

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.15.1275.N

I

1. **Ö A**,
beklaagde,
2. **A A**,
beklaagde,
3. **S M**,
beklaagde,
4. **Y A**,
beklaagde,

eisers,

met als raadslieden mr. Hans Van Bavel en mr. Elisabeth Baeyens, beiden advocaat bij de balie te Brussel.

II

1. **ABSA nv**, met zetel te 3583 Beringen, Beverlosesteenweg 133,
beklaagde en burgerrechtelijk aansprakelijke partij,

2. **M. SEDAT bvba**, met zetel te 3583 Beringen, Kruisbaan 49,
beklaagde en burgerrechtelijk aansprakelijke partij,
3. **ALNUR bvba**, met zetel te 3581 Beringen, Koolmijnlaan 377 bus 1,
beklaagde en burgerrechtelijk aansprakelijke partij,

eisers,

met als raadslieden mr. Hans Van Bavel en mr. Elisabeth Baeyens, beiden advocaat bij de balie te Brussel.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen, correctionele kamer, van 10 september 2015.

De eisers I en II voeren in een memorie die aan dit arrest is gehecht, twee middelen aan.

Het Hof heeft bij arrest van 7 juni 2016:

- de cassatieberoepen van de eisers in de mate dat die gericht zijn tegen de hen verleende vrijspraken onontvankelijk verklaard;
- aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag gesteld.

Bij arrest C-359/16 van 6 februari 2018, heeft het Hof van Justitie de prejudiciële vraag beantwoord.

De eisers I en II hebben in antwoord op het voormelde arrest van het Hof van Justitie een noot neergelegd.

Raadsheer Antoine Lievens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Marc Timperman heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF***Beoordeling****Eerste middel**Eerste onderdeel*

1. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 en 6.3.c EVRM en artikel 14.1 en 14.3.d IVBPR, alsmede miskennis van de algemene rechtsbeginselen van het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging: het arrest oordeelt onwettig dat de strafvordering ontvankelijk en toelaatbaar is, alhoewel de eisers, al dan niet via hun zaakvoerder, zowel voor de sociale inspectie als voor de politie verklaringen hebben afgelegd zonder te zijn geweest op hun zwijgrecht en zonder mogelijke bijstand van een advocaat.

2. De onrechtmatigheid van het bewijs omwille van het afleggen door een beklaagde tijdens zijn vrijheidsberoving van verklaringen zonder bijstand van een advocaat of met miskennis van de cautieplicht, leidt niet tot de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering, maar enkel tot de gebeurlijke uitsluiting van dit bewijs. Het recht de strafvordering uit te oefenen ontstaat immers door het plegen van het als misdrijf omschreven feit, ongeacht de wijze waarop ze verder wordt uitgeoefend en onafhankelijk van de wijze waarop de bewijsgaring verloopt.

Het onderdeel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

Tweede onderdeel

3. Het onderdeel voert schending aan van artikel 6.1 en 6.3.c EVRM, artikel 14.1 en 14.3.d IVBPR en artikel 149 Grondwet, alsmede miskennis van de algemene rechtsbeginselen van het recht op een eerlijk proces en het recht van verdediging: het arrest oordeelt dat de strafvordering ontvankelijk is zonder bijkomend vast te stellen dat de geweerde verklaringen geen invloed hebben gehad op de verdere bewijsgaring; het arrest beantwoordt niet het verweer van de eiser I.3

dat zijn recht op een eerlijk proces in zijn geheel beschouwd werd miskend door het afnemen van de bewuste verhoren.

4. In zoverre het onderdeel is afgeleid van de met het eerste onderdeel vergeefs aangevoerde onwettigheid, is het niet ontvankelijk.

5. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de eiser I.3 voor de appelrechters heeft aangevoerd dat de strafvordering onontvankelijk dient te worden verklaard omdat ingevolge de verhoren het onderzoek met betrekking tot de beweerde hoedanigheid en rol van de eiser in beslissende mate werd gede-termineerd, het voor hem onmogelijk is om deze gevolgen naderhand nog terug te draaien en de mogelijkheid om zich van in het begin te beroepen op het zwijgrecht en om na voorafgaand overleg met de raadsman zijn rechtspositie te bepalen en in functie daarvan verklaringen af te leggen, onherroepelijk zijn teloor gegaan.

6. Het arrest oordeelt dat gelet op de miskenning van de regelgeving betreffende de bijstand van of het consultatierecht met een raadsman, bepaalde verklaringen van bepaalde beklaagden, welke het arrest precies aanwijst, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks kunnen gelden als bewijsmiddel waarop een veroordeling kan worden gegrond. Het oordeelt verder dat de enkele omstandigheid dat een verdachte voorafgaandelijk aan zijn verhoor niet werd geïnformeerd over zijn recht op bijstand van een advocaat en over zijn zwijgrecht en bij dat verhoor niet werd bijgestaan door een advocaat, niet tot de niet-ontvankelijkheid leidt van de strafvordering. Het oordeelt bovendien dat het thans in zijn geheel voorliggende dossier voldoende gegevens bevat ter beoordeling van de schuld van de beklaagden aan de hen ten laste gelegde feiten.

Met die redenen, waarmee het arrest ook te kennen geeft dat de uitgesloten verklaringen geen impact hebben gehad op de verdere bewijsgaring, beantwoordt het arrest het bedoelde verweer en is de beslissing naar recht verantwoord.

In zoverre kan het onderdeel niet worden aangenomen.

Tweede middel

7. Het middel voert schending aan van artikel 288 VWEU, artikel 4.3 VEU, de artikelen 13.1 en 14.1 van de Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14

juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna Verordening nr. 1408/71), zoals van toepassing vóór de opheffing ervan door artikel 90.1 van de Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, artikel 11.1.a van de Verordening (EEG) nr. 574 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna: Toepassingsverordening nr. 574/72), zoals van toepassing vóór de opheffing ervan door artikel 96.1 van de Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, de artikelen 11.1 en 12.1 van de Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (hierna: Verordening nr. 883/2004), de artikelen 5 en 19.2 van de Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (hierna: Toepassingsverordening nr. 987/2009), de artikelen 2, 3, 4, 5, 11, 12, 1^o en 13 tot en met 18 Buitenlandse Arbeidskrachtenwet 1999, zoals van toepassing vóór de wijziging en gedeeltelijke opheffing ervan door de wet van 6 juni 2010, de artikelen 2, 4, 8 en 12*bis* van het koninklijk besluit van 5 november 2002 tot invoering van een onmiddellijke aangifte van tewerkstelling, met toepassing van artikel 38 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels (hierna: Koninklijk Besluit van 5 november 2002), zoals van toepassing vóór de gedeeltelijke wijziging ervan door de wet van 6 juni 2010, de artikelen 1, 3, 4, 21 en 35 RSZ-Wet, zoals van toepassing vóór de gedeeltelijke opheffing ervan door de wet van 6 juni 2010 en de artikelen 101, 175, §1, 181 en 223, §1, 1^o, Sociaal Strafwetboek, alsmede miskennis van het algemeen rechtsbeginsel '*fraus omnia corrumpit*': het arrest stelt vast dat voor de werknemers die via Bulgaarse vennootschappen in België werden tewerkgesteld

een E101-formulier (thans A1-attest) werd afgeleverd en de Belgische overheid de procedure bij betwistingen niet volledig heeft uitgeput, maar de appelrechters zich hierdoor niet gebonden achten omdat deze op frauduleuze wijze werden verkregen, via een voorstelling van de feiten die niet met de werkelijkheid overeenstemde, zulks met het oog op het ontduiken van de voorwaarden die in de communautaire regelgeving aan de detachering worden gesteld; een werknemer die zich verplaatst binnen de Europese Unie valt onder de socialezekerheidsregeling van één lidstaat; in geval van detachering betreft dit de uitzendende lidstaat; het door de bevoegde autoriteit van deze lidstaat aangewezen orgaan stelt daartoe een verklaring betreffende de toe te passen wetgeving op; op grond van het beginsel van loyale samenwerking zijn de organen van de ontvangende lidstaat gebonden door de gegevens vermeld in deze verklaring; indien een orgaan van de ontvangende lidstaat twijfelt aan de geldigheid van de verklaring of aan de juistheid van de feiten die eraan ten grondslag liggen, moet deze gebruik maken van de voorziene dialoog- en bemiddelingsprocedure en indien deze mislukt dient de ontvangende lidstaat een niet-nakomingsprocedure op te starten bij het Hof van Justitie; de bindende werking die aan de verklaring toekomt kan niet zonder gebruik van deze procedures worden uitgeschakeld; door de geldigheid en waarachtigheid van de in de E101-verklaringen geattesteerde arbeidsverhouding te verwerpen, terwijl zij daartoe geen bevoegdheid hadden en zij er toe gehouden waren de juistheid ervan te aanvaarden, verantwoordden de appelrechters hun beslissing tot bewezenverklaring van de aan de eisers ten laste gelegde feiten niet naar recht.

8. Met het arrest C-359/16 van 6 februari 2018 heeft het Hof van Justitie de gestelde prejudiciële vraag als volgt beantwoord:

“Artikel 14, punt 1, onder a), van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, in de versie zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 631/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 en artikel 11, lid 1, onder a), van verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening nr. 1408/71, in de versie zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening

nr. 118/97, moeten aldus worden uitgelegd dat, wanneer het orgaan van de lidstaat waar de werknemers gedetacheerd zijn aan het orgaan dat E 101-verklaringen heeft afgegeven een verzoek heeft gericht om deze verklaringen te heroverwegen en in te trekken, gelet op in het kader van een gerechtelijk onderzoek verkregen gegevens waaruit kon worden afgeleid dat deze verklaringen frauduleus waren verkregen of ingeroepen, en dit orgaan van afgifte heeft nagelaten om deze gegevens met het oog op de heroverweging van de gegrondheid van de afgifte van die verklaringen in aanmerking te nemen, de nationale rechter in het kader van een procedure tegen personen die ervan worden verdacht onder de dekmantel van dergelijke verklaringen een beroep te hebben gedaan op gedetacheerde werknemers, deze verklaringen buiten beschouwing kan laten indien hij op basis van de voornoemde gegevens en onder eerbiediging van de aan deze personen toekomende waarborgen die eigen zijn aan het recht op een eerlijk proces, oordeelt dat er een dergelijke fraude heeft plaatsgevonden.”

9. Het arrest oordeelt als volgt:

- uit het gevoerde onderzoek blijkt dat de beklaagden bewust misbruik hebben gemaakt van de detacheringsbepalingen om zich op frauduleuze wijze te onttrekken aan de toepassing van de Belgische sociale zekerheid;
- de vier betrokken Belgische vennootschappen, geleid door de beklaagden, in België Bulgaarse werknemers tewerkstelden onder het mom dat ze voor Bulgaarse firma's werkten. Deze firma's werkten in onderaanneming voor de Belgische firma's en detacheerden de betrokken werknemers naar België, terwijl het in werkelijkheid ging om de rechtstreekse tewerkstelling bij de Belgische bedrijven, die gecamoufleerd werd middels de opgezette fraudeconstructie;
- de Bulgaarse werknemers werden formeel, dit is op papier, gedetacheerd, zonder dat voldaan was aan alle voorwaarden daartoe. Zij hadden niet de vereiste organische band met de detacherende firma. De verantwoordelijkheid voor de aanwerving lag bij de Belgische vennootschappen die ook de beslissingen namen voor de Bulgaarse firma's tot het aanwerven van bijkomende werknemers. De Bulgaarse vennootschappen waren postbusfirma's met een beperkte en louter administratieve rol van bediende en zaakvoerder van deze firma's. De aard van de werkzaamheden werd exclusief bepaald door de Belgische bedrijven.

Ook de lonen werden in België berekend en bepaald. De Bulgaarse firma's oefenden doorgaans in Bulgarije geen activiteiten of activiteiten van betekenis uit. De facturen van deze vennootschappen die niet aan een van de Belgische vennootschappen zijn gericht, maken nul tot slechts enkele procenten uit van de totale omzet;

- er blijkt dat er wel degelijk een gezagsverhouding bestond tussen de Belgische firma's, die een directe mogelijkheid tot hiërarchische controle en toezicht hadden op de uitgevoerde prestaties, en de Bulgaarse werknemers. Alle betrokkenen waren ervan op de hoogte dat de eiser I.1 juridische en feitelijke zeggenschap had over de betrokken Bulgaarse vennootschappen en zij hadden in essentie kennis van de werkelijke gang van zaken;
- er kan in redelijkheid niet worden aangenomen dat de beklaagden niet allen op de hoogte zouden zijn geweest van de essentiële aspecten van de opgezette fraudeconstructie, waaraan zij allen, via de Belgische firma's waarin zij instonden voor het dagdagelijkse beleid door hun persoonlijke gedragingen, wetens en willens hun rechtstreekse en onontbeerlijke medewerking hebben verleend;
- het staat buiten kijf dat hier in de fase van de verkrijging van de toepassing van de betrokken communautaire regelgeving (detacheringsbepalingen - E101-verklaringen) door de beklaagden, op de concrete wijze en in de concrete omstandigheden zoals uiteengezet, in onderling overleg op bedrieglijke wijze werd gehandeld om de toepassing hiervan te verkrijgen;
- het objectieve recht, namelijk de rechtshandeling of de toepassing van de rechtsregels zelf, moet derhalve volledig worden uitgeschakeld op grond van het beginsel "*fraus*", zodat hieruit geen subjectieve rechten kunnen ontstaan en de beklaagden hier geen beroep kunnen doen op het Unierecht;
- de ingeroepen E101 (A1)-verklaringen werden op frauduleuze wijze verkregen, via een voorstelling van de feiten die niet met de werkelijkheid overeenstemde en zulks met het oog op het ontduiken van de voorwaarden die in de communautaire regelgeving aan de detachering worden gesteld;
- in weerwil van een formele naleving van de door het Unierecht opgelegde voorwaarden, werd het door deze regeling beoogde doel niet bereikt en de beklaagden hebben gehandeld met de bedoeling om een door het Unierecht toe-

gekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig voorwaarden te creëren waar-
onder het recht waardoor het voordeel ontstaat;

- aldus kwam men tot een situatie waarbij formeel gezien aan de voorwaarden werd voldaan, maar waarbij deze voorwaarden werden vervuld door frauduleuze constructies met het oogmerk om daaruit een voordeel te halen dat de beklagden niet zouden hebben verkregen zonder deze fraudeconstructie;
- hoewel in de voorliggende zaak door de fod Sociale Zekerheid in oktober 2012 bij de bevoegde Bulgaarse instelling een gemotiveerd verzoek werd ingediend tot intrekking van de detachingsdocumenten met betrekking tot de gedetacheerde Bulgaarse werknemers, heeft het aangezochte orgaan geen duidelijke en gemotiveerde melding gegeven van zijn beslissing om de documenten al dan niet in te trekken, wat wijst op het gebrek aan effectiviteit van de desbetreffende procedure, die grotendeels afhangt van de “goodwill” van het betrokken orgaan. De bevoegde Bulgaarse overheid is onredelijk lang blijven talmen om een gemotiveerd standpunt in te nemen en heeft enkel een ter zake niet relevant verslag opgesteld.

Uit die redenen blijkt dat het arrest heeft beslist tot het buiten beschouwing laten van de E101-verklaringen na een beoordeling overeenkomstig de in het arrest C-359/16 van 6 februari 2018 van het Hof van Justitie vermelde criteria, namelijk op basis van de objectieve en de subjectieve component van het fraudegebeuren en het in gebreke blijven van de Bulgaarse autoriteiten en dit in een procedure waarin de betrokkenen hun verweermiddelen hebben kunnen laten gelden. Aldus verantwoordt het arrest die beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek

10. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissingen zijn overeenkomstig de wet gewezen.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers tot de kosten van hun cassatieberoep.

Bepaalt de kosten in het geheel op 295,11 euro, waarvan de eisers I 147,55 euro verschuldigd zijn en de eisers II 147,56 euro.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit raadsheer Filip Van Volsem, als waarnemend voorzitter, de raadsheren Alain Bloch, Peter Hoet, Antoine Lievens en Erwin Francis, en op de openbare rechtszitting van 19 juni 2018 uitgesproken door waarnemend voorzitter Filip Van Volsem, in aanwezigheid van advocaat-generaal Marc Timperman, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

K. Vanden Bossche

E. Francis

A. Lievens

P. Hoet

A. Bloch

F. Van Volsem