

De strijd tegen sociale fraude

balanceren op een slappe Europese koord

Prof. dr. Yves Jorens

Directeur IRIS

Colloquium van de Belgisch-Luxemburgse unie voor strafrecht

Brussel, 19 december 2013



De problematiek

Sociale fraude: een groeiende aandacht

- Interne markt: economisch wondermiddel met sociaal kerkhof?
- Sociale dumping
- Detacheringsfraude, vaak ook georganiseerd
- Sociaal toerisme
-



De controle:

“geen vrij verkeer van inspectiediensten”

De zoektocht naar oplossingen

- het moeilijke evenwicht tussen nationale controle maatregelen en Europese toelaatbaarheid -

“The practical impact of the (Posting) Directive will largely depend on the efficiency of the monitoring instruments used at national level”

Zoektocht naar oplossingen

- Nationale controlemaatregelen: sociale documenten, LIMOSA-verklaring...enig middel ter controle voor inspecteurs?
- Europees uitgangspunt:
 - ❖ gedetacheerde werknemers zijn niet gelijk te schakelen met nationale werknemers waarbij een volledige gelijkschakeling en gelijke behandeling inzake arbeidsvoorwaarden een negatie is van het vrij verkeer van dienstverrichting

Zoektocht naar oplossingen

- Zelfde uitgangspunt voor de controlemaatregelen: eerst controle door land van oorsprong en de oplegging van een controle door het ontvangstland dient afgetoetst aan een mogelijke belemmering van het vrij verkeer van dienstverrichting
 - ❖ Belgische documenten zijn een extra administratieve beperking
 - ❖ in het buitenland opgestelde documenten zijn toereikend (uitz. veiligheid en gezondheid, registers arbeidsduur)

Zoektocht naar oplossingen

- ❖ dat buitenlandse ondernemingen moeilijker te controleren zijn is geen rechtvaardiging ... MAAR toch bevinden ze zich in een andere situatie en dus geen discriminatie!
- ❖ gedurende tewerkstelling in België dienen arbeids- en sociale documenten ter beschikking te worden gehouden, vertaling tot op zekere hoogte kan
- ❖ na de tewerkstelling kan enkel nog samenwerking, en controle door Lid-Staat van vestiging ... hoe moeilijk deze samenwerking ook mag lopen....

De Belgische antwoorden

1) De LIMOSA-meldingsplicht

- ❖ vereiste voor vrij verkeer van werknemers en noodzakelijke voorwaarde voor controle, gekoppeld aan vrijstelling opstellen sociale documenten ...
- ❖ an sich een beperkende maatregel maar itt vergunningsplicht is aanmeldingsplicht in principe een passende maatregel (Commissie tegen Luxemburg) maar is dat ook zo voor de Belgische regeling?

De Belgische antwoorden

- Commissie tegen België: LIMOSA voor zelfstandigen in strijd met vrij verkeer van diensten
 - ❖ geen discriminatie want verschillende situatie
 - ❖ is een beperking: zelfs vereenvoudigde melding
 - ❖ aanvaarde rechtvaardigingsgronden: de voorkoming van oneerlijke concurrentie, gezien in haar sociale context en de bestrijding van sociale dumping; de vrijwaring van het financiële evenwicht van de sociale zekerheid en de strijd tegen schijnzelfstandigheid; en de bescherming van de zelfstandigen

De Belgische antwoorden

- ❖ proportioneel? De Belgische regeling schiet zijn doel voorbij! Gaat uit, zonder bewijs voor te leggen, van algemeen vermoeden van fraude !
Meldingsplicht immers niet beperkt tot die gevallen, waarin reden is om te controleren of de fiscale en sociale verplichtingen in België zijn nagekomen.
Maar de andere minder beperkende Europese alternatieven sluiten unilateraal handelen niet uit (bv. EESSI, samenwerkingsplicht in richtlijn 96/71...).

De Belgische antwoorden

- Bekritiseerbaar:
 - ❖ schijnzelfstandigheid kan je maar op Belgisch grondgebied controleren en als werknemer val je dan onder Belg. wetgeving
 - ❖ grote verschillen in cijfers tss LIMOSA en A-1

De Belgische antwoorden

- Algemeenheid van formulering kan een LIMOSA-bis (KB van 19 maart 2013) moeilijk, en wel eens onmogelijk maken.
- Kleine excursie: sommige verplichtingen van LIMOSA-werknemers (deze zijn wel onderworpen aan de Belg. Wetgeving) ook in strijd met Europees Gemeenschapsrecht!

De Belgische antwoorden

2) De A-1 misbruikbepaling

❖ A-1 formulier:

- geen constitutieve vereiste
- grote rechtskracht met bijna onweerlegbaar vermoeden van vervulling detacherings-voorwaarden in schril contrast met realiteit (gebrek aan a priori controle?)
- gebaseerd op Europese loyauteitsverplichting
- dialoog- en bemiddelingsprocedure met uitzendstaat

De Belgische antwoorden

- geldt zowel voor socialezekerheidsinstellingen als rechterlijke macht
- overleg is vereist en uitzendstaat moet intrekken → irrelevant of interpretatieproblemen, onjuiste gegevens of zelfs fraude
- verantwoordelijkheid bij uitzendstaat en eventueel ook rechtbank in uitzendstaat

De Belgische antwoorden

❖ België reageert: de misbruikbepaling

- “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 sociale zekerheidswetgeving die op die situatie had moeten worden toegepast wanneer voornoemde verordenende en administratieve bepalingen correct werden in acht genomen.”

De Belgische antwoorden

- eenzijdige intrekking door België, zelfs bij gebrek aan enig overleg (dit doet men wel indien Belg. Wetgeving niet van toepassing zou zijn)
- is geen misbruik maar fraudebepaling
 - men baseert zich op “*fraus omnia corrumpit* principe” op basis waarvan men bij fraude/bedrog geen beroep kan doen op EU-recht
 - Maar kan misbruik wel bij vrij verkeer van personen (zie verder)?
- Belgische ijver in strijd met Europees recht!
 - Ingebrekestelling: 20/11/2013

De Belgische antwoorden

- a priori controle door uitzendstaat wordt opzij geschoven
- wat als werkgever iets verzwijgt of foutieve informatie? Belgische instellingen worden dan zomaar niet bevoegd! Bedrog veronderstelt dat men kan bewijzen dat de ontvangststaat bevoegd is, wat echter enkel kan indien de uitzendstaat dit bepaalt! Rechtspraak zomaar niet toepasselijk op bevoegdheidsproblematiek
- is uitzendstaat niet beter geplaatst tot controle?
- leidt dit wel tot intrekking van A-1 formulier door uitzendstaat? Wat als niet ingetrokken?
- bij vals formulier is het ongeldig en dan ook geen bindende werking

De Belgische antwoorden

3) Hoofdelijke aansprakelijkheid

- ❖ sluitstuk en ultiem redmiddel?
- ❖ argumenten pro en contra: negatieve impact op economie; van publiek naar privaat handhavingsmiddel, vnl. preventieve functie
- ❖ zie ook rechtspraak Hof van Justitie (Wolff-Müller) en Europese handhavingsrichtlijn (art.12) (“met het oog op het bestrijden van fraude en misbruik”)
- ❖ niet echt wijdverspreid in Europa (8 landen in de EU) met grote verschillen

| | Lonen | | |
|----|-------------------------------|-------|------------|
| | Beperkt tot bepaalde sectoren | Keten | Exoneratie |
| AT | N | N | |
| BE | J | J | J |
| DE | J | J | N |
| ES | J | J | N |
| FI | J | | J |
| FR | * | J | |
| IT | N | J | N |
| NL | J | - | J |

* enkel illegale tewerkstelling

De Belgische antwoorden

- Belgische regeling
 - ❖ Ketenaansprakelijkheid: Belgische regeling gaat verder dan Europa
 - ❖ zwaarwichtige tekortkoming in loonbetalingsplicht vereist
 - ❖ actie vereist door de inspectiediensten (kennisgeving en aanmaning) en mogelijkheid tot reactie (exoneratie) door hoofdelijk aansprakelijke gedurende periode van 14 dagen
 - ❖ inspectiediensten blijven hun werk hebben

De Belgische antwoorden

- 4) De algemene rechtsmisbruikbepaling: uliem sluitstuk? Sluitstuk en uliem redmiddel?
- ❖ mosterd gehaald in fiscaal recht (art. 344 WIB 92)
 - ❖ element ter bestrijding van wetsontwijking en wetsontduiking (?)
 - ❖ rechtsmisbruik impliceert het uitvoeren van een rechtshandeling, die wordt verricht teneinde een resultaat te bekomen (Waardoor men zich onttrekt aan een wet of zich juist binnen de toepassing van deze wet plaatst) dat in strijd is met de doelstellingen van de sociale wetten

De Belgische antwoorden

- ❖ toepassingsgebied onbekend: Koning dient te beslissen, na raadpleging NAR (legaliteitsbeginsel!)
- ❖ vaststelling kan geschieden door inspectiediensten, instellingen sociale zekerheid maar ook vakbonden! Bewijslast (enkel van objectieve element: juridische operatie in strijd met doel van de wet) bij diegene die inroept; tegenbewijs mogelijk door inroepen van andere motieven

De Belgische antwoorden

- ❖ niet toepasselijk in internationale situaties!
 - schrik voor sociaal toerisme
 - misbruik 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 ertoe leiden dat in strijd met het door deze bepalingen beoogde doel een voordeel wordt toegekend (objectief criterium). Ten tweede moet uit een geheel van objectieve factoren blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken handelingen erin bestaat een voordeel te verkrijgen (subjectief criterium).

De Belgische antwoorden

- objectief criterium bestaat niet in het vrij verkeer van werknemers en Europees Burgerschap waar iedereen zich vrij kan bewegen binnen de EU
- motieven voor de uitoefening van het vrij verkeer zijn irrelevant voor het Hof van Justitie en daar Europees recht van vrij verkeer dus *überhaupt* geen wel gedefinieerde doelstelling heeft, kan men het ook niet misbruiken
- misbruik (bv. schijnhuwelijk) kan enkel leiden tot uitsluiting uit het toepassingsgebied van het Europees recht

De Belgische antwoorden

- het feit dat men gebruikt maakt van zijn rechten om andere door het EU-recht toegekende rechten te genieten, mag geen impact hebben op de omvang van deze rechten
- vrij verkeer maakt inherent onderdeel uit van onze rechten en dus onmogelijk te bepalen welke doelstelling dit heeft
- je kan dus Belgische bepaling niet toepassen in een Europese context

Wat mag België nog vereisen?

- Het Europese antwoord: de Handhavingsrichtlijn COM(2012) 131 def. → politiek akkoord (9/12/2013)
 - ❖ wederzijdse hulp bij verzoeken (25 dagen, 2 dagen)
 - ❖ land van vestiging speelt verder belangrijke rol bij controle
 - ❖ welke nationale controlemaatregelen? Gesloten of open systeem? Voorstel 4 documenten → politiek akkoord wordt open lijst
 - ❖ Extra-maatregelen kunnen indien deze documenten niet volstaan en deze gerechtvaardigd en evenredig zijn
 - ❖ Lid-Staten moeten de Commissie (en dienstverrichters) van alle bovengenoemde maatregelen op de hoogte stellen

Wat mag België nog vereisen?

- 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 gaan verricht worden; (→LIMOSA)
- de verplichting om tijdens de periode van detachering kopieën te hebben van de arbeidsovereenkomst, loonstrookjes, tijdkaarten en betalingsbewijzen van lonen of kopieën van gelijkwaardige documenten die in de Lid-Staat van ontvangst op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats moeten worden bewaard;
- En te overhandigen na de detacheringsperiode op verzoek

Wat mag België nog vereisen?

- een vertaling van de hierboven vermelde documenten
- De verplichting een contactpersoon aan te wijzen die namens de werkgever met de relevante sociale partners in de Lid-Staat van detachering kan onderhandelen tijdens de periode waarin de diensten worden verricht.

Conclusie

- Nationale controlemaatregelen lopen risico niet conform te zijn met Europees recht !
- Handhaving is de achillespees waartegen succes van Europa wordt afgemeten !
- Verschillende maatregelen zijn nodig waarbij de Flanking Measures die noodzakelijk zijn om systemen van handhaving volle gelding te laten hebben, als dusdanig niet vaak verschillen van de Flanking Measures welke het vrij verkeer überhaupt noodzakelijk maakt!
- Alleen Europa kan een oplossing bieden ! Handhavingsrichtlijn en....