekomen formulier zou men derhalve naast zich neer kunnen leggen. Maar betekent dit dan ook dat men de regeling van het Europees recht, gebaseerd op een procedure van samenwerking, zomaar naast zich kan neerleggen? Worden dan nu plotseling de Belgische instellingen of de rechterlijke macht bij uitsluiting van de instellingen en rechtbanken in de andere lidstaten bevoegd? En wie beslist dat er sprake is van misbruik? Het lijkt logisch dat deze taak voor de rechter is vastgelegd, maar volgens de Belgische regeling kunnen dat ook de sociale inspecteurs zijn die dit oordeel vellen!

De belangrijke rol van de uitzendstaat dewelke uiteindelijk moet beslissen dat de ontvangststaat bevoegd is en er dus bedrog is geweest, wordt dus nu zomaar opzijgeschoven. Zijn de instellingen van de uitzendstaat niet beter geëigend om deze controle uit te voeren? Is het bv. voor België überhaupt mogelijk om *in concreto* na te gaan, zonder een beroep te doen op de instellingen en diensten in de uitzendlidstaat, of een werkgever effectief werkzaamheden uitoefent in de uitzendstaat en het hier niet gaat om een speciaal opgezette constructie met behulp van bv. een postbusonderneming? Of dat een werknemer niet mag worden uitgezonden ter onmiddellijke vervanging van een andere werknemer? Er zijn natuurlijk elementen, waarvoor de diensten in de staat van ontvangst wel degelijk beter geëigend zijn voor het uitvoeren van een controle, zoals de vraag in welke mate de gebruiker gezag uitoefent over betrokken werknemers. Maar is het in zulke gevallen, waarbij men nieuwe vaststellingen doet, dan niet aan de diensten in de lidstaat van ontvangst om – via de bemiddelingsprocedure – de uitzendstaat op de hoogte te stellen van deze nieuwe feiten, die – waarvan men toch mag uitgaan – deze zal aanwenden om tot een nieuwe beslissing te komen? Laat ons trouwens niet vergeten dat er volgens het Hof van Justitie slechts sprake is van fraude – en zoals gemeld is de Belgische antimisbruikbepaling eerder een bepaling inzake fraude dan misbruik – indien de volgende grondvoorwaarden zijn vervuld: met name enerzijds het objectieve element van een valse weergave van de werkelijkheid en anderzijds het subjectieve element waarbij de intentie bestaat om schade te berokkenen dan wel winst te maken⁸⁶. Het zal zeker niet gemakkelijk zijn om dit in de praktijk te bewijzen. Anders zou de situatie zijn indien het A1-formulier een vals formulier is en bv. de persoon genoemd in het formulier niet dezelfde is als degene die het gebruikt, het formulier werd afgeleverd door de verkeerde instelling (die misschien zelfs niet bestaat), het een vervalsing betreft of geen stempel draagt en het dus duidelijk is dat dit A1-formulier niet is afgeleverd door de bevoegde instelling. In deze omstandigheden is dit formulier ongeldig en kan het dus geen bindende werking hebben waardoor België er niet door is gebonden. Bij valsheid in geschrifte leidt het principe van *fraus omnia corrumpit*⁸⁷ ertoe dat de betrokken regeling volledig uitge-

⁸⁵ Zie hierover H. VERSCHUREN, "Sociale zekerheid en detachering binnen de Europese Unie. De zaak Herbosch Kiere: een gemiste kans in de strijd tegen grensoverschrijdende sociale dumping en sociale fraude", *BTSZ* 2006, 441-443; A. LENAERTS, "The Relationship between the Principles of *Fraus omnia corrumpit* and of the Prohibition of Abuse of Rights in the Case Law of the European Court of Justice, case note under Case C-285/09, Criminal proceedings against R, Judgment of the Court of Justice of 7 December 2010", *CMLR* 2011, 1712. Vaak beroept men zich hierbij op de zaak-Paletta II van het Hof van Justitie (HvJ C-206/94, *Paletta II*, Jur. 1996, 2357) waarin het Hof bepaalde dat "de nationale rechterlijke instanties weliswaar op basis van objectieve gegevens rekening kunnen houden met misbruik of bedrog door de belanghebbende en hem in voorkomend geval de toepassing ontzeggen van de bepalingen van gemeenschapsrecht waarop hij een beroep heeft gedaan, ... doch zij dienen bij de beoordeling van dergelijk misbruik of bedrog de door de betrokken bepalingen nagestreefde doelstellingen in aanmerking te nemen (r.o. 25)". Maar bij de vraag naar de werking van het A1-formulier gaat het wel om een bevoegdheidsconflict dat toch wel een stuk verdergaat.

⁸⁶ HvJ C-255/02, *Halifax*, Jur. 2006, I-01609, overw. 74-75.

⁸⁷ HvJ C-285/09, *Strafrecht v. R.*, Jur. 2010, I-12605; zie ook nog HvJ C-130/88, *Van de Bijl v. staatssecretaris van Economische Zaken*, Jur. 1989, 3039; HvJ C-285/95, *Suat Kol v. Land Berlin*, Jur. 1997, 3079; HvJ C-367/96, *Kefalas*, Jur. 1998, 2843.

sloten wordt en zodoende kan de betrokken Europese regeling niet worden toegepast en zal de Belgische wetgeving eventueel van toepassing zijn⁸⁸.

Het unilateraal optreden van de Belgische instellingen waarborgt tevens niet dat de instellingen in de uitzendstaat op hun beurt nu tot een intrekking van het A1-formulier zouden overgaan. Het enige wat men kan verwachten, is dat men eventueel het ingenomen standpunt opnieuw heroverweegt⁸⁹. Er kan dan ook een situatie ontstaan van grote onzekerheid. Het is immers mogelijk dat we dan een situatie krijgen waarbij de betrokken werkgever voor de werknemers in twee staten bijdragen dient te betalen, wat duidelijk in strijd is met de fundamentele doelstellingen van de verordening, welke uitdrukkelijk bepaalt dat men slechts bijdragen dient te betalen in één lidstaat? Is dan het gevolg dat men van betrokken 'dienstverlener' verwacht dat deze een rechtszaak begint tegen de RSZ voor de bevoegde Belgische rechtbanken?

Daarenboven – zoals we verder beschrijven in een volgend onderdeel – is het feit dat iemand gebruikmaakt van de mogelijkheid tot detachering en als een gevolg hiervan niet onderworpen is aan de Belgische sociale zekerheid, niet in strijd met het vrij verkeer van werknemers en maakt dit geen rechtsmisbruik uit⁹⁰.

III. Buitenlandse schijnzelfstandige? Verstrengde wet op verboden terbeschikkingstelling

A. Het principiële verbod op terbeschikkingstelling

Het gebruikmaken van onderaannemers valt niet meer weg te denken uit het economische leven. Werkgevers maken in toenemende mate gebruik van de diensten van andere bedrijven en hun werknemers. Maar dit brengt ook het gevaar met zich mee dat malafide ondernemers en koppelbazen personeel ter beschikking stellen dewelke verstoken blijven van de nodige sociale bescherming wat derhalve tevens tot oneerlijke concurrentie leidt.

Een voorbeeld van een vacature zoals die werd verspreid:

“Om uw vacatures op gezonde, concurrentiële manier te helpen invullen, stellen wij u ervaren bouw personeel uit Bulgarije voor. Personeel vanaf 17 euro per uur, alles inbegrepen, geen extra kosten ... Bulgaarse arbeiders zijn gekend om hun uitmuntende werklust. Ze zijn goed opgeleid en hebben de juiste spirit. U kunt Bulgaarse arbeiders tewerkstellen door een beroep te doen op onze Bulgaarse onderneming die arbeiders detachert naar België om hier in onderaanneming voor u te werken. Alles verloopt conform de Europese en Belgische wetgeving ter zake. Alle arbeiders dienen in het bezit te zijn van een A1-formulier en een LIMOSA-aangifte. Wij werken ook enkel met contracten naar Belgisch recht. Voordelen zijn lage tarieven, gemotiveerd personeel/hogere productiefactor, flexibele werknemers (geen ontslagprocedure), Bulgaren maken graag overuren ... Bulgaarse arbeiders staan klaar voor u! Bent u klaar voor Bulgaarse arbeiders?”⁹¹

⁸⁸ A. LENAERTS, “The Relationship between the Principles of *Fraus omnia corrumpit* and of the Prohibition of Abuse of Rights in the Case Law of the European Court of Justice, case note under Case C-285/09, Criminal proceedings against R. Judgment of the Court of Justice of 7 December 2010”, *CMLR* 2011, 1712.

⁸⁹ In de rechtsleer wordt in die zin trouwens ook verdedigd dat een onderwerping aan de Belgische sociale zekerheid alleen mogelijk zou zijn onder voorbehoud van een effectieve intrekking van het A1-formulier. Zie Y. STOX en G. VAN DE MOSSELAER, “De strijd tegen de sociale fraude - Voorbij de grenzen van de Arbeidsrelatiewet”, *Or.* 2013, p. 82.

⁹⁰ Zie V.B.

⁹¹ Bron: internet. (Intussen niet meer raadpleegbaar.)

De vraag in welke mate Belgische gebruikers personeel van andere bedrijven mogen ‘inhuren’ wordt geregeld in de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers. Het ‘inhuren’ of ‘inlenen’ van personeel via allerhande kantoren of in de vorm van uitbesteding, outsourcing, detachering, terbeschikkingstelling⁹² botst dan ook op de grenzen bepaald in deze wet. Daar deze bepalingen inzake terbeschikkingstelling en uitzendarbeid deel uitmaken van de harde kernbepalingen van artikel 3, lid 1 van Richtlijn 96/71/EG, zijn buitenlandse bedrijven die diensten verrichten voor Belgische gebruikers hier ook aan onderworpen⁹³.

De Belgische wetgever vertrekt hierbij van het principe dat om het even welke terbeschikkingstelling, ook als het maar om een eenmalige uitsturing van personeel zou gaan door een werkgever, verboden is. De enige uitzondering hierop bestaat in het geval van tijdelijke arbeid⁹⁴ en de bijzondere situatie van uitzendarbeid. An sich vallen zelfstandigen niet onder deze regeling, behoudens bij schijnzelfstandigheid in welk geval men veelal onmiddellijk zal worden geconfronteerd met een verboden terbeschikkingstelling.

Om na te gaan of er dus sprake is van een verboden terbeschikkingstelling, dient men te beoordelen wie concreet het gezag uitoefent over de betrokken werknemer. Het antwoord op deze vraag zal immers bepalen of we te maken hebben met een toegelaten aanneming (in volle onafhankelijkheid) of een verboden terbeschikkingstelling (met gezagsdelegatie)⁹⁵. Deze lijn valt hierbij vaak heel moeilijk te trekken, niet in het minst omdat in de praktijk werkgever en gebruiker vaak samen, met het oog op het verzekeren van een goede samenwerking tussen betrokken partijen en de goede afloop van de opdracht, een deel van het gezag uitoefenen. Vanuit de bezorgdheid dat de wet elke vorm van onderaanneming onmogelijk zou maken, werd door de programmawet van 2000 een wijziging aangebracht, waarbij niet als uitoefening van een gezag wordt beschouwd: het naleven door de derde van de verplichtingen die op hem rusten inzake het welzijn op het werk, alsook instructies die door de derde worden gegeven in uitvoering van de overeenkomst die hem met de werkgever verbindt, zowel inzake arbeids- en rusttijden als inzake de uitvoering van het overeengekomen werk⁹⁶. Men kan dan ook stellen dat het enkele feit dat gedurende de detachering een deel van het werkgeversgezag zou worden uitgeoefend door de gebruiker op zich dus niet in strijd is met de verboden terbeschikkingstelling, zolang het door de ontvangende werkgever uitgeoefende gezag eerder beperkt blijft tot een soort van dagdagelijks toezicht en instructierecht tot het uitvoeren van de bedongen opdracht of dienst.

⁹² In de Nederlandstalige versie van de Detacheringsrichtlijn 96/71/EG wordt naar alvast Belgische normen ietwat ongelukkig het begrip ‘terbeschikkingstelling’ gebruikt. In Nederland spreekt men niet van detachering maar van terbeschikkingstelling.

⁹³ De territoriale werking van de wet is wel tot België beperkt en deze wet is dan ook niet toepasselijk op de terbeschikkingstelling van een werknemer aan een buitenlandse werkgever.

⁹⁴ Welke tot doel heeft in de vervanging van een vaste werknemer te voorzien of te beantwoorden aan een tijdelijke vermeerdering van werk of te zorgen voor de uitvoering van een uitzonderlijk werk.

⁹⁵ Zie hierover ook F. VAN OVERMEIREN, *Buitenlandse arbeidskrachten op de Belgische arbeidsmarkt*, Brussel, Larcier, 2008, 144-145.

⁹⁶ Art. 31, § 1, lid 2 Uitzendarbeidswet 1987.

B. Het principiële verbod wordt verstrengd

1. De nieuwe voorwaarden

Maar in de praktijk leidde deze bepaling tot vele praktische bewijsmoeilijkheden en een heel lang onderzoek waardoor eerder slechts zelden werd overgegaan tot het inroepen van een verbod op terbeschikkingstelling en dit meestal alleen in gevallen van eerder zware vormen van uitbuiting van werknemers die aanleunen bij mensenhandel. Men was dan ook van oordeel dat er te veel misbruik werd gemaakt van deze mogelijkheid om toch personeel in te huren en sociale fraude dus te veel de kop opstak. Uiteindelijk is men in de programmawet van 27 december 2012⁹⁷ overgegaan tot een wijziging van de wet van 1987 die een verstrenging inhoudt van het verbod van terbeschikkingstelling. Met deze laatste programmawet wil de Belgische wetgever dus verder ingrijpen in de strijd tegen sociale fraude en het bestaande kader van het verbod op terbeschikkingstelling verder uittekenen. De verstrenging van het verbod op terbeschikkingstelling van werknemers zal ertoe leiden dat iemand sneller geacht zal worden om als werknemer activiteiten uit te oefenen in België. Een buitenlandse werkgever die een werknemer detachereert naar een Belgische gebruiker en op wie de bepalingen inzake terbeschikkingstelling en uitzendarbeid immers van toepassing zijn, zal dan ook sneller kunnen worden geconfronteerd met de mogelijke verboden terbeschikkingstelling. Men mag hierbij niet vergeten dat het begrip 'werknemer' overeenkomstig de Detacheringsrichtlijn ook ingevuld wordt door het recht van de lidstaat waar de werknemer ter beschikking is gesteld. Derhalve zal België kunnen bepalen wie een werknemer is voor het toepassen van de bepalingen van de Detacheringsrichtlijn. Het is dan ook aan de lidstaat van ontvangst om de arbeidsrechtelijke kwalificatie van de detachering van de betrokkene te bepalen⁹⁸.

Deze wet wijzigt niets aan de belangrijke uitgangspunten, zoals verwoord in artikel 31 van de uitzendarbeidswet. Er geldt nog altijd een principiële verbod om, buiten de toegelaten gevallen van uitzendarbeid en tijdelijke arbeid, werknemers ter beschikking te stellen van derden die deze werknemers gebruiken en die enig gezag uitoefenen over deze werknemers dat normalerwijze aan de werkgever toekomt. Men wilde echter optreden tegen een misbruik dat men in de praktijk tegenkwam bij toepassing van de vroegere regeling inzake toegelaten gezagsoverdracht. Vaak was men het er niet over eens in welke mate instructies, die door de gebruiker werden gegeven, nog mogelijk waren binnen de aannemingsovereenkomst die deze gebruiker had afgesloten met de werkgever van de betrokken werknemers. De nieuwe wetgeving dient dan ook bij te dragen aan het verduidelijken van dit onderscheid tussen wat toegelaten is als aanneming of onderaanneming en wat verboden is als verboden terbeschikkingstelling⁹⁹. Men heeft de voorwaarden verstrengd, waardoor terbeschikkingstelling onder strikte voorwaarden nog mogelijk blijft. De voorwaarden houden onder meer in dat er een onderlinge geschreven overeenkomst moet bestaan tussen de derde gebruiker en de werkgever, die specifiek en gedetailleerd bepaalt welke instructies de

⁹⁷ BS 31 december 2012, 2^e uitgave.

⁹⁸ We wijzen er trouwens ook op dat de vraag of iemand werknemer of zelfstandige is, beantwoord wordt op basis van de Arbeidsrelatiewet, die, net met het oog op het bestrijden van situaties van schijnzelfstandigheid en schijnwerknemers, recentelijk nog werd gewijzigd en werd aangevuld met een aantal sociaaleconomische criteria. Zie Titel 13 van de programmawet (1), 27 december 2006, BS van 28 december 2006 (ed. 3), zoals gewijzigd door de wet van 25 augustus 2012, BS van 11 september 2012 (ed. 2). In dit opzicht is er geen verschil tussen een Belgische of een buitenlandse schijnzelfstandige en dient men dus naar het Belgische interne recht te kijken om te bepalen of iemand werknemer of zelfstandige is.

⁹⁹ I. PLETS, "Strengere regels voor uitleenen van werknemers", *Or.* 2013, 139.

gebruiker kan geven zonder dat hierbij het eigenlijke gezagsrecht van een werkgever wordt uitgehouden. Buitenlandse werkgevers dienen zich wel ten volle bewust te zijn van het feit dat zij een nieuwe, verbeterde, meer gedetailleerde overeenkomst dienen af te sluiten met Belgische gebruikers.

Vervolgens wordt als 'controle'voorwaarde gesteld dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst dient overeen te stemmen met wat uitdrukkelijk werd bepaald in deze overeenkomst. Er moeten dus uitdrukkelijke, gespecificeerde, gedetailleerde instructies worden bepaald, die niet kunnen beperkt blijven tot een aantal vage aanwijzingen, maar duidelijk moeten maken wat partijen met elkaar hebben afgesproken. Dat hierbij de typische kenmerken van het gezagsrecht voor werkgevers niet mogen worden uitgehouden, impliceert dat instructies met betrekking tot arbeids- en rusttijden, de wijze van uitvoering, kwaliteitseisen enz., nog wel door de gebruiker kunnen worden gegeven, maar traditionele gezagselementen zoals bepaling van het loon, de vakantie-regeling, ontslag, promotie enz., niet door de gebruiker mogen worden gegeven. Indien de inspecteur nadien nog vaststelt dat de instructies niet in overeenstemming zijn met wat bepaald wordt in de overeenkomst, zal de betrokken inspecteur tot de conclusie komen dat er een niet-toegelaten gezagsoverdracht plaatsvindt en dus een verboden terbeschikkingstelling. Mondelinge afspraken, zoals vaag geformuleerde bestelbonnen, zijn dan ook geen optie. Nochtans moet het mogelijk zijn dat instructies in de loop der tijden wijzigingen ondergaan.

Heel opmerkelijk is wel dat de specifieke verdeling van 'gezag' en de instructies zoals die opgenomen zijn in de aannemingsovereenkomst tussen derde gebruiker en werkgever, nu uitdrukkelijk ter kennis dienen te worden gesteld van de overlegorganen die in de onderneming¹⁰⁰ bestaan. Enerzijds moet men geïnformeerd worden over het bestaan (dit is niet de inhoud) van de overeenkomst en anderzijds dienen de vertegenwoordigers in de overlegorganen in het bezit gesteld te worden van het deel met betrekking tot de instructiebevoegdheid. Het niet verschaffen van dit afschrift heeft als gevolg dat de geschreven overeenkomst niet geacht wordt te bestaan en het geven van instructies derhalve zal leiden tot een niet-toegelaten gezagsoverdracht en verboden terbeschikkingstelling. Het spreekt echter voor zich dat een zuivere aanneming er zeker niet gemakkelijker op geworden is¹⁰¹, daar de grens tussen een toegelaten aanneming en een niet-toegelaten gezagsoverdracht zeer dun is.

2. De gevolgen van een overtreding

Wanneer men van oordeel is dat er sprake is van een verboden terbeschikkingstelling bepaalt de wet van 1987 dat tussen de betrokken werknemer en de gebruiker een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand komt die de werknemer tijdens de duur van de detachering te allen tijde zonder opzeggingstermijn kan beëindigen, in tegenstelling tot de gebruiker/werkgever die genoodzaakt zal zijn tot het betalen van een opzeggingsvergoeding, en dat de Belgische gebruiker en de buitenlandse werkgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de lonen, sociale bijdragen, vergoedingen en voordelen, alsmede dat de overeenkomst die mogelijk bestaat tussen de buitenlandse werkgever en de Belgische gebruiker als nietig wordt beschouwd, gelet op de onge-

¹⁰⁰ Dit is in principe de ondernemingsraad. Bij gebrek aan ondernemingsraad is dit het Comité voor Preventie en Bescherming op het Werk, of bij gebrek hieraan de vakbondsafvaardiging.

¹⁰¹ I. PLETS, "Strengere regels voor uitleenen van werknemers", *Or.* 2013, 142.

oorloofde oorzaak ervan¹⁰². Nochtans dienen de gevolgen van een verboden terbeschikkingstelling voor wat betreft werknemers van buitenlandse werkgevers in sterke mate genuanceerd te worden. De vaststelling dat er een gezagsrelatie volgens het arbeidsrecht ontstaat met de Belgische gebruiker, impliceert immers niet dat deze buitenlandse werknemer nu ook als werknemer socialezekerheidsbijdragen in België dient te betalen. Het is immers niet uitgesloten dat er toch sprake is van een toegelaten detachering in de zin van de verordening, waardoor de toepasselijkheid van de Belgische sanctie niet tot gevolg kan hebben dat de Belgische socialezekerheidswetgeving van toepassing wordt. Zowel in de Wet op de terbeschikkingstelling als in de Europese coördinatieverordeningen staat het begrip overdracht van gezag centraal. Opdat er sprake is van een detachering volgens de coördinatieverordeningen moet de gedetacheerde werknemer immers verder een organische band houden met de uitzendende werkgever en dus verder zijn werkzaamheden uitoefenen onder het gezag van deze laatste¹⁰³. Overeenkomstig de verordeningen is het echter aan de bevoegde instanties van de uitzendende staat om te bepalen of deze gezagsvoorwaarden en organische band vervuld zijn of niet. Dit oordeel bindt daarenboven de bevoegde instantie van de ontvangende lidstaat. Zelfs al ontstaat er een arbeidsovereenkomst tussen de buitenlandse gedetacheerde werknemer en de Belgische gebruiker, omdat de voorwaarden van de Belgische verstrenge terbeschikkingstellingswet niet zijn nageleefd en de gebruiker dus wordt geacht gezag uit te oefenen over de werknemer, dan nog is een principiële onderwerping aan de Belgische socialezekerheidswetgeving onmogelijk indien nog steeds de vereisten van de verordening inzake een organische band zijn nageleefd en er dus geen overdracht van gezag zal plaatsvinden in strijd met de bepalingen van deze Verordening¹⁰⁴. Daarenboven worden de inspectiediensten ook geconfronteerd met de bijzondere waarde die een A1-formulier krijgt en de bindende kracht ervan waardoor een gedetacheerde werknemer wordt geacht nog altijd gedetacheerd te zijn en onderworpen te blijven aan de wetgeving van de lidstaat van uitzending. Het Europees recht primeert en de Belgische arbeidsrechtelijke regeling kan dan ook niet de socialezekerheidsrechtelijke gevolgen van een Europese regelgeving opzijzetten¹⁰⁵.

Het gevolg is dan ook dat de herkwalficatie van een statuut, bij aanwezigheid van een A1-formulier afgegeven door de lidstaat van oorsprong, nooit tot toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving kan leiden¹⁰⁶, maar wel de mogelijkheid openlaat om de arbeidsrechtelijke gevolgen van deze herkwalficatie en de toepassing van de Belgische arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden toepassing te laten vinden.

Toepassing van de Belgische socialezekerheidswetgeving zou immers in strijd zijn met de bepalingen van Verordening nr. 883/2004, wat dan ook impliceert dat de bur-

¹⁰² Art. 31, § 2-4.

¹⁰³ Zie artikel 12 EU-Verordening nr. 883/2004. De Europese verordeningen stellen zelf een aantal voorwaarden en verduidelijken wanneer er nog sprake is van een organische band tussen de uitzendende werkgever en de betrokken werknemer. Belangrijke elementen hierbij zijn: de verantwoordelijkheid inzake aanwerving, de arbeidsovereenkomst, het loon, het ontslag, de bevoegdheid om tuchtmaatregelen te nemen en het vaststellen van de aard van de werkzaamheden. Onder dit laatste verstaat men dat de uitzendende onderneming bepaalt welk eindproduct of basisdiensten moeten worden geleverd, niet zozeer het bepalen van de manier waarop het werk of de dienst moet worden verricht. Het gaat hier om een niet-limitatieve opsomming (zie Besluit nr. A2, art. 1, alinea 3 van 12 juli 2009 van de Administratieve Commissie).

¹⁰⁴ Zie ook Y. STOX en G. VAN DE MOSSELAER, "De strijd tegen de sociale fraude - Voorbij de grenzen van de Arbeidsrelatiewet", *Or.* 2013, 80.

¹⁰⁵ Cass. 2 juni 2003, *Pas.* 2003, 1099 (RSZ v. Frangema Staal).

¹⁰⁶ Er is dan ook geen sprake van detacheringsfraude. Dit zou alleen het geval zijn wanneer de betrokken persoon volgens de wetgeving van het uitzendland geen zelfstandige zou kunnen zijn. Dit dient te worden vastgesteld door het land van uitzending.

gerrechtelijke sanctie van de uitzendarbeidswet in een Europeesrechtelijke situatie niet van toepassing kan zijn¹⁰⁷. Omwille van de primauteit van de Europese verordeningen en de bindende kracht van een A1-formulier leidt dit ertoe dat zelfs in geval van een verboden terbeschikkingstelling de betrokken werknemers niet aan de Belgische sociale zekerheid onderworpen kunnen geraken. Dit is net de reden waarom de Belgische wetgever besloten heeft om een specifieke antimisbruikbepaling inzake detachingsfraude in te stellen die dit A1-formulier wil opzijshuiven.

IV. Hoofdelijke aansprakelijkheid bij lonen

A. Een lang gekoesterd redmiddel

De groeiende multiplicatie van heel kleine ondernemingen, maar ook de inschakeling van 'schijn'zelfstandigen werpt echter vragen op naar de sociale bescherming van de werknemers van deze onderaannemers, en zeker diegenen die zich helemaal onderaan de keten bevinden, daar de opdrachtgever en ook de hoofdaannemer soms zelfs niet op de hoogte zijn van het feit dat deze werknemers werkzaamheden uitoefenen in opdracht van een van hun andere onderaannemers, laat staan dat zij zich bij gebrek aan enige directe band sociaal verantwoordelijk zouden voelen voor de betaling van lonen, bedrijfsvoorheffing, belastingen en socialezekerheidsbijdragen voor deze werknemers van hun onderaannemers. De slechte positie waarin sommige van deze werknemers zich bevinden, die op haar beurt echter ook geacht wordt aan de oorsprong te liggen van sociale dumping en derhalve oneerlijke concurrentie voor de lokale ondernemingen, beroert sinds een decennium in het bijzonder de publieke opinie, maar ook de verschillende betrokken instanties.

Een van de mogelijke paden die hierbij zou kunnen worden betreden om werknemers in het kader van meervoudige arbeidsrelaties de nodige bescherming te bieden, is een mogelijk systeem van hoofdelijke en gezamenlijke aansprakelijkheid, waarbij hoofdaannemers verantwoordelijk worden gemaakt voor de verplichtingen van hun onderaannemers in het bijzonder met betrekking tot de betaling van de (minimum)lonen. Men stelt dat dit systeem weleens het ultieme sluitmiddel kan worden om terug een eerlijke competitie tussen bedrijven over Europa heen te realiseren. Hiervoor werd dan ook reeds lang geijverd op Europees vlak en het is misschien niet verwonderlijk dat Europese sociale partners hierbij niet steeds op een zelfde lijn staan¹⁰⁸. Waar de vakbonden sterk voorstander waren van ook een Europees initiatief ter reglementering van deze verantwoordelijkheidsketen bij onderaanbestedingen, zodanig dat het arbeidsrecht in heel de EU zou kunnen worden nageleefd en hoofdaannemers hierdoor zouden worden gestimuleerd om erop toe te zien dat hun zakelijke partners de arbeidswetgeving naleven, waren Europese werkgeversorganisaties echter eerder de opvatting toegedaan dat dergelijke bepalingen remmend zouden kunnen werken op de uitbesteding door buitenlandse bedrijven, wat dan een belemmering van zo een fundamentele vrijheid als het vrij verkeer van diensten op de interne markt zou kunnen impliceren. Veel beter ware het dat inlenende ondernemingen erop zouden kunnen vertrouwen dat onderaannemers hun verantwoordelijkheden uit hoofde van het arbeidsrecht zouden naleven.

¹⁰⁷ Y. JORENS, «Detachering in de Belgische praktijk: een overzicht van enkele toepassingsproblemen» in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 369.

¹⁰⁸ Zie bv. Europese Groenboek van de Europese Commissie over "De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21e eeuw", COM(2006)708def van 22 november 2006.

Maar niet alleen op Europees vlak werd er over de mogelijke invoering van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen gedebatteerd. Ook België had eigenlijk allang een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid vooropgesteld met name bij de toetreding van de nieuwe lidstaten tot de Europese Unie in 2004 daar men dit beschouwde als een noodzakelijke maatregel voor het realiseren van het vrij verkeer van werknemers. Deze maatregel diende a.h.w. als pasmunt om de grenzen open te stellen voor onderdanen uit deze lidstaten. Maar ook hier stonden de sociale partners tegenover elkaar. Tegenstanders vrezen voornamelijk een negatieve impact op de economische markt en verwijten in het bijzonder dat men hierdoor de controle op en de naleving van de arbeidsvoorwaarden verschuift van de publieke sector naar de private ondernemingen net omdat de inspectiediensten er niet in slagen de naleving te waarborgen. Is het aannemelijk te verwachten van bv. een KMO, die een deel van haar activiteiten in onderaanneming geeft bij een andere aannemer, dat deze kan controleren of deze onderaannemers alle arbeidsvoorwaarden naleven? Hoe meer partijen betrokken zijn in een keten van onderaanneming, hoe moeilijker het ook wordt voor de hoofdaannemer om deze controle uit te voeren. Werkgeversorganisaties stellen zich dan ook de vraag hoe men een volledige keten van onderaannemers kan achterhalen, terwijl men contractueel alleen met de hoofdaannemer verbonden is. Kan men dit doen zonder te stuiten op praktische bezwaren en de privacy van het personeel van de medecontractant te schenden? Deze maatregel werd dan ook als disproportioneel beschouwd¹⁰⁹. Werkgevers beschouwen deze maatregel dan ook als een extra belasting voor Belgische bedrijven, die de werking van de markt ernstig zou kunnen verstoren. Eigenlijk verwijt men dat werkgevers een verplichting krijgen opgelegd omdat de inspectiediensten zelf niet in staat zouden zijn om de naleving van de sociale bescherming te waarborgen. Voorstanders van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid daarentegen geloven dat een dergelijk systeem een zeer positieve impact heeft op het vermijden van sociale dumping en aannemers er net toe aanzet waakzaam en voorzichtiger te zijn bij het kiezen van hun onderaannemers. Men wijst er hierbij ook op dat de betrokken gedetacheerde werknemers over het algemeen zelf heel weinig stappen tegen hun werkgever zullen instellen met het oog op de verbetering en de naleving van de arbeidsvoorwaarden, waarop ze recht hebben. Zo zijn gedetacheerde werknemers over het algemeen inderdaad vrij passief om op te treden tegen hun werkgever. Verschillende redenen kunnen hiervoor aangehaald worden. In eerste instantie bevinden dergelijke werknemers zich vaak in een vrij zwakke sociaaleconomische positie, waarbij zij schrik hebben dat zij hun job zouden verliezen, indien zij enige actie zouden ondernemen ten overstaan van hun werkgever. De betrokken werknemers zijn vaak zeer terughoudend om dan ook een rechtszaak tegen hun werkgever in te stellen. Zeker wanneer men voor ogen houdt dat zij vaak ook weten dat indien zij hun job verliezen, er honderden anderen in de rij staan om hun plaats in te nemen. Vaak is het ook zo dat betrokken werknemers hun positie niet altijd onmiddellijk zelf inzien als een zaak van sociale dumping, daar de lonen die zij uitbetaald krijgen, alhoewel misschien aanzienlijk lager dan de minimumlonen die moeten worden uitbetaald in het land van tijdelijke tewerkstelling, nog een stuk hoger liggen dan het minimumloon voorzien in hun eigen land van oorsprong. Hier komt ook nog eens bij dat voornamelijk ook buitenlandse werknemers vaak helemaal niet op de hoogte zijn van de rechten waarop ze aanspraak kunnen hebben. Het gebrek aan betrouwbare informatie over

¹⁰⁹ Zie B. BUYSSE, M. DE JONGHE en S. KOHNENMERGEN, "Sociale fraude bij detachering zorgt voor oneerlijke concurrentie" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 688-689.

arbeidsvoorwaarden of het feit dat deze informatie vaak niet beschikbaar is in hun eigen taal bemoeilijkt ook een mogelijk optreden van de betrokken werknemers¹¹⁰.

Werknemersorganisaties zijn immers van oordeel dat, zolang bepaalde opdrachtgevers en hoofdaannemers die ter kwader trouw zijn hun frauduleuze praktijken – waarbij met opeenvolgende onderaannemers contracten worden gesloten, net om ervoor te kunnen zorgen dat aan het uiteinde van de keten buitenlandse onderaannemers bewust de sectorale loon- en arbeidsvoorwaarden niet zullen toepassen en de sociale bijdragen niet zullen betalen –, met een gevoel van ongestraftheid kunnen voortzetten, het onmogelijk zal zijn om efficiënt tegen sociale fraude op te treden¹¹¹. Er lijkt dus een grote preventieve rol weggelegd voor een dergelijk systeem, daar de hoofdaannemer er natuurlijk alle belang bij heeft om zijn onderaannemers goed te controleren en te selecteren. Een extra argument voor het instellen van een regeling vloeit voort uit het feit dat het Hof van Justitie een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid aanzag voor een adequate maatregel om de toepassing van de detachingsrichtlijn te waarborgen. Zo bepaalde het Hof dat een regeling inzake ketenaansprakelijkheid, waarbij een aannemer aansprakelijk is voor de betaling van het minimumloon en de bijdragen voor de sociale zekerheid, in het geval deze een beroep doet op een onderaannemer, een adequate maatregel vormt, waarbij deze maatregel niet in strijd is met de bepalingen van het vrij verkeer van dienstverrichting, daar deze maatregel aan de ter beschikking gestelde werknemers een waarborg biedt, omdat aan de eerste schuldenaar van het minimumloon, namelijk de werkgever, een hoofdelijk met de eerste verbonden tweede schuldenaar wordt toegevoegd¹¹². Daar systemen van hoofdelijke aansprakelijkheid objectief gezien de bescherming van werknemers versterken in een context van grensoverschrijdende onderaanneming, kunnen zij in principe een gerechtvaardigde beperking uitmaken op het vrij verkeer van diensten. Het is hierbij irrelevant

¹¹⁰ Alhoewel er de laatste jaren verschillende initiatieven zijn ontwikkeld om gedetacheerde werknemers in hun eigen taal op de hoogte te stellen van de toepasselijke arbeidsvoorwaarden in het land van tijdelijke tewerkstelling. In dat opzicht wordt ook in het voorstel tot een Handhavingsrichtlijn (COM(2012)131def van 31 maart 2012) volop ingespeeld op deze verbeterde toegang tot informatie en de lidstaten worden opgedragen noodzakelijke maatregelen te nemen die ervoor kunnen zorgen dat buitenlandse gedetacheerde werknemers op een eenvoudige, vrij toegankelijke en verstaanbare (dit impliceert ook de andere talen dan de nationale officiële talen van het land) informatie bieden over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden (zie art. 5 van het voorstel).

¹¹¹ Zie A. LEURS en F. MEEUW, "Detachering: economische zegen of sociale dumping?" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 643-644.

¹¹² HvJ C-60/03, *Wolff & Müller*, Jur. 2004, I-9553. Het Hof van Justitie heeft nog in twee andere zaken een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid diene te beoordelen. In een eerste zaak werd de Belgische regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid en inhoudingsplicht voor fiscale schulden tegen het licht gehouden. Dit fiscaal systeem werkte parallel met het vroegere systeem van de hoofdelijke aansprakelijkheid voorzien in artikel 30bis van de RSZ-wet. De fiscale regeling werd in strijd met het vrij verkeer van dienstverrichting beschouwd (HvJ C-433/04, *Commissie v. België*, Jur. 2006, I-10653). Een dergelijke regeling schrikt immers niet-geregistreerde buitenlandse aannemers af om diensten te verrichten in België en derhalve ook potentiële klanten om een beroep te doen op deze buitenlandse aannemers. De Belgische regel is immers niet proportioneel. Een algemene, automatische en onvoorwaardelijke toepassing van de hoofdelijke aansprakelijkheid in de inhouding, zonder rekening te houden met de individuele situaties van dienstverrichters die niet in België gevestigd en geregistreerd zijn, terwijl sommige van hen in beginsel die belastingen en voorheffingen niet verschuldigd zijn, gaat te ver. Alhoewel het Hof alleen de fiscale regeling viseerde, kwam ook de sociaalrechtelijke regeling onder druk en werd een herziening ingevoerd, waarbij ook voor een ont koppeling van de vereiste tot registratie en de sociale en fiscale gevolgen werd gekozen. Sinds 1 januari 2008 geldt dus een nieuw systeem zonder registratieverplichting, waarbij het een verplichting is voor de opdrachtgever of de aannemer om inhoudingen uit te voeren ingeval er sociale en/of fiscale schulden zijn, in hoofdte van de aannemer of de onderaannemer/medecontractant (zie art. 55 en art. 138-170 programawet 27 april 2007, BS 8 mei 2007; zie ook bespreking daarvan Y. JORENS, "Detachering in de Belgische praktijk: een overzicht van enkele toepassingsproblemen" in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Brugge, die Keure, 2009, 346 e.v.). Recentelijk was het Hof (HvJ C-186/12, *Impacto Azul*, 20 juni 2013, onuitg.) van oordeel dat art. 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een nationale Portugese regeling die in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen uitsluit van de toepassing van het beginsel dat moedermaatschappijen hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de schuldeisers van hun dochterondernemingen.

dat zulk een systeem maar beperkte gevolgen heeft, daar dergelijke werknemers vaak maar voor een heel korte tijd voor een bepaald project in Duitsland aanwezig waren en zij niet vertrouwd zijn met de Duitse taal of de Duitse wetgeving en de toepassing van zo een waarborgclausule derhalve tot moeilijkheden zal leiden in de praktijk. Ook het economische argument dat zulke waarborg tot minder voordelen leidt, indien de mogelijkheid om een tewerkstelling in Duitsland te bekomen verminderd is, wordt door het Hof van Justitie niet in aanmerking genomen.

Voor velen vormde en vormt deze rechtspraak dan ook een indicatie voor de mogelijke conformiteit van een dergelijke regeling met het Europees recht¹¹³.

B. Het Belgische systeem

Uiteindelijk besloot België dan ook om een hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen in te stellen. Hiermee is België slechts het achtste land¹¹⁴ in de Europese Unie dat op dit ogenblik een systeem kent van hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen¹¹⁵.

Reeds eerder hadden Oostenrijk¹¹⁶, Duitsland¹¹⁷, Spanje¹¹⁸, Finland¹¹⁹, Frankrijk¹²⁰, Italië¹²¹ en Nederland¹²² een systeem ingevoerd¹²³.

Niet dat de idee van een hoofdelijke aansprakelijkheid onbekend was in het Belgisch recht. Zo vinden we zulke aansprakelijkheid ook terug voor de betaling van socialezekerheidsbijdragen, en loonschulden¹²⁴ in de Wet op de uitzendarbeid¹²⁵; in de Welzijnswet¹²⁶; in de wetgeving inzake openbare aanbesteding¹²⁷; en in de omzetting van

¹¹³ Ook in de memorie van toelichting bij de programmawet die de hoofdelijke aansprakelijkheid invoert, wordt uitdrukkelijk verwezen naar deze rechtspraak van het Hof van Justitie, zie DOC 53-2081/001, "Ontwerp van Programmawet", 41.

¹¹⁴ Wat tevens verklaart waarom het instellen van een Europees systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid tegenstand oproept.

¹¹⁵ Voor een overzicht en bespreking van deze systemen verwijzen we naar Y. JORENS, M. HOUWERZIJL en S. PEETERS, *Study on the Protection of Workers' Rights in Subcontracting Processes in the European Union: Final Study*, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Brussel, 2012. Deze studie geeft enerzijds een overzicht van de wettelijke regelingen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid doorheen het sociaal recht (minimumlonen, socialezekerheidsbijdragen en loonschulden, gezondheid en veiligheid op het werk, openbare aanbesteding, illegale tewerkstelling, uitzendarbeid) en in 14 landen werd een uitvoerige studie verricht naar de toepassing in de praktijk van de hoofdelijke aansprakelijkheid bij lonen en veiligheid en gezondheid op het werk.

¹¹⁶ Sect. 7a(2) en 7c van de *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG*.

¹¹⁷ § 14 van de *Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG* van 20 April 2009 (*German Official Journal (BGBl.)*, I, 799).

¹¹⁸ Art. 42 van de *Workers Statute* (Royal Legislative Decree 1/1995, 24 March).

¹¹⁹ Act on the Contractor's Obligations and Liability when Work is Contracted out (Laki tilaajan selvitysvastuusesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä) van 22 december 2006, Law 2006/1233, *Publication: Official Journal (Säädoskoelma)* 27 december 2006, 187/2006.

¹²⁰ Alleen voor illegale tewerkstelling, zie bv. art. 71 wet 2004/810 van 13 augustus 2004 (OJFR, 17 augustus 2004) en besluit 2005/1334 van 27 oktober 2005 met het OJFR van 29 november 2005 en wet 2005/882 van 2 augustus 2005 (OJFR 179 van 3 augustus 2005, 12.639).

¹²¹ Artikel 29, § 2 van het Legislative Decree (D.Jgs.), 10 september 2003, 276 "Enabling Act on Employment and Labour Market Granted by Law 14 February 2003, n.30" (G.U. 10 oktober 2003, 235) as amended.

¹²² Minimum Wage and Minimum Holiday Allowance Act (WML).

¹²³ Wat de EFTA-landen betreft, heeft ook Noorwegen een systeem.

¹²⁴ Art. 30bis RSZ-wet.

¹²⁵ Art. 31 e.v. wet 24 juli 1987.

¹²⁶ Art. 5 e.v. wet 4 augustus 1996.

¹²⁷ Art. 40 en 42 wet 15 juni 2006, BS 15 februari 2007. Gelet op het feit dat deze artikelen van de wet nog niet in werking zijn getreden, geldt heden ten dage nog wel de wet van 24 december 1993, BS 22 januari 1994, die echter in gelijkaardige bepalingen voorziet (art. 12 van deze wet).

de Europese Sanctierichtlijn 2009/52/EG voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen¹²⁸.

De Belgische wetgever heeft hierbij gekozen voor een sectorale aanpak waarbij de wettelijke regeling een kaderregeling is die slechts van toepassing zal zijn op die risicoactiviteiten¹²⁹ die worden bepaald bij KB na advies van de paritaire comités of de Nationale Arbeidsraad. Intussen is deze regeling van toepassing op de volgende sectoren: PC 317 bewakings- en/of toezichtsdiensten; PC 124 bouwbedrijf; PC 149.01 elektriciens; PC 126 stoffering en houtbewerking; PC 111 metaal-, machine- en elektrische bouw; PC 144 landbouw; PC 145 tuinbouwbedrijf; PC 121 schoonmaak en bepaalde activiteiten in de PC's 118 en 119 voedingsnijverheid en handel in voedingswaren¹³⁰.

De Belgische regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loon houdt in het kort in dat er een hoofdelijke aansprakelijkheid is van opdrachtgevers, aannemers en onderaannemers in een productieketen ten aanzien van de aannemer of onderaannemer die zich onder hen in de keten bevindt en die zijn werknemers *aanzienlijk* te weinig betaalt. Hieruit volgt dat niet elke tekortkoming op het vlak van de loonbetalingsplicht aanleiding geeft tot deze aansprakelijkheid, maar dat een zwaarwichtige tekortkoming is vereist. Het gaat hierbij om het loon dat eisbaar wordt gedurende de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals de inspectie dit ook verder bepaalt in een kennisgevingsbrief. In een eerste fase zal de inspectie de opdrachtgever, aannemer of onderaannemer schriftelijk in kennis stellen van de tekortkoming in de betaalverplichting door een werkgever/onderaannemer¹³¹. De inspectie of de werknemer heeft hierbij dus de mogelijkheid om een schuldenaar kiezen, één iemand uit de keten, die volgens hen het meest geschikt is¹³². Wel is een zwaarwichtige tekortkoming vereist op het vlak van de loonbetalingsplicht¹³³. Hieronder verstaat men, volgens de memorie van toelichting, de betaling van een loon dat minder is dan het laagste loon dat geldt voor de betrokken sector. Het niet-tijdig of volledig betalen van het normale verschuldigde loon dat hoger is dan het minimumloon, valt hier dus niet onder. Het belang van deze schriftelijke kennisgeving door de inspectie mag niet onderschat worden daar deze kennisgeving immers tevens het ogenblik bepaalt vanaf wanneer de hoofdelijke aansprakelijkheid begint te gelden, met name geldt deze maar ten vroegste 14 werkdagen na de vermelde kennisgeving door de inspectie met een maximum

¹²⁸ De nieuwe artikelen 35/7 tot 35/13 van de Loonbeschermingswet (ingevoerd bij wet van 11 februari 2013 tot vaststelling van sancties en maatregelen voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, BS 22 februari 2013). De opdrachtgever (indien hij ervan op de hoogte is)/aannemer van wie de directe onderaannemer illegale werknemers tewerkstelt is hoofdelijk aansprakelijk. De aannemer kan hieraan ontsnappen wanneer de onderaannemer schriftelijk verklaart dat hij geen illegale werknemers tewerkstelt. Indien hij hoofdelijk aansprakelijk is, kan hij een bijkomende sanctie (van niveau 4 volgens het Sociaal Strafwetboek) oplopen. Opdrachtgevers/aannemers van wie de indirecte onderaannemer illegalen tewerkstelt (= ketenaansprakelijkheid) zijn pas hoofdelijk aansprakelijk indien het hun bekend is dat de onderaannemer illegalen tewerkstelde. In tegenstelling tot de regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid voor lonen, geldt dit systeem voor alle sectoren. Door ook opdrachtgevers hoofdelijk aansprakelijk te stellen, gaat de Belgische wetgeving verder dan de Sanctierichtlijn (wat deze laatste wel toestaat), die zich immers beperkt tot de aannemers.

¹²⁹ Zie ook M. GRATIA, "Lutte contre la fraude sociale et mécanismes de responsabilité solidaire: évolution de la matière et actualité", *Dr. Soc. Pénal* 2013, 42-43.

¹³⁰ Zie hiervoor de reeks KB's van 17 augustus 2013, BS 28 augustus 2013 en het KB van 11 september 2013, BS 19 september 2013.

¹³¹ Deze laatste krijgt ook een afschrift.

¹³² Hiertegen is beroep mogelijk bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank.

¹³³ Het kan hier ook gaan om een loonschuld die betrekking heeft op prestaties verricht voor een andere opdrachtgever/aannemer. In deze fase zijn de loonschulden alleen indicatief om aan te tonen dat er een aanzienlijke tekortkoming is. Het gaat hier nog niet om een ingebrekestelling.

van één jaar¹³⁴. Deze maximumperiode van één jaar geldt dus ongeacht of bv. werkzaamheden voor die opdrachtgever worden verdergezet of stopgezet tijdens de betrokken periode van één jaar.

Door het systeem van de kennisgeving zal dus het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in werking treden. Opmerkelijk is ook wel dat deze kennisgeving van de inspectie door de betrokken werkgever/onderaannemer op elke plaats waar hij werknemers tewerkstelt – een verplichting dewelke geen sinecure vormt voor buitenlandse werkgevers¹³⁵ – moet worden aangeplakt op straffe van een sanctie van niveau 2. De opdrachtgevers/hoofdaannemers moeten dit tevens aanplakken op de plaatsen waar ze de onderaannemer werken laten uitvoeren. Men beoogt hier klaarblijkelijk om via dit systeem van een wel zeer ver gedreven transparantie door aanplakkingen – om niet te spreken van een schandpaal – duidelijk te stellen wie een malafide (onder)aannemer is in de keten¹³⁶. Kan een bonafide werkgever zijn aansprakelijkheid beperken of zelfs uitsluiten? Een onvoorwaardelijke aansprakelijkheid zou men immers aan de ene kant kunnen aanzien voor een disproportionele maatregel voor bonafide ondernemingen. Hoe langer de keten, hoe meer nood er is aan informatie en mogelijkheden tot controle voor ondernemingen hoog in de keten en ook hoe zwaarder de lasten voor deze ondernemingen immers zullen zijn om dit te kunnen controleren. Aan de andere kant lijkt de mogelijkheid om zich te exonereren van een aansprakelijkheid gedeeltelijk in strijd te zijn met de hoofddoelstelling van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid. De Belgische wetgeving bepaalt dat de hoofdelijk aansprakelijke zijn aansprakelijkheid kan ontlopen door zijn samenwerking stop te zetten met betrokken aannemer en/of onderaannemer. Hij kan hierbij in zijn contract met deze onderaannemer een verbrekingsclausule opnemen of stellen dat de kennisgeving door de inspectie als een ontbindende voorwaarde wordt beschouwd of bv. in de mogelijkheid voorzien om inhoudingen te verrichten op de facturen enz. Vervolgens kan hij ook de werkgever/schuldenaar aanzetten tot betaling van het minimumloon (dus een regularisatie) of zelf reeds het achterstallige loon betalen en dit inhouden op of verrekenen met de factuur. Betrokken opdrachtgever/aannemer kan natuurlijk ook wachten met betaling tot hij effectief wordt aangemaand. Het Belgische systeem wil dus eigenlijk de werkgevers aanporren om zelf initiatief te nemen. De werkgever heeft hiervoor dus 14 dagen tijd.

Na deze kennisgeving is de tweede stap de aanmaning tot betaling per aangetekende brief, hetzij via de werknemer (een burgerrechtelijke procedure), hetzij via de inspectie. Men is immers verplicht onverwijld, dit wil zeggen binnen de vijf werkdagen na verzending van de aanmaning, over te gaan tot betaling van het verschuldigde loon van het personeel van de onderaannemer¹³⁷.

C. Een Europees systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid als onderdeel van een Handhavingsrichtlijn

Reeds eerder hebben we erop gewezen dat zeker niet kan worden gesteld dat een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid ruim is verspreid binnen de Europese Unie.

¹³⁴ Zie art. 35/4, § 4 Loonbeschermingswet. Hierdoor is het niet uitgesloten dat in geval van zeer korte detacheringen, de werf al is afgelopen vooraleer het systeem in werking treedt.

¹³⁵ Of kan dit eventueel aangezien worden voor een mogelijke belemmering?

¹³⁶ De inhoud van de kennisgeving dient bv. de naam van de werknemers te vermelden, het loon waarop de werknemer recht heeft, het gedeelte niet-betaalde loon, het gemiddeld aantal tewerkgestelde werknemers en eventueel zelfs het percentage van het minimumloon en het percentage van het aandeel in de omzet en ook nog de periode van aansprakelijkheid, die – zoals gemeld – maximaal één jaar is.

¹³⁷ Na vijf dagen zijn er verwijnteressen verschuldigd. Laattijdige betaling geeft ook aanleiding tot strafsancties.

De idee van een regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid vindt tevens vandaag zijn weergave op Europees niveau daar het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid immers ook is voorzien in het voorstel van Handhavingsrichtlijn ter waarborging van de rechten bepaald in de Detacheringsrichtlijn 96/71 dat de Europese Commissie heeft neergelegd en dat deze dagen wordt besproken¹³⁸.

Dit voorstel van Handhavingsrichtlijn stelt een heel pakket maatregelen samen. Deze maatregelen willen in de eerste plaats betere informatie bieden aan gedetacheerde werknemers, wat ook hun vertrouwde met de regelen van de Detacheringsrichtlijn en de rechten die zij op basis van deze richtlijn opbouwen, dient te versterken. In de tweede plaats worden ook een aantal publieke handhavingsmiddelen ingesteld zoals betere controle door inspectiediensten en het duidelijk afbakenen van de samenwerking tussen inspectiediensten alsmede de naleving van sancties die zouden worden opgelegd aan buitenlandse werkgevers¹³⁹. Ten slotte wordt ook de invoering van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voorzien dat echter tot de nodige discussies leidt. Waar de ene partij van oordeel is dat de invoering van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid niet kan of wenselijk is, ziet men aan de andere kant dan weer partijen aanhalen dat het voorgestelde mechanisme een zeer zwak afkooksel is van soms nationaal geconcipeerde systemen van hoofdelijke aansprakelijkheid en het te beperkt is. Niet dat de Europese Unie hierbij aan haar proefstuk was. Een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid kon immers reeds gevonden worden in de Europese Sanctierichtlijn 2009/52/EG voor werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen¹⁴⁰, zoals ingevoerd in België bij de wet van 11 februari 2003. De Handhavingsrichtlijn stelt een verplicht systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in¹⁴¹. Volgens het voorstel geldt deze verplichting echter alleen voor gedetacheerde werknemers, inbegrepen deze die via uitzendkantoren worden gestuurd, in de bouwsector. De bouwsector is immers de sector waar het grootste aantal van gedetacheerde werknemers wordt tegengekomen en ook een van de meest gevoelige sectoren voor misbruik. De gedetacheerde werknemer of eventueel ook de fondsen hebben derhalve de mogelijkheid om ook, naast de rechtstreekse werkgever van de gedetacheerde werknemer, een aannemer in de keten aansprakelijk te stellen. Deze aansprakelijkheid voor de contractor die naast of in de plaats van de directe werkgever van de werknemers komt, is echter beperkt tot de contractant van wie de werkgever van de betrokken werknemers een directe subcontractant is. Het is immers deze contractant/aannemer die verantwoordelijk wordt geacht voor de keuze van de onderaannemer. Er ontstaat dus geen aansprakelijkheid hoger in de keten en er is dus ook geen ketenaansprakelijkheid. De betrokken aannemer is aansprakelijk voor het achterstallige nettoloan dat met het minimumloon overeenkomt en de bijdragen verschuldigd aan bv. gemeenschappelijke fondsen, net als voor nabetalingen of terugbetalingen van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, die onrechtmatig op zijn of haar loon zijn ingehouden.

Voor sommigen heeft een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid dat beperkt is tot de rechtstreekse aannemer geen zin. Een aansprakelijkheid beperkt tot de rechtstreek-

¹³⁸ Zie COM(2012)113def, Brussel, 31 maart 2012.

¹³⁹ Zo verduidelijkt men de mogelijkheid en het antwoord op de vraag welke administratieve controlemaatregelen de nationale lidstaten nog kunnen opleggen, welke bevoegdheden nationale inspectiediensten hebben, en wil men administratieve boetes die worden opgelegd ook werkelijk kunnen innen door middel van een systeem van wederzijdse bijstand en erkenning.

¹⁴⁰ Zie *Pb.L.* 30 juni 2009, afl. 168, 24, in het bijzonder art. 8.

¹⁴¹ Zie art. 12 van het voorstel.

se aannemer is immers ineffectief en biedt weinig waarborgen, daar deze aansprakelijkheid heel snel kan vermeden worden door een 'vals opgezette werkgever' tussen de aannemer en zijn rechtstreekse onderaannemer te plaatsen. In dergelijke gevallen zal de werknemer nog steeds alleen zijn eigen werkgever kunnen aanspreken¹⁴².

De regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de rechtstreekse aannemer kent echter nog een aantal bijzondere extra voorwaarden:

- ten eerste dient het systeem dat lidstaten moeten introduceren op een niet-discriminerende basis te worden ingesteld met betrekking tot de bescherming van de gelijkwaardige rechten van werknemers van op hun grondgebied gevestigde directe onderaannemers. Alhoewel de Richtlijn alleen betrekking heeft op een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van detacheringssituaties zoals bepaald door de Detacheringsrichtlijn en dus in grensoverschrijdende situaties, verplicht deze bepaling dat lidstaten ook gelijkaardige maatregelen dienen te nemen voor nationale situaties;
- de lidstaten bepalen dat de contractant die de vereiste zorg heeft betracht, niet aansprakelijk kan worden gesteld; zulke systemen kunnen preventieve maatregelen van de contractant impliceren met betrekking tot door de subcontractant verstrekt bewijsmateriaal omtrent de werkomstandigheden van gedetacheerde werknemers, inclusief loonstrookjes en betaling van loon en de naleving van de verplichtingen inzake sociale zekerheid en/of belastingen¹⁴³;
- de lidstaten mogen, indien zij dat willen, strengere maatregelen van aansprakelijkheid vaststellen, alsmede deze regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid ook uitbreiden tot andere sectoren (waarbij men rekening houdt met verschillende systemen van hoofdelijke aansprakelijkheid die er reeds in de lidstaten bestaan).

Bij het instellen van eender welke handhavingsmaatregel in een Europese regel, dient men uit te zoeken of we met een proportionele maatregel te maken hebben. Volgens de Europese Commissie is dit wel degelijk het geval en brengt zulk systeem geen te grote administratieve last voor ondernemingen met zich mee. In een *impact assessment study* die de Europese Commissie uitvoerde naar aanleiding van het voorstel berekende de Commissie dat het instellen van zulk een systeem voor België een kost van honderdduizend euro zou impliceren¹⁴⁴. Daar België intussen een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid heeft ingesteld in uitvoering van de Sanctierichtlijn 2009/52, zou deze kost nog lager moeten liggen. Volgens de Europese Commissie is het invoeren van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid een private handhavingsmaatregel en een maatregel van zelfregulering tussen private actoren, wat proportioneeler kan worden geacht dan het opleggen van sancties als een gevolg van inspecties door controleoverheden, omwille van het feit dat het aan de werkgevers is om de lonen van de werknemers te betalen.

¹⁴² Zie bv. het standpunt van EFBWW (European Federation of Building and Woodworkers) in hun assessment study van juni 2012 met betrekking tot het voorstel van Handhavingsrichtlijn, 16.

¹⁴³ Zie art. 12, lid 2 van het voorstel.

¹⁴⁴ COM(2012)63def van 21 maart 2012, Commission Staff Working Document, Impact Assessment, "Revision of the Legislative Framework on the Posting of Workers in the Context of Provision of Services", accompanying the document on a proposal for the enforcement Directive, 59.

V. Nog een antimisbruikbepaling: de cirkel rond?

A. Een sluitstuk ter bestrijding van sociale fraude

In de programmawet van 27 december 2012¹⁴⁵ werd nog een antifraude-instrument ingesteld. Hoofdstuk 2 dat de titel "Bestrijding van wetsontwijking en wetsontduiking" draagt, voegt een algemene rechtsmisbruikbepaling toe in het sociaal recht waarbij men het fiscale recht volgt¹⁴⁶. Op het eerste gezicht lijkt het dus, naast de eerder besproken antimisbruikbepaling in het kader van detacheringssituaties, om een tweede antimisbruikbepaling te gaan. Maar we hebben er al eerder op gewezen dat de detacheringssituatie eerder fraude beoogt. Met deze algemene bepaling wil men niet zozeer fraude bestrijden – wat immers geen zin heeft omdat dit reeds kan geschieden op basis van het Sociaal Strafwetboek – maar situaties van rechtsmisbruik. Dit is het geval indien men zich door middel van op zichzelf geoorloofde en ongeveinsde handelingen in een toestand plaatst – waardoor men zich onttrekt aan een wet of zich juist binnen de toepassing van deze wet plaatst – om een resultaat te bekomen dat in strijd is met de doelstellingen van de sociale wetgever¹⁴⁷. Met deze bepaling wil de wetgever dus een sluitstuk breien aan een hele reeks van antifraudemaatregelen en situaties verbieden waartegen men tot op heden niet echt kon optreden. Men kan hierbij denken aan allerlei constructies die men heeft opgezet om vormen van schijnzelfstandigheid toe te kunnen laten. Alhoewel het nog eerder onduidelijk is in welke omstandigheden deze bepaling toepassing zal vinden. De wetgeving bepaalt immers dat dit verder zal worden bepaald bij koninklijk besluit – dus de uitvoerende en niet de wetgevende macht – , na advies van de Nationale Arbeidsraad¹⁴⁸.

Dit misbruik kan worden vastgesteld door de instellingen van sociale zekerheid – dit kunnen ook de meewerkende instellingen van sociale zekerheid zijn, namelijk de privaatrechtelijke instellingen die erkend zijn om mee te werken aan de toepassing van de wetgeving betreffende de sociale zekerheid, waaronder dus ook bv. werknemersorganisaties – en de sociaal inspecteurs. De instantie die zich beroept op de antimisbruikbepaling dient ook het bewijs van dit misbruik te leveren dat echter beperkt is tot het aantonen dat het een juridische operatie of rechtshandeling betreft die strijdig is met het doel van de wet. Het subjectieve element, met name dat de betrokken persoon deze rechtshandeling heeft gesteld met als wezenlijk doel een misbruik te plegen (bv. om een sociaal voordeel te bekomen), dient niet door de betrokken instelling te worden bewezen. Voor deze instellingen zou het immers een bijna onmogelijke taak zijn om aan te tonen dat de vormkeuze gemaakt door betrokkene uitsluitend was ingegeven door deze sociale motieven. In geval van misbruik is de betrokken rechtshandeling alleen niet-tegenstelbaar aan de betrokken socialezekerheidsinstellingen¹⁴⁹.

B. Misbruik bij het Europees vrij verkeer van personen?

Reeds in de inleiding hebben we erop gewezen dat er de dag van vandaag een negatief gevoel heerst van mogelijk sociaal toerisme waarbij buitenlandse personen zich bv. als zelfstandige hier komen vestigen om dan aanspraak te maken op OCMW-steun.

¹⁴⁵ BS 31 december 2012, 2^{de} uitgave.

¹⁴⁶ In het fiscaal recht kent men een algemene antimisbruikbepaling in artikel 344 van het WIB 92 (Wetboek van de inkomstenbelastingen).

¹⁴⁷ Zie art. 27 programmawet.

¹⁴⁸ Art. 29 programmawet.

¹⁴⁹ Art. 27 programmawet.

Maakt betrokkene hierbij dan bv. misbruik van zijn recht op vrij verkeer? Nu heeft het begrip rechtsmisbruik in het Europees recht een hele ontwikkeling gekend in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Het principe van het verbod op misbruik van recht dekt dan ook meerdere ladingen – gaande van oneigenlijk gebruik over wetsontduiking tot bedrog – waarbij men om vast te stellen of er sprake is van misbruik, moet werken op een case-by-case basis en zich dient te baseren op objectieve bewijzen¹⁵⁰. Waar het Hof van Justitie de theorie van rechtsmisbruik eerst ontwikkelde in het kader van het vrij verkeer van dienstverrichting, breidde het zich nadien uit naar andere beleidsdomeinen maar kende het ook inhoudelijke wijzigingen. Het principe werd aldus reeds toegepast met betrekking tot het vrij verkeer van diensten¹⁵¹, het vrij verkeer van goederen¹⁵², het vrij verkeer van werknemers¹⁵³, vrijheid van vestiging en ondernemingsrecht¹⁵⁴, het gemeenschappelijke landbouwbeleid¹⁵⁵, de sociale zekerheid¹⁵⁶ en het belastingrecht¹⁵⁷.

Wat houdt dit principe in? Opdat er sprake is van misbruik wordt vereist dat de betrokken handelingen, in weerwil van de formele toepassing van de voorwaarden die worden opgelegd door de bepalingen van het Europese secundaire recht en de nationale wettelijke regeling tot omzetting hiervan (bv. in geval van een richtlijn), ertoe leiden dat in strijd met het door deze bepalingen beoogde doel een voordeel wordt toegekend. Ten tweede moet uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken handelingen erin bestaat een voordeel te verkrijgen. Waar het eerste criterium een objectief criterium is, hebben we bij het tweede criterium met een subjectief criterium te maken¹⁵⁸. Wat betreft rechtsmisbruik in het veld van vrij verkeer van werknemers echter, stellen we vast dat het Hof erkent dat misbruik van het recht op vrij verkeer van werknemers in principe mogelijk is, maar hierbij zeer weinig ruimte laat voor de effectieve toepassing ervan¹⁵⁹. Het Hof is hier immers vrij terughoudend.

Zeker door de invoering van dit Europees burgerschap lijkt misbruik bijna onmogelijk te worden. Een mooi voorbeeld hiervan kan gevonden worden in de zaak-Akrich¹⁶⁰ in verband met het vrij verkeer van personen en het verblijfsrecht van een niet-EU-onderdaan die gehuwd is met een EU-onderdaan en waarbij betrokkene een beroep deed op het Europees recht om nationale immigratiebepalingen te omzeilen. Dhr. Akrich is een Marokkaanse onderdaan die het Verenigd Koninkrijk wil binnenkomen en daar verblijven maar die in het verleden al verschillende keren het land was uitgezet¹⁶¹. Hij verhuist echter tijdelijk naar Ierland waar zijn Britse echtgenote woont, met de enkele bedoeling om via deze tijdelijke afwezigheid voor Dhr. Akrich bij terugkomst in het Verenigd Koninkrijk een verblijfsrecht te creëren en de nationale immigratiebepalingen

¹⁵⁰ K.E. SØRENSEN, "Abuse of Rights in Community Law: a Principle of Substance or Merely Rhetoric?", *CML Rev* 2006, 452.

¹⁵¹ Zie bv. HvJ C-33/74, *Van Binsbergen*, *Jur.* 1974, 1299.

¹⁵² Zie bv. HvJ C-110/99, *Emstland-Stärke*, *Jur.* 200, I-11569.

¹⁵³ Zie bv. HvJ C-39/86, *Lair*, *Jur.* 1998, I-3161.

¹⁵⁴ Zie bv. HvJ C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I-1459.

¹⁵⁵ Zie bv. HvJ C-8/92, *General Milk Products*, *Jur.* 1993, I-779.

¹⁵⁶ Zie bv. HvJ C-206/94, *Paletta II*, *Jur.* 1996, I-2357.

¹⁵⁷ Zie bv. HvJ C-255/02, *Halifax*, *Jur.* 2006, I-01609.

¹⁵⁸ Zie bv. HvJ C-255/02, *Halifax*, *Jur.* 2006, I-01609, overw. 74-75.

¹⁵⁹ K. ZIEGLER, "'Abuse of Law' in the Context of the Free Movement of Workers" in R. DE LA FERIE en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 300.

¹⁶⁰ HvJ C-109/01, *Akrich*, *Jur.* 2003, 9607.

¹⁶¹ Schuldig bevonden aan poging tot diefstal en ook aan het gebruik van een valse identiteitskaart.

lingen te omzeilen. Het Hof heeft geen bijzondere aandacht voor dit misbruik, want de mogelijke bedoelingen waarmee een werknemer van een lidstaat in een andere lidstaat werk zoekt, zijn irrelevant voor zijn recht van toegang tot en verblijf op het grondgebied van laatstgenoemde staat, zolang hij er reële en daadwerkelijke arbeid in loondienst verricht of wenst te verrichten. Die bedoelingen zijn evenmin relevant voor de beoordeling van de rechtssituatie van het echtpaar op het moment van terugkeer naar de lidstaat waarvan de werknemer onderdaan is. Een dergelijk gedrag kan geen misbruik opleveren¹⁶². Het Hof laat zich aldus niet in met de subjectieve beweegredenen die een werknemer ertoe hebben aangezet om in een andere lidstaat te gaan werken, zelfs indien dit louter is voor de gunstigere sociale voordelen die een werknemer in die lidstaat wil genieten. Dit is ook niet verwonderlijk omdat het bijna onmogelijk is te bewijzen waarom iemand gaat werken in een andere staat. Dit kan zijn omdat men werk zoekt, maar het kan net zo goed zijn om in de nabijheid van zijn familie te gaan wonen of omwille van het klimaat¹⁶³.

Het Hof stelt zich eigenlijk niet de vraag of men misbruik heeft gemaakt van het vrij verkeer, maar of men er gebruik van heeft gemaakt¹⁶⁴. Misbruik van recht wordt hier dus niet zozeer gehanteerd om de mogelijke rechten die men bekomt op basis van het vrij verkeer te omkaderen, maar wel eerder om betrokkene sowieso uit te sluiten van de toepassing van de bepalingen van het vrij verkeer¹⁶⁵.

Het is immers heel moeilijk om een grens te trekken tussen aan de ene kant een misbruik van het EU-recht en aan de andere kant het gebruik dat men maakt van het EU-recht voor een doel dat de EU-wetgever niet had beoogd, maar dat het EU-recht wel mogelijk maakt¹⁶⁶. Mevrouw Akrich maakte bv. expliciet gebruik van haar recht op vrij verkeer om zo vervolgens te kunnen genieten van een ander aanvullend recht dat het Europees recht haar uitdrukkelijk toekent. Dit is niet verboden. Het is dan ook onmogelijk om nadien artificiële voorwaarden te gaan stellen en haar uit te sluiten van de toepassing van het Europees recht. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat het feit dat men gebruikmaakt van zijn rechten om andere door het EU-recht toegekende rechten te genieten een impact zou hebben op de omvang van deze rechten¹⁶⁷.

Laat ons het voorbeeld nemen van een EU-onderdaan die zich in België komt vestigen als zelfstandige, met het doel te genieten van een gunstigere sociale bescherming. Deze laatste doelstelling is niet de bedoeling van dit vrij verkeer, maar het is wel het logische gevolg ervan. De fundamentele doelstelling van het Europees recht van vrij

¹⁶² HvJ C-109/01, *Akrich*, *Jur.* 2003, 9607, r.o. 53-54. Een ander bekend voorbeeld is de zaak-Chen (HvJ C-200/02, *Chen*, *Jur.* 2004, I-9925) waarbij een Chinees echtpaar ging bevallen in Ierland enkel en alleen omdat het kind onder het toenmalig Iers recht de Ierse nationaliteit zou krijgen en de ouders op grond daarvan een verblijfsrecht in het Verenigd Koninkrijk wisten te bekomen.

¹⁶³ Zie concl. advocaat-generaal GEELHOED in HvJ C-109/01 *Akrich*, *Jur.* 2003, 9607, r.o. 102.

¹⁶⁴ Zie daarvoor bv. ook K. ZIEGLER, "Abuse of Law in the Context of Free Movement of Workers" in R. DE LA FERIE en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 305.

¹⁶⁵ Zie bv. de zaak-Lair waarin het Hof bepaalde "dat, wanneer aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld dat een werknemer zich naar een Lid-Staat begeeft, met het enkele doel om daar, na een zeer korte periode van beroeps-werkzaamheid, aanspraak te kunnen maken op steun voor studenten, moet worden opgemerkt dat dergelijke misbruiken niet worden gedekt door de bepalingen van het gemeenschapsrecht" (HvJ C-39/86, *Lair*, *Jur.* 1998, 3161, overw. 43). Hiermee wil men dus nagaan of er inderdaad een effectieve en daadwerkelijke economische activiteit is, wat een voorwaarde is om überhaupt als werknemer te worden beschouwd. Dit is dus eerder een preliminaire vraag naar de toepassing van het Europees recht tout court.

¹⁶⁶ Zie concl. advocaat-generaal GEELHOED in HvJ C-109/01 *Akrich*, *Jur.* 2003, 9607, overw. 178.

¹⁶⁷ Zie ook E. SPAVENTA, "Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers" in R. DE LA FERIE en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 317.

verkeer, zoals ook door het Hof van Justitie geïnterpreteerd, bestaat er juist in om een zo breed mogelijke toepassing van het vrij verkeer van personen te realiseren. Vanuit zulk oogpunt is het heel moeilijk om iemands rechten te gaan wegnemen om de loutere reden dat ze worden uitgeoefend op een wijze die niet strookt met wat de EU-wetgever initieel voor ogen had en een onderscheid te maken tussen gebruikmaken van het recht op vrij verkeer en het misbruik ervan¹⁶⁸. Misbruik van recht betekent eigenlijk dat iemand het EU-recht gebruikt voor een andere reden dan de vooropgestelde doelstelling. Maar voor het Europees recht is dit irrelevant. Eenieder heeft het recht om zich vrij te bewegen binnen de Europese Unie, ongeacht de redenen hiervoor, of het nu om economische motieven gaat of om sociale motieven of dat men misschien gewoon op zoek gaat naar verdere zelfvoldoening. Het is dan ook principieel onmogelijk om te stellen dat een EU-burger een recht misbruikt of zo een misbruik creëert, wanneer dit recht überhaupt geen wel gedefinieerde doelstelling heeft¹⁶⁹.

Het aanwenden van een antimisbruikbepaling – zoals de Belgische bepaling – in Europeesrechtelijke situaties om bv. de neveneffecten van het sociaal toerisme te vermijden, is dan ook in strijd met dit Europees recht. Sociaal toerisme zal men dan ook veeleer als een mogelijke randschade van het fundamentele recht op vrij verkeer moeten beschouwen.

§ 3. Besluit

Sinds enkele jaren is de strijd tegen de sociale fraude speerpunt geworden van de Belgische regering en wetgever. De gevolgen van fenomenen als sociaal toerisme en sociale dumping krijgen meer en meer aandacht en er wordt geijverd voor een betere handhaving van de verschillende nationale en Europese sociale regels. Handhaving is de achillespees waartegen echter ook het succes van Europa wordt afgemeten. België staat hier niet alleen in, want ook in andere lidstaten groeit de aandacht voor de negatieve gevolgen van het vrij verkeer van werknemers en diensten. Heel wat initiatieven hebben dan ook het daglicht gezien in België, zoals onder meer de meldingsplicht LIMOSA, een antimisbruikbepaling bij detachingsverklaringen, een algemene antimisbruikbepaling, een versterking van het verbod van terbeschikkingstelling alsmede het instellen van een systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid voor minimumlonen. Al deze maatregelen dienen echter steeds tegen het licht gehouden te worden van de fundamentele beginselen van het Europees recht, waarbij het vaak – ook voor het Hof van Justitie – een moeilijke taak is om het evenwicht te vinden tussen de sociale en de economische doelstellingen van de Europese Unie. Lidstaten vragen zich hierbij vaak af of deze nationale controlemaatregelen de toets van het Europees recht doorstaan. De bespreking van enkele van deze maatregelen heeft aangetoond dat vele van deze maatregelen, hoe goed ze ook bedoeld zijn, de grenzen aftasten van het toelaatbare en het onduidelijk is of zij de toets van het Europees recht zullen overleven. Het is inderdaad vaak balanceren op een slappe Europese koord. Tegelijkertijd toont dit alles echter ook de noodzaak tot verregaande inspanningen aan en tot het nemen van Europese initiatieven die een efficiëntere grensoverschrijdende samenwerking en uitwisseling van informatie moeten kunnen toestaan en die in het algemeen ook effectievere controles door inspectiediensten moeten mogelijk maken.

¹⁶⁸ Zie ook E. SPAVENTA, "Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers" in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 318-319.

¹⁶⁹ Zie bv. M. DOUGAN, "Some Comments on the Idea of a General Principle of Community Law Prohibiting Abuses of Law in the Field of Free Movement for Union Citizens" in R. DE LA FERIA en S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law?*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 362.

5. SCHIJN BEDRIEGT ...

JOZEF DE WITTE

Directeur

i.s.m.

INGRID AENDENBOOM

Juridisch adviseur Directie en

PETRA BAEYENS

Stafmedewerkster Departement Migratie

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding