

rep.nr.

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 24 MEI 2012

7e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

SOCIAAL FONDS VOOR UITZENDKRACHTEN, c/o Mr. R

Tegen:

MISE EN PLACE EURO BV, vennootschap naar Nederlands recht, met
maatschappelijke zetel te Populierweg, 32, 6222 CS MAASTRICHT
(NEDERLAND), geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. BEIRENS I.
loco mr. VANOVERBEKE Sabine, advocaat te 9051 SINT-DENIJS-
WESTREM, Driekoningenstraat 3

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 20-02-2004 door de Arbeidsrechtbank te Brussel, 8e kamer (A.R. 6512/01),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 9 september 2004,
- de neergelegde conclusies,

- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 15 maart 2012, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 19 april 2012. De uitspraak werd ten slotte verdaagd op heden.

*

I. FEITEN

De BV Mise en Place (hierna genoemd de BV) is een in Nederland gevestigde onderneming, waarvan de activiteit bestaat in het ter beschikking stellen van werknemers voor activiteiten in de horeca en de evenementensector. De BV is actief in Nederland, Duitsland en België en specifiek voor de BV is dat zij bijna uitsluitend werken met studenten, die worden ingeschakeld voor kortlopende opdrachten.

De BV heeft in Nederland een vergunning voor ter beschikking stellen van arbeidskrachten, verleend door het Centraal Bestuur voor Arbeidsvoorziening.

In België heeft zij een erkenning als uitzendbureau in het Vlaamse Gewest en de toelating om een uitzendbureau uit te baten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Het staat niet ter discussie dat de BV de door de in de Nationale Arbeidsraad op 27 november 1981 gesloten collectieve arbeidsovereenkomst nr. 36bis betreffende de oprichting van een Fonds voor bestaanszekerheid voor de uitzendkrachten en vaststelling van zijn statuten heeft nageleefd door storting op 16 mei 1997 van het bedrag van 3.000.000 BEF aan het Sociaal Fonds voor de Uitzendkrachten (hierna het Sociaal Fonds), en de betaling van de voorziene bijdragen op de loonmassa.

Met aangetekende brief van 26 januari 1999 verzocht de BV om terugbetaling van 2.800.000 BEF van deze waarborgsom door het Sociaal Fonds en vroeg zij tevens om vrijstelling van sociale bijdragen voor de toekomst.

Na een herinneringsbrief van 16 maart 1999 door de BV en een aangetekende brief van 14 juni 1999 door NV SD Diensten van 14 juni 1999, antwoordde het Sociaal Fonds met niet gedateerde brief (verzonden op 9 juli 1999) dat op geen van beide vragen zou worden ingegaan.

Op 13 oktober 1999 hadden partijen een gesprek, naar aanleiding waarvan het Sociaal Fonds met brief van 8 november 1999, stelde:

- dat de terugbetaling van de waarborg zou kunnen gebeuren van zodra de werkgever een totaal van 50.000.000 BEF aan lonen had aangegeven voor in België tewerkgestelde uitzendkrachten en er de bijdrage op had betaald;
- dat de bijdragen aan het Sociaal Fonds wel degelijk dienden te worden betaald.

Met aangetekende brief (zonder datum) verstrekke de BV aan het Sociaal Fonds het bewijs van de Nederlandse administratie dat voor de periode vanaf 1 april 1997 tot op

de datum van de brief socialezekerheidsbijdragen werden betaald op een totale loonmassa van meer dan 50.000.000 BEF, en verzocht zij om terugbetaling van de waarborgsom.

Met brief van 8 februari 2000 weigerde het Sociaal Fonds op deze vraag in te gaan, daar enkel rekening kon worden gehouden met de lonen die werden aangegeven voor de in België tewerkgestelde uitzendkrachten.

Op 22 juli 2002 betaalde het Sociaal Fonds een bedrag van 69.410,19 EUR (2.800.000 BEF) terug aan de BV.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 16 maart 2001 vorderde de BV voor de Arbeidsrechtbank te Brussel:

- te zeggen voor recht dat de BV recht heeft op terugbetaling van de waarborgsom van 3.000.000 BEF, minstens 2.800.000 BEF, en het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van dit bedrag, te vermeerderen met wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de ingebrekestelling van 26 januari 1999;

- te zeggen voor recht dat de BV tevens recht heeft op terugbetaling van 200.000 BEF en het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van dit bedrag, te vermeerderen met wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de ingebrekestelling van 26 januari 1999;

- te zeggen voor recht dat de BV verder recht heeft op terugbetaling van de reeds betaalde bijdragen, en het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van dit bedrag, te vermeerderen met wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de ingebrekestelling van 26 januari 1999, en ook te zeggen voor recht dat de vraag tot vrijstelling van betaling in de toekomst ontvankelijk en gegrond is;

- te zeggen voor recht dat de vraag tot vrijstelling van de verplichting tot afgifte van het document E 101 gegrond is.

De BV vorderde tevens dat het Sociaal Fonds zou worden veroordeeld tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, en tenslotte dat het vonnis uitvoerbaar zou worden verklaard zonder enige reserve.

b.-

Gelet op de tussengekomen terugbetaling herleidde de BV met betrekking tot de waarborgsom haar vordering tot de moratoire en de gerechtelijke intrest voor de periode van 26 januari 1999 tot 22 juli 2002, op het bedrag van 2.800.000 BEF (569.410,19 EUR), voor een bedrag van 16.952,25 EUR (683.852 BEF).

In ondergeschikte orde vroeg de BV toegelaten te worden aanvullende bewijsvoering te leveren inzake het Nederlandse recht.

c.-

Met vonnis van 20 februari 2004 verklaarde de arbeidsrechtbank de vordering ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond.

Zij veroordeelde het Sociaal Fonds tot betaling aan de BV van de wettelijke intrest vanaf 23 december 1999 tot en met 15 maart 2001 en de gerechtelijke intrest vanaf 16 maart 2001 tot 22 juli 2002 op het bedrag van 69.410,19 EUR.

Verder zegde zij voor recht dat de administratieve verplichting tot afgifte van het document E 101 dient te gebeuren conform aan de CAO van 30 oktober 1997 en de artikelen 9bis en 16 van de CAO van 10 december 2001.

Het Sociaal Fonds werd veroordeeld tot de kosten van het geding.

d.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 9 september 2004, tekende het Sociaal Fonds hoger beroep aan tegen dit vonnis. Het vorderde dat het vonnis van 20 februari 2004 gedeeltelijk vernietigd zou worden en dat het arbeidshof zou zeggen voor recht:

- dat het Sociaal Fonds niet gehouden is tot betaling van enige intrest aan de BV op de terugbetaalde som van 69.410,19 EUR
- dat het Sociaal Fonds louter de administratieve verplichting tot afgifte van het document E 101 oplegt conform aan de CAO van 30 oktober 1967 en de artikelen 9bis en 16 van de CAO van 10 december 2001.

Het Sociaal Fonds vordert verder dat het arbeidshof het bestreden vonnis voor het overige zou bevestigen, en de BV zou veroordelen tot de kosten van beide aanleggen.

f.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 25 februari 2005, tekende de BV incidenteel beroep aan tegen het vonnis van 20 februari 2004, en vorderde dat het arbeidshof zijn oorspronkelijke vordering, zoals herleid voor de eerste rechter, gegrond zou verklaren, met verwijzing van het Sociaal Fonds in de kosten van beide aanleggen.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat ze ontvankelijk zijn.

IV. BEOORDELING

Het Sociaal Fonds voor de Uitzendkrachten: opdrachten en financiering

Artikel 3 van de in de Nationale Arbeidsraad op 27 november 1981 gesloten collectieve arbeidsovereenkomst nr. 36bis (hierna genoemd CAO nr. 36bis) betreffende de oprichting van een Fonds voor bestaanszekerheid voor de uitzendkrachten en vaststelling van zijn statuten bepaalt dat het Sociaal Fonds onder andere tot doel heeft:

1° het innen van bijdragen, nodig voor zijn werking

2° wanneer het uitzendbureau zijn geldelijke verplichtingen niet nakomt, het betalen aan de werknemers van:

- a) de lonen die verschuldigd zijn krachtens de individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten
- b) de vergoedingen en voordelen die verschuldigd zijn krachtens de wet of collectieve arbeidsovereenkomsten

[...]

4° het verlenen aan de uitzendkrachten van voordelen van gelijke aard als deze die worden toegekend in het kader van de Sluitingswet door de het Fonds Sluiting Ondernemingen

[...]

6° het verlenen aan de uitzendkrachten van een eindejaarspremie onder de voorwaarden en modaliteiten voorzien in de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 36decies betreffende de eindejaarspremie van uitzendkrachten, gesloten in de Nationale Arbeidsraad op 4 maart 1986.

Artikel 13 van de CAO nr. 36bis bepaalt dat de bijdrage van de werkgever aan het Sociaal Fonds bestaat uit twee delen:

- a) een bedrag van 3.000.000 BEF (74.368,06 EUR), waarvan 200.000 BEF (4.957,87 EUR) definitief verworven wordt door het Sociaal Fonds.

De overige 2.800.000 BEF (69.410,19 EUR) kunnen op verzoek van de werkgever door het Sociaal Fonds worden terugbetaald, van zodra de werkgever het bewijs voorlegt dat de bijdrage aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is vereffend op een totaal van 50.000.000 BEF (1.239.467,62 EUR) loonmassa, verworven door de uitzendkrachten, en voor zover de werkgever geen andere schulden, heeft aan het Fonds.

Bovendien wordt voorzien dat er een termijn van ten minste twaalf maanden moet liggen tussen de betaling van de volledige som van 3.000.000 BEF en de terugbetaling van de som van 2.800.000 BEF.

Tenslotte wordt bepaald dat de terugbetaling nooit de bijdragen kan overtreffen die door de werkgever moeten worden betaald met toepassing van het bepaalde onder b).

- b) een bijdrage van 8,5 % van de brutolonen van de uitzendkrachten vanaf 1 januari 1999 tot en met 30 juni 1999 en van 8,35 % op dezelfde basis vanaf 1 juli 1999 voor onbepaalde tijd.

Het Europese kader

Met toepassing van artikel 49 EG-Verdrag (thans 56 VWEU) zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden. Voornoemd artikel bepaalt inderdaad in zijn eerste lid dat de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden zijn ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degen is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

De vrijheid om diensten te verrichten kan evenwel beperkt worden.

De beperkingen kunnen vooreerst voortvloeien uit de toepassing van de bepalingen van de artikelen 45 en 46 EG Verdrag (thans artikel 51 en 52 VWEU) wanneer zij betrekking hebben op de uitoefening van het openbaar gezag, of gerechtvaardigd zijn door de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

Deze beperkingen moeten dan wel beperkt blijven tot hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van de belangen die zij beogen te waarborgen (evenredigheidsbeginsel). In essentie betekent dit dat de vrijheid van dienstverrichting niet verder mag gaan dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken.

(vgl. HvJ 26 april 1988, Bond van Adverteerders e.a., 352/85, r.o. 34-37; HvJ 14 oktober 2004, Omega Spielhallen, C-36/02, r.o. 29-37)

Dergelijke beperkingen zijn op de tweede plaats ook mogelijk op grond van de 'rule of reason'. Aldus kunnen in verband met de aard van sommige diensten, als niet onverenigbaar met het Verdrag worden beschouwd, specifieke eisen die aan de dienstverrichter worden gesteld wegens de toepasselijkheid van beroepsregels die hun grond vinden in het algemeen belang, en die voor iedereen gelden die gevestigd is op het grondgebied van de staat waar de dienst wordt verricht, voor zover zulke eisen nodig zijn om te voorkomen dat de dienstverrichter door zijn vestiging in een ander land aan de greep van die regels zou ontsnappen.

(vgl. HvJ 3 december 1974, van Binsbergen, 33/74, r.o. 12)

Opdat uitzonderingen op het vrije dienstenverkeer omwille van een 'rule of reason' zouden zijn toegelaten, dient aan enkele voorwaarden te worden voldaan.

(vgl. hieromtrent: K. Lenaerts, P. Van Nuffel, Europees recht, Intersentia, Antwerpen – Cambridge 2011, nr. 259-262)

Samengevat betreft het volgende voorwaarden:

- a) een lidstaat kan zich enkel op een rechtvaardigingsgrond beroepen indien het gaat om een regeling van aspecten die nog niet voorwerp uitmaken van harmonisatie op het niveau van de Unie.

(vgl. HvJ 13 juli 2004, Bacardi France, C-429/02, r.o. 32)

- b) de beperkingen moeten gerechtvaardigd zijn vanuit het algemeen belang.

Aanvaard wordt dat dit algemeen belang kan slaan op de bescherming van werknemers, bijvoorbeeld in het kader van de bestrijding van sociale dumping.

(vgl. HvJ 17 december 1981, Webb, 279/80, r.o. 18-19; HvJ 3 februari 1982, Seco, 62-63/81, r.o. 14; HvJ 18 december 2007, Laval un Partneri, C-341,05/ r.o. 103)

- c) op de derde plaats moeten de beperkingen gelden zonder onderscheid op grond van de herkomst van de diensten of op grond van de nationaliteit of lidstaat van vestiging van de dienstverrichter.

(vgl. HvJ 18 juli 2007, Commissie v. Duitsland, C-490/04, r.o. 86)

- d) tenslotte is er het evenredigheidsvereiste: de beperkingen gesteld aan het vrije dienstenverkeer moeten objectief noodzakelijk zijn om de naleving van de doelstelling van algemeen belang te waarborgen.

(vgl. HvJ 18 januari 1979, Van Wesemael, 110-111/78, r.o. 29)

Dit betekent vooreerst dat de beperkingen geschikt moeten zijn om deze doelstellingen te bereiken, wat inhoudt dat de verwezenlijking van dat doel werkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd.

(vgl. 8 september 2009, Liga Portuguesa de Futebol, C-72/07, r.o. 38; HvJ 17 november 2009, Regione Sardegna, C-169/08, r.o. 42)

Op de tweede plaats beantwoorden dergelijke beperkingen enkel aan het evenredigheidsvereiste indien het nagestreefde doel niet reeds wordt gewaarborgd door de regels van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd en als dit doel niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

(vgl. HvJ 26 februari 1991, Commissie v. Frankrijk, C-154/89, r.o. 15)

Bij de beoordeling van het evenredige karakter van een regelgeving speelt de mogelijkheid van wederzijdse erkenning van nationale regels een rol. Zo is strijdig met het vrije dienstenverkeer sociale wetgeving ter bescherming van een belang dat in de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter reeds op soortgelijke wijze wordt beschermd.

(vgl. HvJ 17 december 1981, Webb, 279/80, r.o. 18-20; HvJ 23 november 1999, Arblade e.a., C-369/96 en 376/96, r.o. 32-80)

Is de waarborgregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis strijdig met de regeling van het vrije dienstenverkeer?

Aan de orde is de vraag of voornoemde waarborgregeling de toets doorstaat van de hierboven gestelde voorwaarden om als verenigbaar met het in (oud) artikel 49 EG-Verdrag vastgelegde principe van de vrijheid van verkeer van diensten te worden beschouwd.

Een uitzondering op grond van de bepalingen van de artikelen 45 en 46 EG Verdrag (thans artikel 51 en 52 VWEU) lijkt hierbij niet mogelijk, vermits de beperking op het vrije dienstenverkeer geen betrekking heeft op de uitoefening van het openbaar gezag, of gerechtvaardigd is door de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

Onderzocht moet vervolgens worden of de waarborgregeling een toegelaten beperking is van het vrije dienstenverkeer op grond van de 'rule of reason'.

Hierbij is het arbeidshof van oordeel dat de waarborgregeling gesteund is op een rechtvaardigingsgrond die, alleszins op het ogenblik van de feiten die aan de grondslag liggen van de betwisting tussen partijen, betrekking had op een regeling van aspecten die nog niet voorwerp uitmaakten van harmonisatie op het niveau van de Unie.

Evenmin kan ernstig ter discussie staan dat de waarborgregeling als beperking aan het vrije dienstenverkeer gerechtvaardigd is vanuit het algemeen belang, in het bijzonder de bescherming van de uitzendkrachten.

De door het uitzendkantoor te verstrekken waarborg dient inderdaad om een van de opdrachten van het Sociaal Fonds te realiseren, met name de bescherming van de uitzendkrachten tegen niet-betaling van de hem toekomende lonen en vergoedingen door het uitzendkantoor, eventueel in geval van faillissement en aanverwante situaties van het uitzendkantoor.

Ten derde staat niet ter discussie dat de beperking van het vrije dienstenverkeer door de waarborgregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis zonder onderscheid op grond van de herkomst van de diensten of op grond van de nationaliteit of lidstaat van vestiging van de dienstverrichter geldt.

Tenslotte is er dan de vraag of de beperking aan het vrije dienstenverkeer door de waarborgregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis voldoet aan het evenredigheids criterium.

Naar het oordeel van het arbeidshof is dit alleszins niet het geval met het gedeelte van de waarborgsom dat door het Sociaal Fonds niet wordt terugbetaald (200.000 BEF of 4.957,87 EUR), vermits niet wordt aangetoond en evenmin aannemelijk wordt gemaakt dat de niet-terugbetaling van dit gedeelte van de waarborgsom objectief noodzakelijk is om de naleving van de doelstelling van algemeen belang, te weten de bescherming van de uitzendkracht tegen niet-betaling van van de hem toekomende lonen en vergoedingen, te waarborgen.

Met betrekking tot het uiteindelijk terugbetaalde gedeelte van de waarborgsom (2.800.000 BEF of 69.410,19 EUR) kan dan weer wel aanvaard dat dit gedeelte van de waarborgsom objectief noodzakelijk is om de naleving van de doelstelling van algemeen belang, te weten de bescherming van de uitzendkracht tegen niet-betaling van de hem toekomende lonen en vergoedingen, te waarborgen.

Wel dient de vraag te worden beantwoord of het hierboven nagestreefde doel niet reeds wordt gewaarborgd door de regels van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, en of in de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter het belang van de uitzendkracht reeds op soortgelijke wijze wordt beschermd.

Hierbij dient het arbeidshof vast te stellen dat de BV niet, en alleszins niet op afdoende wijze aantoont dat, op het ogenblik van de feiten die aan de grondslag liggen van de betwisting tussen partijen, de Nederlandse wetgeving of reglementering een regeling bevatte die het nagestreefde doel, te weten de bescherming van de uitzendkracht tegen niet-betaling van van de hem toekomende lonen en vergoedingen, waarborgde of op soortgelijke wijze beschermde als de regeling die werd ingesteld door CAO nr. 36bis.

Samengevat betekent dit dat:

- de waarborgregeling niet aan de voorwaarden voor een toelating van een beperking van het vrije dienstenverkeer beantwoordt in de mate dat zij bepaalt dat een gedeelte van het de waarborgsom (200.000 BEF of 4.957,87 EUR) niet wordt terugbetaald aan de BV
- de waarborgregeling voor het overige wel aan de voorwaarden voor een toelating van een beperking van het vrije dienstenverkeer beantwoordt.

Loonmassa enkel in België of ook in Nederland?

Artikel 13 van de CAO nr. 36bis bepaalt dat een bedrag van 2.800.000 BEF (69.410,19 EUR) op verzoek van de werkgever door het Sociaal Fonds kan worden terugbetaald, van zodra de werkgever het bewijs voorlegt dat de bijdrage aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is vereffend op een totaal van 50.000.000 BEF (1.239.467,62 EUR) loonmassa, verworven door de uitzendkrachten, en voor zover de werkgever geen andere schulden heeft aan het Fonds.

De tekst van dit artikel zelf maakt duidelijk dat de loonmassa waarvan sprake, enkel betrekking kan hebben op de lonen die in België wordt gerealiseerd en waarover socialezekerheidsbijdragen werden betaald.

Het is dan ook ten onrechte dat de BV argumenteert dat het Sociaal Fonds over diende te gaan tot terugbetaling van de waarborgsom op het ogenblik dat de loonmassa, verworven door de uitzendkrachten in België en Nederland, 50.000.000 BEF (1.239.467,62 EUR) bereikte en hierover socialezekerheidsbijdragen werden betaald.

Het gevolg hiervan is dat het Sociaal Fonds, dat overging tot terugbetaling van het bedrag van 2.800.000 BEF (69.410,19 EUR) op het ogenblik dat de de loonmassa, verworven door de uitzendkrachten in België en Nederland, 50.000.000 BEF (1.239.467,62 EUR) bereikte en hierover socialezekerheidsbijdragen werden betaald, tijdig overging tot betaling en bijgevolg geen intrest verschuldigd kan zijn.

Is de waarborgregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis strijdig met de richtlijn 1408/71?

Ten onrechte argumenteert de BV dat de waarborgregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis strijdig zou zijn met de bepalingen van de richtlijn 1408/71.

Zelfs indien aanvaard moet worden dat op de in België occasioneel tewerkgestelde uitzendkrachten met toepassing van de bepalingen van voornoemde richtlijn de Nederlandse socialezekerheidswetgeving van toepassing zou zijn, belet dit niet dat toepassing gemaakt kan worden van artikel 13 van de CAO nr. 36bis om voor de tewerkstelling van dergelijke uitzendkrachten een waarborg te vorderen.

Deze laatste bijdrage is immers geen socialezekerheidsbijdrage in de zin van de bepalingen van de richtlijn 1408/71.

Is de bijdrageregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis strijdig met de regeling van het vrije dienstenverkeer?

Aan de orde is vervolgens de vraag of bijdrageregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis, dat bepaalt dat een bijdrage van 8,5 % van de brutolonen van de uitzendkrachten vanaf 1 januari 1999 tot en met 30 juni 1999 en van 8,35 % op dezelfde basis vanaf 1 juli 1999 voor onbepaalde tijd, de toets doorstaat van de hierboven gestelde voorwaarden om verenigbaar met het in (oud) artikel 49 EG-Verdrag vastgelegde principe van de vrijheid van verkeer van diensten te zijn.

Een uitzondering op grond van de bepalingen van de artikelen 45 en 46 EG Verdrag (thans artikel 51 en 52 VWEU) lijkt hierbij niet mogelijk, vermits de beperking op het vrije dienstenverkeer geen betrekking heeft op de uitoefening van het openbaar gezag, of gerechtvaardigd is door de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

Onderzocht moet vervolgens worden of de bijdragenregeling een toegelaten beperking is van het vrije dienstenverkeer op grond van de 'rule of reason'.

Hierbij is het arbeidshof van oordeel dat de bijdrageregeling gesteund is op een rechtvaardigingsgrond die, alleszins op het ogenblik van de feiten die aan de

grondslag liggen van de betwisting tussen partijen, betrekking had op een regeling van aspecten die nog niet voorwerp uitmaakten van harmonisatie op het niveau van de Unie.

Evenmin kan ernstig ter discussie staan dat de bijdrageregeling als beperking aan het vrije dienstenverkeer gerechtvaardigd is vanuit het algemeen belang, in het bijzonder de bescherming van de uitzendkrachten.

De door het uitzendkantoor te betalen bijdragen dienen inderdaad om een van de opdrachten van het Sociaal Fonds te realiseren, met name de toekenning aan de uitzendkracht van een eindejaarspremie.

Dat de uitzendkrachten die (sporadisch) worden tewerkgesteld door de BV in België, uiteindelijk geen aanspraak zouden kunnen maken op betaling van dergelijke eindejaarspremie daar zij minder dan het door de CAO 36decies vooropgestelde arbeidsdagen presteren dan nodig om recht te hebben op betaling van een eindejaarspremie, heeft niet tot gevolg dat het vooropgestelde algemeen belang niet zou kunnen gelden.

Ten derde staat niet ter discussie dat de beperking van het vrije dienstenverkeer door de bijdrageregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis zonder onderscheid op grond van de herkomst van de diensten of op grond van de nationaliteit of lidstaat van vestiging van de dienstverrichter geldt.

Tenslotte is er dan de vraag of de beperking aan het vrije dienstenverkeer door de bijdrageregeling van artikel 13 van de CAO nr. 36bis voldoet aan het evenredigheids criterium.

Naar het oordeel van het arbeidshof is dit het geval vermits de bijdrageregeling objectief noodzakelijk is om de naleving van de doelstelling van algemeen belang te realiseren, te weten de toekenning aan de uitzendkracht van een eindejaarspremie.

Het wordt verder niet aangetoond dat dit nagestreefde doel reeds wordt gewaarborgd door de regels van de staat waar de dienstverrichter is gevestigd, en of in de lidstaat van vestiging van de dienstverrichter het belang van de uitzendkracht reeds op soortgelijke wijze wordt beschermd.

Samengevat betekent dit dat de bijdrageregeling beantwoordt aan de voorwaarden voor een toelating van een beperking van het vrije dienstenverkeer.

Beoordeling van de gegrondheid van het hoofd- en het incidenteel beroep

Indien wat voorafgaat wordt toegepast op de vorderingen zoals door partijen gesteld in het kader van de procedure in hoger beroep, heeft dit volgende consequenties.

Het *hoger beroep van het Sociaal Fonds*, dat ertoe strekt te horen zeggen voor recht dat het niet gehouden is tot betaling aan de BV van enige intrest op de terugbetaalde som van 69.410,19 EUR, is gegrond; het hiermee verband houdende *incidenteel beroep van de BV tot veroordeling van het Sociaal Fonds tot betaling van 16.952,25 EUR (683.852 BEF)*, als moratoire en gerechtelijke intrest voor de periode van 26 januari 1999 tot 22 juli 2002, op het bedrag van 2.800.000 BEF (69.410,19 EUR), dan wel voor de periode van 23 december 1999 tot 22 juli 2002, is ongegrond.

Het *incidenteel beroep van de BV*, dat ertoe strekt het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van de som van 4.957,87 EUR (200.000 BEF) te vermeerderen met de moratoire en de gerechtelijke intrest vanaf 26 januari 1999, is gegrond.

Het *incidenteel beroep van de BV*, dat ertoe strekt het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van de betaalde bijdragen in uitvoering van artikel 14 van de CAO nr. 36bis en de CAO van 10 december 2001, begroot op 86.337,10 EUR, vermeerderd met de moratoire en gerechtelijke intrest sinds 26 januari 1999, en te zeggen voor recht dat de vraag tot vrijstelling van betaling voor de toekomst ontvankelijk en gegrond is, is ongegrond.

Tenslotte stelt het arbeidshof vast dat partijen het er over eens zijn dat de oorspronkelijke vordering tot vrijstelling van de verplichting tot afgifte van het document E 101, gelet op de wijziging van de wetgeving ter zake zonder voorwerp is geworden.

IV. RECHTSPLEGGINGSVERGOEDING

Artikel 1017 eerste lid Ger.W. bepaalt dat ieder eindvonnis de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwijst.

Artikel 1017 vierde lid Ger.W. bepaalt dat de kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, onder andere wanneer de partijen 'onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld'.

Het arbeidshof is van oordeel dat de kosten moeten worden omgeslagen waarbij elk der partijen verwezen wordt in de eigen kosten van beide aanleggen.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk en in volgende mate gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis in de mate dat dit het Sociaal Fonds veroordeelde tot betaling aan de BV van de wettelijke intrest vanaf 23 december 1999 tot en met 15 maart 2001 en de gerechtelijke intrest vanaf 16 maart 2001 tot 22 juli 2002 op het bedrag van 69.410,19 EUR, de vordering van de BV om het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van 200.000 BEF (4.957,87 EUR), te vermeerderen met wettelijke en de gerechtelijke intrest vanaf de ingebrekestelling van 26 januari 1999 ongegrond verklaarde en het Sociaal Fonds verwees in de kosten van het geding;

Opnieuw recht doende, verklaart de vordering van de BV tot veroordeling van het Sociaal Fonds tot betaling van 16.952,25 EUR (683.852 BEF), als moratoire en gerechtelijke intrest voor de periode van 26 januari 1999 tot 22 juli 2002, op het

bedrag van 2.800.000 BEF (69.410,19 EUR), dan wel voor de periode van 23 december 1999 tot 22 juli 2002, ongegrond;

Verklaart de vordering van de BV tot veroordeling het Sociaal Fonds te veroordelen tot terugbetaling van de som van 4.957,87 EUR (200.000 BEF) te vermeerderen met de moratoire en de gerechtelijke intrest vanaf 26 januari 1999, gegrond;

Verklaart de oorspronkelijke vordering tot vrijstelling van de verplichting tot afgifte van het document E 101 zonder voorwerp is geworden;

Verwijst elk der partijen in de eigen kosten van het geding, als volgt begroot en vereffend:

- aan de zijde van de BV op 111,87 EUR kosten dagvaarding, 200,79 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidshof
- aan de zijde van het Sociaal Fonds op 200,79 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 1.100,00 EUR rechtsplegingsvergoeding arbeidshof.

Aldus gewezen en ondertekend door de zevende kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Daniel RYCKX,
Jean BOULOGNE,
Hedwig SILON,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN,

raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,
griffier.

Sven VAN DER HOEVEN

Hedwig SILON

Jean BOULOGNE

Daniel RYCKX

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 24 mei 2012 door:

Daniel RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.

Sven VAN DER HOEVEN

Daniel RYCKX