

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 5 SEPTEMBER 2013

7e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk
heropening van de debatten

in de zaak:

1. **BVBA HET MOSSELHUIS**, met maatschappelijke zetel te 319 HEVER, Leuvensesteenweg 74, appellante, vertegenwoordigd door mr VERHEYLEWEGHEN Claude, advocaat te 1785 MERCHTEM Kalkovenlaan, 75,

tegen:

1. **RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID**, openbare instelling, met zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein, 11, geïntimeerde vertegenwoordigd door mr. VAN DEUN S. loco mr. MOMMAERTS Johan advocaat te 3000 LEUVEN, Philipslaan 20

*

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 27 oktober 2008 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 2e kamer (A.R. 829/01-2512/01),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 26 november 2008,
- de neergelegde conclusies

- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 20 juni 2013, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING.

1.

De bvba Het Mosselhuis baat het restaurant "Het Mosselhuis" uit te Boortmeerbeek. Bij een controle van de sociale inspectie op 9 november 1999 werden een aantal inbreuken vastgesteld op de sociale wetgeving. Van de 9 personen die op het ogenblik van de controle (deeltijds) tewerkgesteld waren, waren 3 personen niet ingeschreven in het personeelsregister en was er voor hen geen arbeidsovereenkomst opgemaakt, voor een aantal werknemers werd in de arbeidsovereenkomst niet vermeld op welke dagen arbeidsprestaties moesten geleverd worden, en nog andere personen werkten op andere dagen dan degene waarop zij volgens de (voorgedrukte) prestatiebladen, of volgens de arbeidsovereenkomst, zouden moeten werken. De modaliteiten inzake het bekend maken van de deeltijdse werkroosters werden niet nageleefd en er werden geen controledocumenten bijgehouden voor prestaties buiten de normale werkroosters voor de deeltijds tewerkgestelde personeelsleden.

Een proces-verbaal werd door de sociale inspectie opgesteld op 24 november 1999 wegens inbreuken op de wetgeving op het bijhouden van sociale documenten en wegens overtredingen op de bepalingen betreffende de deeltijdse arbeid, zoals opgenomen in de programmawet van 22 december 1999 (openbaarmaking uurroosters). Dit proces-verbaal werd aan de bvba Het Mosselhuis ter kennis gebracht.

Bij een nieuwe controle op 21 april 2000 werden opnieuw een aantal onregelmatigheden vastgesteld. Naast de reeds vroeger vastgestelde onregelmatigheden inzake de bekendmaking van deeltijdse prestaties werd vastgesteld dat de individuele rekeningen op een onvolledige en onjuiste manier werden opgesteld en dat effectieve prestaties niet werden aangegeven aan de sociale zekerheid.

Een proces-verbaal werd opgesteld op 16 mei 2000, dat eveneens ter kennis werd gebracht van de bvba Het Mosselhuis.

2.

Op basis van de vaststellingen van de sociale inspectie werd een strafvervolgung ingesteld lastens de verantwoordelijken van de bvba Het Mosselhuis. Bij arrest van 13 februari 2007 werden deze verantwoordelijken veroordeeld om op 19 november 1999 twee werknemers niet in het personeelsregister ingeschreven te hebben, en op dezelfde datum voor 9 werknemers geen afschrift bewaard te hebben van de deeltijdse arbeidsovereenkomst en de werkroosters van de deeltijdse werknemers niet bekend gemaakt te hebben.

Er was een gedeeltelijke vrijspraak voor wat betreft de tenlastelegging IV (het niet correct opstellen van de individuele rekeningen voor 4 werknemers) en I (niet inschrijven in het personeelsregister van één persoon), terwijl de tenlastelegging III die betrekking had op de niet aangifte van de prestaties aan de sociale zekerheid der werknemers, als onontvankelijk werd afgewezen.

3.

Bij brieven van 18 september 2000 werd de bvba Het Mosselhuis door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid in kennis gesteld van de regularisaties die verder doorgevoerd. De eerste regularisatie gebeurde in toepassing van artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 op de maatschappelijke zekerheid der werknemers, wegens de niet naleving van de bepalingen van de programmawet van 22 december 1989 met betrekking tot de openbaarmaking van de deeltijdse werkroosters. De tweede regularisatie gebeurde op basis van de niet naleving van artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 met betrekking tot de minimumduur van de deeltijdse arbeidsprestaties. Gedetailleerde afrekeningen, in de vorm van de rekeninguittreksels, werden aan de bvba Het Mosselhuis toegezonden op 11 januari 2001 en op 4 juli 2001.

4.

Bij dagvaarding van 13 maart 2001 vorderde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid de veroordeling van de bvba Het Mosselhuis tot betaling van de som van 111.547,40 €, te vermeerderen met de wettelijke intresten, de gerechtelijke intresten en de kosten van het geding. De vordering had betrekking op de regularisatie van de deeltijdse tewerkstelling naar de minimum tewerkstelling van 13 uur per week en voor het overige op de regularisatie naar een voltijdse tewerkstelling op basis van artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969. De regularisatie betrof de periode van het derde kwartaal 1999 tot en met het eerste kwartaal 2000.

Bij dagvaarding van 11 september 2001 vorderde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een bijkomend bedrag van 8.207,98 €, eveneens te vermeerderen met de wettelijke intresten en de gerechtelijke intresten. Dit bedrag betrof de jaarlijkse bijzondere sociale zekerheidsbijdragen voor het vakantiegeld.

5.

Bij vonnis van 27 oktober 2008 heeft de arbeidsrechtbank te Leuven, na beide vorderingen samengevoegd te hebben, de vorderingen grotendeels gegrond verklaard. De vordering werd herleid op twee punten. Met betrekking tot de regularisatie in functie van een minimum tewerkstelling van 13 u per week voor een deeltijdse tewerkstelling, aanvaardde de arbeidsrechtbank dat, in toepassing van de cao nr. 7 van 25 juni 1999, gesloten in het Paritair Comité voor het Hotelbedrijf, de minimum tewerkstelling in deze sector slechts 10 u bedroeg per week en niet 13 u. Met betrekking tot de regularisatie op grond van artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 oordeelde de arbeidsrechtbank dat geen regularisatie mogelijk was voor de werknemers en omdat in de arbeidsovereenkomst van deze personen geen variabel uurrooster was opgenomen, maar wel een vast uurrooster.

De heropening van de debatten werd bevolen ten einde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid toe te laten een aangepaste afrekening op te stellen.

6.

Bij verzoekschrift van 26 november 2008 heeft de bvba Het Mosselhuis hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank.

Bij besluiten heeft de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een incidenteel beroep ingesteld tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank in zoverre de arbeidsrechtbank de regularisatie op grond van artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969 niet aanvaardde voor de werknemers en

II. DE ONTVANKELIJKHEID.

Het hoger beroep is regelmatig naar de vorm. Het is ingesteld binnen de maand na de uitspraak van het bestreden vonnis en is aldus zeker tijdig. Het hoger beroep is ontvankelijk.

Het incidenteel beroep is eveneens ontvankelijk.

III. BEOORDELING.

De standpunten der partijen

1.

De bvba Het Mosselhuis roept, zoals voor de eerste rechter, in dat de gedinginleidende dagvaarding nietig zijn omdat zij geen korte samenvatting van de middelen inhouden. Volgens de bvba Het Mosselhuis laat de tekst van de dagvaarding niet toe om de wettelijke en feitelijke basis van de vordering te situeren en te weten voor welke werknemers en voor welke periodes geregulariseerd wordt.

De bvba Het Mosselhuis roept verder in dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zich niet kan beroepen op de verslagen van de sociale inspectie omdat deze hem werden medegedeeld zonder de vereiste toelating van de Procureur-generaal. Deze toelating was volgens de bvba Het Mosselhuis vereist omdat deze verslagen werden opgesteld in het kader van een gerechtelijk onderzoek, dat opstartte met de toezending van het eerste proces verbaal aan de arbeidsauditeur. De door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voorgelegde toelating van de arbeidsauditeur te Leuven zou onvoldoende zijn omdat volgens deze toelating enkel de "regularisaties" konden meegedeeld worden.

De bvba Het Mosselhuis roept nog het gezag van gewijsde in van het strafrechtelijk arrest van het hof van beroep te Brussel, waarbij de strafrechtelijke tenlastelegging III onontvankelijk verklaard werd. Deze tenlastelegging had volgens de bvba Het Mosselhuis hetzelfde voorwerp als de door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid gevorderde regularisering op basis van een voltijdse tewerkstelling op grond van artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969. Volgens de bvba Het Mosselhuis geldt het gezag van gewijsde ook voor de regularisatie van de reële arbeidsprestaties naar de minimale arbeidsprestatie, vereist in het kader van een deeltijdse arbeidsovereenkomst.

Ten gronde wijst de bvba Het Mosselhuis erop dat, overeenkomstig artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969, zoals die van toepassing was op het ogenblik van het ontstaan van de betwisting, het door de wet ingestelde vermoeden een weerlegbaar vermoeden is. Zij stelt dat zij het wettelijk vermoeden kan weerleggen met een aantal door haar voorgelegde verklaringen van de betrokken werknemers, waarin deze bevestigen dat de door de werkgever opgemaakte loonfiches steeds juist en correct

ingevuld werden. De bvba stelt verder dat zij, op basis van een aantal teruggevonden gegevens, aannemelijk maakt dat alle werknemers, waarvoor een regularisatie werd doorgevoerd naar voltijdse tewerkstelling, in feite studenten waren die niet voltijds konden werken. Zij vraagt daarbij dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zou veroordeeld worden om de nodige stukken bij te brengen volgend uit de oorspronkelijke aangiftes en uit andere gegevens, waarmee kan aangetoond worden dat de betrokkenen wel degelijk het statuut van student hadden. De bvba Het Mosselhuis wijst er daarbij op dat beide partijen verplicht zijn op loyale wijze deel te nemen aan de bewijsvoering.

Met betrekking tot de regularisatie tot de minimumduur van de arbeidsprestaties, vereist in het kader van een deeltijdse arbeidsbetrekking, roept de bvba Het Mosselhuis eveneens het gezag van gewijsde in van de strafrechtelijke vrijspraak voor de tenlastelegging III. Uit deze vrijspraak zou blijken dat de betrokken werknemers niet meer prestaties verricht hebben dan deze die op de loonfiches werden aangegeven. De bvba Het Mosselhuis voert verder aan dat artikel 11*bis* van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten, in zoverre het een minimumduur invoert voor de deeltijdse arbeid, enkel betrekking heeft op de verhouding tussen werkgever en deeltijdse werknemer en dat het derhalve uitsluitend de werknemer is, en niet de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, die zich op deze bepaling kan beroepen. In nog meer ondergeschikte orde voert de bvba Het Mosselhuis aan dat de wettelijke regels inzake de minimale wekelijkse arbeidsduur niet van toepassing zijn op studenten.

In ondergeschikte orde vraagt de bvba Het Mosselhuis, met betrekking tot het geheel van de vorderingen, dat aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid het recht op intresten zou ontzegd worden voor de periode van 26 november 2001 tot 28 januari 2008, d.i. de datum van de beschikking die overeenkomstig artikel 747, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek op haar verzoek gewezen werd.

2.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid vraagt, voor wat betreft het hoofdberoep, de bevestiging van het bestreden vonnis op basis van de motieven die daarin opgenomen zijn. De Rijksdienst stelt bovendien dat de bvba Het Mosselhuis zich niet in besluiten kan beroepen op de nietigheid van de oorspronkelijke dagvaarding, omdat deze nietigheid niet werd ingeroepen in het verzoekschrift in hoger beroep. De Rijksdienst verwijst daarbij naar artikel 1057, 7^o van het Gerechtelijk Wetboek dat de bvba Het Mosselhuis verplichtte in zijn verzoekschrift de motieven van het hoger beroep aan te geven.

Met betrekking tot het incidenteel beroep stelt de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid dat, in tegenstelling met het standpunt van de eerste rechter, wel degelijk toepassing diende gemaakt te worden van artikel 22*ter*, tweede zin, en niet van artikel 22*ter*, eerste zin van de wet van 27 juni 1969, volgens hetwelk deeltijdse werknemers met een vaste uurrooster, geacht worden hun prestaties te hebben geleverd overeenkomstig de opgemaakte uurroosters. Wanneer vastgesteld wordt, aldus de Rijksdienst, dat deeltijdse werknemers met een vaste arbeidsregeling, prestaties verrichten buiten de vastgelegde arbeidsuren, gaat het in feite om werknemers met een variabel uurrooster waarop eveneens artikel 159 van de programmawet van 27 december 1989 van toepassing is.

Het hoofdberoep. De nietigheid van de oorspronkelijke dagvaarding.

3.

Indien artikel 1057, 7° van het Gerechtelijk Wetboek inderdaad aan de partij die beroep instelt de verplichting oplegt om zijn grieven ten aanzien van het bestreden vonnis in de beroepsakte te vermelden, dan vereist deze bepaling echter niet dat de beroepsakte op exhaustieve wijze alle beroepsgrieven moet vermelden. De partij die beroep instelt kan in de loop van de procedure andere beroepsgrieven laten gelden dan deze die opgenomen werd in de beroepsakte (G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, p. 304 en 305; CLOSSET-MARECHAL, J.F. VAN DROOGHENBROECK e.a. "Droit Judiciaire privé. Les voies de recours, Examen de Jurisprudence, 1993-2005).

De omstandigheid dat de bvba Het Mosselhuis in haar beroepsakte niet de nietigheid van de oorspronkelijke dagvaardingen heeft ingeroepen, belet haar aldus niet om deze grief, die reeds ingeroepen werd voor de eerste rechter, verder in haar beroepsbesluiten te hernemen.

4.

Overeenkomstig artikel 702, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek dient iedere dagvaarding een korte samenvatting van de middelen van de vordering in te houden.

Wanneer het gaat om een vordering die steunt op een eigen aangifte van de werkgever kan aangenomen worden dat de dagvaarding zich mag beperken tot een verwijzing naar een (aangehecht) rekeninguittreksel, dat het kwartaal vermeldt waarop de vordering betrekking heeft, dat het bedrag van de bijdragen, bijdrageopslagen en intresten per kwartaal vermeldt en dat bovendien, door de verwijzing naar een aantal codes (kengetallen) een aanwijzing inhoudt van de aard van de gevorderde bijdragen. Omdat de onderwerping steunt op de eigen aangifte van de werkgever, is het overbodig dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid nog verder zou moeten motiveren waarom sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd zijn: de grondslag van de onderwerping is de aangifte.

Wanneer de vordering steunt op een ambtshalve aanslag is de situatie echter verschillend.

In dat geval dient de dagvaarding, ten einde te voldoen aan de vereisten van artikel 702, 3° van het Gerechtelijk Wetboek een feitelijke uiteenzetting in te houden (het is dat wat bedoeld wordt door " korte samenvatting van de middelen van de vordering"), die de gedaagde toelaat met zekerheid (en zonder te moeten gissen) te begrijpen waarop de eisende partij zich steunt om de betaling van bijdragen te vorderen. Aan deze vereiste wordt niet tegemoet gekomen wanneer de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid in de loop van de procedure stukken meedeelt die de gedaagde toelaten de feitelijke grondslag van de vordering te kennen. Artikel 702, 3° voorziet immers uitdrukkelijk dat de middelen van de vordering in de dagvaarding zelf moeten vermeld worden (*cfr. Arbh. Antwerpen, 14.12.2004, A.R. 203567; St. Gilson, " À propos des décisions et citations de l'ONSS : « Exemptio obscuri libelli, ..., Soc. Kron. 2004, 513).*

De oorspronkelijke dagvaardingen zijn dan ook principieel nietig overeenkomstig artikel 702, 3° van het Gerechtelijk Wetboek.

5.

Overeenkomstig artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechter echter een proceshandeling alleen dan nietig verklaren indien het aangeklaagde verzuim of de

aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt.

Een dergelijke belangenschade wordt door de bvba Het Mosselhuis niet aangetoond of aannemelijk gemaakt. De bvba Het Mosselhuis heeft onmiddellijk na de vaststellingen van de sociale inspectie een proces-verbaal ontvangen waarin op gedetailleerde wijze werd weergegeven welke inbreuken op de sociale wetgeving werden vastgesteld. De bvba Het Mosselhuis heeft korte tijd later een schrijven ontvangen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid waarin uitdrukkelijk wordt aangegeven op basis waarvan de regularisatie werd doorgevoerd, enerzijds omdat geen prestaties werden aangegeven volgens de minimum arbeidstijd en anderzijds omdat, ingevolge een gebrek aan openbaarmaking van de uurroosters, wettelijk vermoed wordt dat de betrokken werknemers voltijds tewerkgesteld waren. In dit schrijven werd verwezen naar de toepasselijke wettelijke bepalingen.

Op het ogenblik van de dagvaarding was de bvba Het Mosselhuis dus volledig geïnformeerd over het voorwerp, de juridische basis en de feitelijke omstandigheden die aan de basis lagen van de vordering. Zulks blijkt ook uit de besluiten die zij op 23 oktober 2001 neerlegde voor de arbeidsrechtbank te Leuven en waarin zij verwees naar de correctionele vervolging voor dezelfde feiten.

De bvba Het Mosselhuis toont aldus geen belangenschade aan, zodanig dat het hof de dagvaarding niet nietig kan verklaren.

De onwettigheid van de voorlegging van de processen-verbaal en van het onderzoeksverslag van de sociale inspectie.

6.

Overeenkomstig artikel 5 van de wet van 16 november 1972 betreffende de sociale inspectie delen de sociale inspecteurs van een inspectiedienst, wanneer zij zulks nodig achten, de inlichtingen die zij bij hun onderzoek hebben ingewonnen mee aan de openbare en aan de meewerkende instellingen van sociale zekerheid, aan de sociale inspecteurs van de andere inspectiediensten, alsook aan alle ambtenaren belast met het toezicht op andere wetgevingen, in zoverre die inlichtingen deze laatsten kunnen aanbelangen bij de uitoefening van het toezicht waarmee ze belast zijn. Evenwel mogen krachtens het derde lid van deze bepaling inlichtingen die werden ingewonnen tijdens de uitoefening van plichten voorgeschreven door de rechterlijke overheid, slechts worden meegedeeld mits toestemming van deze laatste.

Overeenkomstig artikel 7 van diezelfde wet mogen de openbare en meewerkende instellingen van sociale zekerheid, de sociale inspecteurs, de sociale inspecteurs van de andere inspectiediensten, alsook alle ambtenaren belast met het toezicht op andere wetgevingen, de inlichtingen verkregen op grond van respectievelijk artikel 5 of 6 gebruiken voor de uitoefening van alle opdrachten betreffende het toezicht waarmee ze belast zijn.

Overeenkomstig artikel 9 van deze wet hebben de sociale inspecteurs het recht om waarschuwingen te geven, voor de overtreder een termijn te bepalen om zich in regel te stellen en om processen-verbaal op te maken. Bij het opmaken van de processen-verbaal kunnen, krachtens het vierde lid van deze bepaling, de materiële vaststellingen verricht door de sociale inspecteurs van een inspectiedienst, met hun bewijskracht, gebruikt worden door de sociale inspecteurs van dezelfde dienst, van

de andere inspectiediensten of door de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van andere wetgevingen.

Uit de samenlezing van deze bepalingen volgt dat de sociale inspecteurs de inlichtingen die zij tijdens een autonoom optreden hebben ingewonnen, anders dan deze die zijn verkregen bij de uitvoering van onderzoeksverrichtingen voorgeschreven door de rechterlijke overheid, kunnen meedelen aan de openbare en meewerkende instellingen van sociale zekerheid, aan de sociale inspecteurs van de andere inspectiediensten, alsook aan alle ambtenaren belast met het toezicht op andere wetgevingen, in zoverre die inlichtingen deze laatsten kunnen aanbelangen bij de uitoefening van het toezicht waarmee ze belast zijn. De vaststelling dat de sociale inspecteurs op grond van deze inlichtingen een proces-verbaal opmaakten doet hieraan geen afbreuk, nu de voormelde bepalingen wettelijk uitzonderingen uitmaken als bedoeld in artikel 28^{quiquies} van het Wetboek van Strafvordering, op de regel dat het opsporingsonderzoek geheim is. (Cass. 29.10.2007, www.cass.be).

Door het ambtshalve opstellen van een proces-verbaal stelt de sociale controleur geen handeling die onder de toepassing valt van het opsporingsonderzoek.

Aldus mocht de sociale inspectie in ieder geval het proces-verbaal en het onderzoeksverslag, opgesteld naar aanleiding van het eerste onderzoek van 19 november 1999, toezenden aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, vermits nog geen strafonderzoek gestart was.

7.

Deze redenering geldt niet voor het onderzoek van 21 april 2000 en de daarop aansluitende onderzoeksdaeden vermits deze, volgens de gegevens van het dossier, verricht werden op grond van een opdracht van de heer arbeidsauditeur te Leuven.

Uit de documenten die in graad van beroep worden voorgelegd, zowel door de bvba Het Mosselhuis als door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, blijkt echter voldoende dat de arbeidsauditeur te Leuven op 19 juli 2000 aan de sociale inspectie de toelating gegeven heeft om de resultaten van zijn onderzoek over te maken aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Door zijn toestemming te geven om "de doorgevoerde regularisatie" over te maken aan de RSZ bedoelde de arbeidsauditeur zonder enige twijfel het geheel van de vaststellingen die de sociale inspectie gedaan had, en die aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid moesten toelaten om tot regularisatie over te gaan. De sociale inspectie kan immers, met betrekking tot de betaling van de bijdragen voor de sociale zekerheid, enkel vaststellingen doen en desgevallend berekeningen opstellen, zonder zelf een regularisatie te kunnen doorvoeren.

Het gezag van strafrechtelijk gewijsde

8.

Terecht heeft de eerste rechter, zonder daarin tegengesproken te worden, geoordeeld dat de vrijspraak van strafrechter met betrekking tot de tenlastelegging I (het niet inschrijven van een werknemer, mevrouw in het personeelsregister) en tenlastelegging IV (het onvolledig opmaken van individuele rekeningen) geen verband houdt met de feiten waarop de huidige vordering van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid steunt.

Door de tenlastelegging III onontvankelijk te verklaren omwille van het feit dat niet met zekerheid kan bepaald worden op welke feiten deze tenlastelegging betrekking had heeft het hof van beroep geen uitspraak gedaan over de grond van de tenlastelegging, zodanig dat zijn beslissing ook geen gezag van gewijsde kan hebben ten aanzien van de feiten die het voorwerp uitmaakten van de huidige vordering.

Overigens blijkt uit het voorgelegde arrest dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid geen partij was in deze zaak, wat inhoudt dat het gezag van gewijsde van dit arrest niet tegen hem kan ingeroepen worden, ook indien artikel 6.1. van het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens geen toepassing vindt op huidige betwisting (cfr. Cass.24 april 2006, *P& B*, 2007, 343; Arbh. Brussel, 10.12.2009, *Soc. Kron* 2011, 7).

De regularisatie op grond van art. 22ter van de wet van 27 juni 1969. Het hoofdberoep.

9.

Overeenkomstig art. 22ter van de wet van 27 juni 1969 op de sociale zekerheid de werknemers worden, zoals van toepassing op het ogenblik van het ontstaan van de betwisting, behoudens bewijs van het tegendeel, dat door de werkgever wordt aangebracht, de deeltijdse werknemers vermoed (...) hun normale wekelijkse arbeid te hebben uitgevoerd volgens de werkroosters die werden openbaar gemaakt, zoals bepaald in de artikelen 157 tot 159 van de programmawet van 22 december 1989. Bij ontstentenis van openbaarmaking van de normale werkroosters van de betrokkene werknemers, worden de deeltijdse werknemers vermoed arbeid te hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor arbeid als voltijdse werknemer.

Overeenkomstig artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 mag de werkgever echter het tegenbewijs leveren. Dit tegenbewijs heeft tot voorwerp de omstandigheid dat de deeltijdse werknemer geen arbeid heeft verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor voltijdse arbeid. De werkgever dient echter niet de omvang van de werkelijk verrichte prestaties in het kader van de arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid te bewijzen (Cass. 03-02-2003, *R.W* 2003-04, 867; *J.T.T.* 2004, 311).

10.

Onder voorbehoud van hetgeen verder gesteld wordt inzake de werknemers en staat vast dat voor 9 deeltijdse werknemers geen werkroosters werden bekendgemaakt, hetzij dat helemaal geen schriftelijke arbeidsovereenkomst werd opgemaakt, hetzij dat in de arbeidsovereenkomst noch een uurregeling noch een uurrooster werd opgenomen, hetzij dat het werkrooster in de arbeidsovereenkomst niet vermeldde op welke dagen de werknemer zijn arbeidsprestaties diende te leveren. Evenmin gebeurde er enige aanplakking van de effectieve werkroosters.

Het door de wet vereiste tegenbewijs wordt niet geleverd door de voorgedrukte verklaringen die de bvba Het Mosselhuys voorlegt van de verschillende werknemers waarin deze bevestigen dat de loonfiches juist en correct zijn ingevuld en de gepresteerde uren steeds juist werden aangegeven. In de mate dat uit deze verklaringen moet afgeleid worden dat de betrokken werknemers daarmee ook verklaarden niet voltijds tewerkgesteld geweest te zijn, dient vastgesteld te worden dat de enkele verklaringen van de betrokken werknemers niet als voldoende

bewijskrachtig kunnen aangezien worden. De betrokken werknemers hebben immers een eigen persoonlijk belang bij de getuigenverklaring die zij afleggen, omdat zij, wanneer zij zouden erkennen meer prestaties verricht te hebben dan degenen die aangegeven werden, zichzelf medeplichtig gemaakt hebben aan sociale en fiscale fraude.

Enig bewijs kan evenmin afgeleid worden uit de opgemaakte sociale documenten. Het wettelijk vermoeden houdt immers in dat, wanneer de uurroosters van deeltijdse werknemers niet correct zijn bekendgemaakt, deze werknemers voor de toepassing van de wetgeving op de sociale zekerheid geacht worden voltijdse prestaties te hebben verricht. De opgemaakte sociale documenten moeten aldus wijken voor het wettelijk vermoeden.

11.

Getuigenverklaringen, al dan niet bevestigd onder ede, kunnen uiteraard een dienstig bewijs inhouden. De rechter dient echter de feitelijke bewijswaarde van deze verklaringen te beoordelen, rekening houdend niet alleen met de inhoud van de verklaring, maar ook met de relatie tussen de getuigen en de belanghebbende partij. Zulks geldt zowel voor de eenzijdig opgestelde verklaringen als voor het getuigenverhoor, bevolen door de rechtbank of het hof. De rechter is daarbij niet gehouden in te gaan op het verzoek tot een getuigenverhoor wanneer hij de overtuiging heeft dat een dergelijk getuigenverhoor geen bijkomende elementen kan opleveren of wanneer hij de overtuiging heeft dat, gelet op de band tussen de getuigen en de betrokkene, zelfs een verklaring onder ede onvoldoende betrouwbaar is.

Het hof is van oordeel dat een getuigenverhoor van de betrokken werknemers, zeker op dit ogenblik, geen voldoende overtuigende elementen kan opleveren.

12.

De bvba Het Mosselhuis stelt dat zij in de betwiste periodes en zeker voor de weekends beroep deed op studenten die, ingevolge hun studieverplichtingen, niet in staat waren om voltijds te werken. Zij legt echter geen enkel stuk voor, zoals een verklaring van de onderwijsinstelling, waaruit effectief blijkt dat de betrokkenen in die periode waarop de betwisting betrekking had voltijds studeerden en effectief de lessen volgden.

Er kan niet ingegaan worden op de vraag van de bvba Het Mosselhuis om aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid op te leggen de stukken voor te leggen waaruit moet blijken dat de betrokken werknemers allen effectief het statuut hadden van student.

Indien het juist is dat in de regel beide partijen moeten meewerken aan de bewijsvoering, dan kan deze regel echter geen toepassing vinden indien de wetgever een wettelijk vermoeden instelt. Het wettelijk vermoeden ontslaat diegene in wiens voordeel het vermoeden wordt ingesteld immers van ieder bewijs (art. 1352 Burgerlijk Wetboek).

Ten overvloede dient daaraan toegevoegd te worden dat van de tegenpartij slechts een loyale medewerking aan de bewijslast kan vereist worden. Met name kan de medewerking van de tegenpartij aan de bewijslast niet opgeëist worden wanneer degene, op wie de gewone bewijslast berust, zelf nalatig gebleven is in de bewijsvoering. De bvba Het Mosselhuis wist vanaf september 2000 dat, in functie van

de vaststellingen van de sociale inspectie, de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid to regularisatie wenste over te gaan op grond van artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969, en beroep wenste te doen op het wettelijk vermoeden dat de wet in haar voordeel instelde. De bvba Het Mosselhuis had op dat ogenblik alle nuttige documenten moet samenbrengen en bewaren die haar eventueel konden toelateren om het wettelijk tegenbewijs te brengen. Zij had in het bijzonder op dat ogenblik al al de werknemers, die studenten waren, en waarover zij noodzakelijk over de adresgegevens beschikte, kunnen vragen een schoolattest voor te leggen waaruit bleek dat zij regelmatig studies volgden en dus niet in de mogelijkheid waren voltijds te werken. De bvba Het Mosselhuis kan geen beroep doen op de principes inzake de loyale medewerking aan de bewijslast indien zij zelf in gebreke is gebleven de nodige bewijskrachtige gegevens te bewaren.

13.

Het hoger beroep van de bvba Het Mosselhuis dient dan ook op dit punt als ongegrond afgewezen te worden.

De regularisatie op grond van art. 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969. Het incidenteel beroep.

14.

De eerste rechter stelde vast dat voor twee deeltijdse werknemers, waarvan de tewerkstelling werd vastgesteld op 21 april 2000, in de schriftelijke arbeidsovereenkomst een vast werkrooster was opgenomen. Hij oordeelde daarom dat op deze werknemers niet artikel 22^{ter}, tweede zin van de wet van 27 juni 1969 van toepassing was, maar wel degelijk 22^{ter} eerste zin, wat inhield dat alleen een vermoeden gold dat deze werknemers hun prestaties hadder geleverd overeenkomstig de openbaar gemaakte werkroosters.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid stelt daartegenover dat, wanneer vastgesteld wordt dat deeltijdse werknemers hun prestaties verricht hebben buiten de normale werkroosters waarvan de openbaarmaking beantwoordt aan de artikelen 157 en 159 van de programmawet, zulks gelijk staat met een ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters, zoals bedoeld in de tweede zin van artikel 22^{ter} van de wet van 24 juni 1969.

In zijn arrest van 14 januari 2008 (www.cass.be), stelt het Hof van Cassatie dat het in artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969 gestelde vermoeden dat de deeltijdse werknemers arbeid hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor voltijdse arbeid, slechts geldt bij ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters en dat het vermoeden niet geldt in het geval afwijkingen op het normale deeltijds werkrooster niet of onjuist genoteerd werden. Het hof verwierpt daarbij expliciet het door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid aangevoerde middel, vergelijkbaar aan dit dat in de huidige betwisting wordt aangevoerd, dat wanneer tijdens de controle door de sociale inspectie wordt vastgesteld dat tewerkstellingsuren van de deeltijdse werknemers onjuist werden vermeld, minstens waarschijnlijk is dat deze deeltijdse werknemers hun prestaties hebben verricht buiten de normale werkroosters waarvan de openbaarmaking beantwoordt aan de artikelen 157 tot 159 van de programmawet en zulks gelijk staat aan een ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters zoals bedoeld door de tweede zin van artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969.

Het hof sluit zich bij deze motivering aan. Het incidenteel hoger beroep is ongegrond.

De regularisatie naar een minimum tewerkstelling.

15.

Oorspronkelijk vorderde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voor alle werknemers, die aangeworven waren met een deeltijdse arbeidsovereenkomst van minder dan 13 u per week sociale zekerheidsbijdragen voor het verschil tussen de overeengekomen arbeidstijd en de minimum arbeidstijd van 13 u, zulks met verwijzing naar artikel 11 bis van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten.

De eerste rechter heeft deze regularisatie herleid in toepassing van de cao nr. 7 van 25 juni 1997, gesloten in het Paritair Comité voor het Hotelbedrijf, algemeen verbindend verklaard bij Koninklijk Besluit van 25 mei 1999 waarbij voorzien wordt dat de wekelijkse arbeidsduur van de deeltijdse tewerkgestelde werknemers in deze sector niet lager mag zijn dan 10 uur, en dit in afwijking op de (basis) regel opgenomen in artikel 11 bis van de wet van 3 juli 1978. De eerste rechter oordeelde derhalve dat slechts een regularisatie mogelijk was voor het verschil tussen een minimum tewerkstelling van 10 u en de effectieve overeengekomen tewerkstelling.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft in dit onderdeel van het vonnis berust. De bvba Het Mosselhuis betwist echter ook deze herleide regularisatie.

16.

Ten onrechte verwijst de bvba Het Mosselhuis naar het gezag van gewijsde van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 13 februari 2007, waarbij de tenlastelegging III onontvankelijk werd verklaard. Het hof verwijst ter zake naar hetgeen uiteengezet werd onder randnummer 8.

17.

Ten onrechte ook roept de bvba Het Mosselhuis in dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zich niet kan beroepen op de bepaling van artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 omdat deze bepaling enkel betrekking heeft op de verhouding tussen de werkgever en de deeltijdse werknemer.

Overeenkomstig artikel 14 van de wet van 27 juni 1969 zijn sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd op het loon van de werknemer. Het begrip loon wordt bepaald met verwijzing naar 2 van de wet van 2 april 1965 op de bescherming van het loon. Het begrip loon betreft aldus niet alleen het loon dat de tegenprestatie uitmaakt van effectieve arbeid, maar het geheel van het loon waarop de werknemer recht heeft ingevolge het bestaan of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarbij is zonder belang of het loon ook effectief door de werkgever betaald werd (cfr. Cass. 16.09.1985, J.T.T. 1986, 242). In toepassing van artikel 11 bis van de wet van 3 juli 1978 heeft de werknemer, wanneer de overeenkomst prestaties vastlegt die lager liggen dan de grenzen die door of krachtens artikel 11bis zijn vastgesteld, recht op het loon verschuldigd op basis van deze minimumgrenzen. Op dit loon zijn dan ook sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd, ongeacht of de werknemer dit loon effectief opeist. (W. VAN EECKHOUTTE "Begrip loon in de bijdrageregeling van de sociale zekerheid voor werknemers, Algemene beginselen", in R. JANVIER e.a. "Het loonbegrip", 2005, Die Keure, p. 43).

18.

Ten onrechte ook voert de bvba Het Mosselhuis aan dat de betrokken werknemers aan de toepassing van artikel 11bis onttrokken werden ingevolge artikel 2 van het

Koninklijk Besluit van 21 december 1992, dat verwijst naar de werknemers bedoeld in artikel 16 tot 18 van het Koninklijk Besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969. De bvba Het Mosselhuis toont niet aan dat de betrokkene allen studenten waren. Zij toont echter vooral niet aan dat het ging om prestaties die in het kader van een studentenovereenkomst mochten uitgevoerd worden, d.w.z. een tewerkstelling die 46 werkdagen, waarvan 23 arbeidsdagen in de loop van de maanden juli, augustus en september en 23 werkdagen gedurende de periodes van niet verplichte aanwezigheid in de onderwijsinstellingen niet overschrijdt.
. Geen enkele arbeidsovereenkomst voor studenten wordt voorgelegd.

19.

Het hoger beroep is dan ook op dit punt eveneens ongegrond.

De beperking van het recht op intresten

20.

Volgens de bvba Het Mosselhuis dient aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid het recht op intresten ontzegd te worden in de periode van 26 november 2001 tot 28 januari 2008, omdat de Rijksdienst nagelaten zou hebben in deze periode de procedure te benaarstigen.

De bvba Het Mosselhuis heeft echter zelf, bij besluiten van 23 oktober 2001, de opschorting van de procedure gevraagd ingevolge de correctionele procedure die op dat ogenblik hangende was. Zulks heeft overigens de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid niet belet om op 18 januari 2002 conclusies neer te leggen over de grond van de zaak.

Ingevolge de strafprocedure kon inderdaad de procedure voor de arbeidsrechtbank niet verder gezet worden. Na het afhandelen van de strafprocedure heeft de bvba Het Mosselhuis op 23 oktober 2007 haar besluiten neergelegd. De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft haar synthesebesluiten neergelegd 31 maart 2008.

Het blijkt geenszins dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tekort gekomen is bij het in staat stellen van de zaak.

De vraag tot beperking van het recht op intresten dient afgewezen te worden.

De afrekening tussen partijen.

21.

Het hof bevestigt integraal het vonnis van de eerste rechter. De eerste rechter had een heropening van de debatten bevolen ten einde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid toe te laten een nieuwe afrekening op te stellen, rekening houdend met de beperking van de vordering, te weten enerzijds door de verwerping van de regularisatie op grond van artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 voor de werknemers en anderzijds door de beperking van de regularisatie voor de minimumtewerkstelling.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft, in uitvoering van het vonnis van de eerste rechter, een herberekening opgesteld. Ter zitting wordt echter gepreciseerd dat deze herberekening enkel rekening houdt met de herleiding van de regularisatie voor de minimumtewerkstelling, maar niet met de verwerping van de regularisatie voor de werknemers en

Het is aldus noodzakelijk om de heropening van de debatten te bevelen teneinde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid toe te laten een nieuwe afrekening op te stellen die eveneens rekening houdt met de verwerping van de regularisatie voor de werknemers en

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk, doch beide ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen.

Heropent de debatten teneinde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid toe te laten een aangepaste afrekening op te stellen in functie van hetgeen beslist werd door de eerste rechter, en bevestigt werd door het hof.

Bepaalt de termijnen voor neerlegging van besluiten als volgt:

*de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zal zijn conclusie neerleggen en overleggen op uiterlijk 30 oktober 2013,

*de bvba Het Mosselhuis zal haar conclusie neerleggen en overleggen op uiterlijk 24 december 2013,

*de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zal zijn conclusie neerleggen en overleggen op uiterlijk 24 januari 2014.

Zegt dat de zaak opnieuw zal worden behandeld op de openbare terechtzitting van **donderdag 20 maart 2014 om 14u** voor een gezamenlijke pleitduur van **30 minuten**.

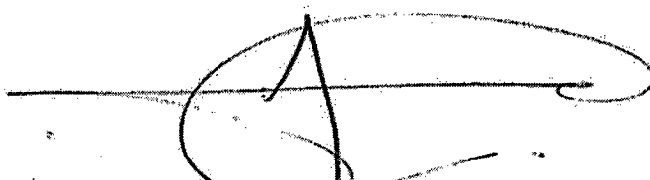
Houdt de beslissing omtrent de proceskosten aan.

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

Fernand KENIS,	raadsheer,
Christian LAURIERS,	raadsheer in sociale zaken, werkgever,
Jean-Pierre VAN CONINGSLOO,	raadsheer in sociale zaken, werknemer-
arbeider,	
bijgestaan door :	
Sven VAN DER HOEVEN,	griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Jean-Pierre VAN CONINGSLOO



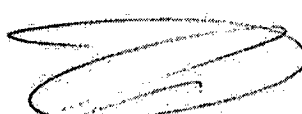
Christian LAURIERS



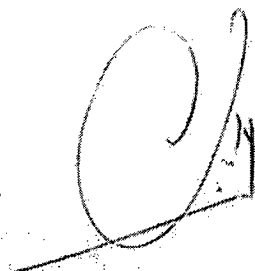
Fernand KENIS

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 5 september 2013 door:

Fernand KENIS, raadsheer,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Fernand KENIS