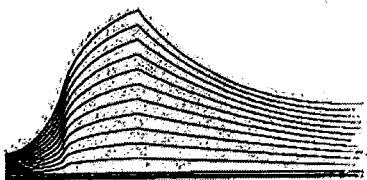


Kopie

Afgeleverd aan: arbeidsrechtbank te Brussel

Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Repertoriumnummer
2018/ 1088
Datum van uitspraak
19 april 2018
Rolnummer
2016/AB/1053

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

zevende kamer

Arrest

COVER 01-00001132060-0001-0016-01-01-1



SOCIALE ZEKERHEIDSRICHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk arrest
definitief

RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, KBO 0206.731.645, met zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein, 11, appellant, vertegenwoordigd door mr. DE GREEF Dirk, advocaat te 1700 DILBEEK, Eikelenberg 20,

tegen

BVBA, KBO

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:

Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 8 februari 2007 door de arbeidsrechtbank te Turnhout, 2e kamer (A.R. 83.561),
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het tussenarrest van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, uitgesproken op 21 maart 2008, 9^e kamer (A.R. 2070284)
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het eindarrest van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, uitgesproken op 24 oktober 2008, 9^e kamer (A.R. 2070284),
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het arrest van het Hof van Cassatie, uitgesproken op 4 januari 2010, 3^e kamer (S.09.0030.N), waarbij de zaak wordt verwezen naar het arbeidshof te Gent,
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het arrest van het arbeidshof te Gent, afdeling Gent, uitgesproken op 1 maart 2013, 5^e kamer (A.R. 2010/AG/107),
- het voor eensluidend verklaard afschrift van het arrest van het Hof van Cassatie, uitgesproken op 25 januari 2016, 3^e kamer (S.13.0091.N), waarbij de zaak wordt verwezen naar dit arbeidshof,



- de betekening van het arrest van Hof van Cassatie met dagvaarding om te verschijnen voor dit arbeidshof, betekend op verzoek van de RSZ aan de bvba De Bonten Os op 15 november 2016 en neergelegd ter griffie op 18 november 2016,
- de neergelegde conclusies,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 15 februari 2018.

A. De feiten

1.

De bvba (hierna "de vennootschap") baat sinds oktober 2004 een hotel met café en restaurant uit te Baarle Hertog.

Op zondag 29 mei 2005 om 10 uur werd door de Inspectie van de Sociale Wetten, samen de R.V.A. en de Lokale Politie, een controle uitgevoerd in de zaak.

De werknemster Maria S. was aan het werk (zij was aan het poetsen in de verbruikerszaal). Toen de hotelgasten toekwamen, heeft mevrouw S. het ontbijt klaargemaakt en geserveerd.

Maria S. werd verhoord en zij verklaarde dat zij deeltijds tewerkgesteld was.

De zaakvoerder van de bvba, M. V. was niet aanwezig en werd opgebeld. Hij werd de dag nadien verhoord.

De sociale inspectie stelde in het proces-verbaal de volgende inbreuken vast :

"1. HET NIET GENOMEN HEBBEN VAN DE NODIGE MAATREGELEN OPDAT HET AANWEZIGHEIDSREGISTER ZICH OP EEN GEMAKKELIJK TOEGANKELIJKE PLAATS BEVINDT OPDAT AMBTENAREN EN BEAMBTEN BELAST MET HET TOEZICHT ER OP IEDER OGENBLIK KENNIS VAN KUNNEN NEMEN;

(inbreuk op art. 4, par.2, art. 5, 1° lid, art. 11, par. 3, g van het K.B. nr. 5 van 23/10/1978 -B.S. 02/12/1978 en op art. 8, 1° lid van het K.B. van 17/06/1994 - B.S. 25/06/1994)

2. HET NIET BEWAREN OP DE PLAATS WAAR HET ARBEIDSREGLEMENT KAN GERAADPLEEGD WORDEN, MET TOEPASSING VAN ARTIKEL 15 VAN DE WET VAN 8 APRIL 1965 TOT INSTELLING VANDE ARBEIDSREGLEMENTEN, VAN EEN AFSCHRIFT VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMST VAN DE DEELTIJDSE WERKNEMER, SCHRIFTELIJK VASTGELEGD OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 1BIS VAN DE WET VAN 3 JULI 1978 BETREFFENDE DE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN, OF EEN UITTREKSEL VAN DE DEELTIJDSE ARBEIDSOVEREENKOMST MET DE WERKROOSTERS EN MET DE IDENTITEIT VAN DE DEELTIJDSE WERKNEMER WAAAROP DEZE VAN TOEPASSING ZIJN, ALSMEDE ZIJN HANDTEKENING EN DIE VAN DE WERKGEVER (inbreuk op art. 157 van de programmawet van 22/12/1989 - B.S. 30/12/089)



*Aantal betrokken werknemers: 1*¹

2.

Met een aangetekende brief van 9 februari 2006 stelde de RSZ de vennootschap in kennis van de beslissing om in toepassing van de artikelen 22bis en 22ter van de RSZ-wet over te gaan tot de ambtshalve aangifte van voltijdse prestaties voor Maria S.

De RSZ stelde op 24 februari 2006 een bericht van wijziging der bijdragen op voor het 4de kwartaal 2004 tot en met het 2de kwartaal 2005, hetzij 4.306,99 €.

De vennootschap betaalde dit bedrag op 11 april 2006 onder voorbehoud.

B. De procedure in eerste aanleg

3.

Met een dagvaarding van 5 mei 2006 vorderde de vennootschap de terugbetaling van 4.306,99 € te vermeerderen met de gerechtelijke intresten, de kosten, inclusief de rechtsplegingsvergoeding.

In conclusies vroeg zij, in ondergeschikte orde, te mogen bewijzen aan de hand van getuigen dat mevrouw S uitsluitend deeltijds gewerkt heeft voor de vennootschap.

4.

Met een vonnis van 8 februari 2007 heeft de arbeidsrechtbank te Turnhout de vordering van de vennootschap ontvankelijk verklaard, en alvorens recht te doen, haar toegelaten om te bewijzen met alle wettelijke middelen, getuigen inbegrepen: *'Dat mevrouw S in de periode vanaf 18 oktober 2004 tot en met 29 mei 2005 uitsluitend deeltijds heeft gewerkt voor de BVBA, meer bepaald dat zij een zodanig aantal uren per week niet werkte voor eiseres in het café-restaurant dat er geen tijd voor een voltijdse betrekking overbleef.'*

De vennootschap vroeg om mevrouw S en mevrouw A als getuigen op te roepen.

Het getuigenverhoor was vastgesteld op 18 juni 2007, maar heeft niet plaatsgevonden omdat de RSZ hoger beroep instelde.

C. Het hoger beroep en twee maal cassatieberoep

5.

De RSZ stelde op 4 mei 2007 hoger beroep in en vroeg om de oorspronkelijke vordering van de vennootschap ongegrond te verklaren.

De vennootschap stelde met conclusies neergelegd ter griffie op 22 juni 2007 incidenteel beroep in, in zoverre de arbeidsrechtbank haar vordering niet gegrond verklaarde en de RSZ niet veroordeelde

¹ Op het ogenblik van de controle was in de keuken ook een Poolse dame aanwezig (mevrouw Alot Kustra). Er werden in het proces-verbaal ook inbreuken vastgesteld wegens het tewerkstellen van een buitenlandse werknemer zonder verblijfsvergunning en zonder deze in te schrijven. De RSZ vordert uiteindelijk geen bijdragen voor deze dame omdat de zaakvoerder aan de hand van een overeenkomst aantoonde dat deze dame in het hotel verbleef en er zelf haar ontbijt mocht maken.



tot terugbetaling van het bedrag van 4.306,99 €, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten vanaf 5 mei 2006 en de kosten van het geding.

6.

Met een arrest van 21 maart 2008 verklaarde het Arbeidshof te Antwerpen het hoger beroep van de RSZ ongegrond en het incidenteel beroep gegrond. Volgens het arbeidshof was er enkel voor de dag van de controle een vermoeden van voltijdse tewerkstelling; de debatten werden heropend voor een aangepaste berekening.

Met een arrest van 24 oktober 2008 werd de RSZ veroordeeld tot betaling aan de vennootschap van 4.255,21 €, te vermeerderen met de gerechtelijke intresten vanaf de dagvaarding.

7.

De RSZ stelde cassatieberoep in en met een arrest van 4 januari 2010 vernietigde het Hof van Cassatie beide arresten van het arbeidshof te Antwerpen. De zaak werd verzonden naar het arbeidshof te Gent.

Het Hof van Cassatie overwoog:

"2. Het aldus ingestelde vermoeden van voltijdse tewerkstelling van de deeltijdse werknemers bij ontstentenis van openbaarmaking van hun normale werkroosters geldt, wanneer de toepassingsvoorwaarden ervan vervuld zijn, niet alleen voor de dag van de vaststelling van de bedoelde ontstentenis, maar voor de ganse voorafgaande periode van tewerkstelling. Dit vermoeden ontslaat diegene in wiens voordeel het is ingesteld, desbetreffende van ieder bewijs voor de ganse periode van tewerkstelling voorafgaand aan de vaststelling.

3. De appelrechters, die oordelen dat het vermoeden van voltijdse tewerkstelling van de betrokken werknemer slechts geldt voor de dag van de vaststelling van de ontstentenis van openbaarmaking van het vast werkrooster, om reden dat voor de andere dagen de ontstentenis van openbaarmaking niet is bewezen, verantwoorden hun beslissing niet naar recht."

8.

Met een arrest van 1 maart 2013 verklaarde het arbeidshof te Gent het hoger beroep van de RSZ ontvankelijk, maar ongegrond.

Het incidenteel beroep van de vennootschap werd ontvankelijk en gegrond verklaard.

Het hof hervormde het bestreden vonnis en veroordeelde de RSZ tot het terugbetalen van 4.306,99 € te vermeerderen met de gerechtelijke interesten vanaf 5 mei 2006.

De RSZ betaalde op 22 maart 2013 een totaal bedrag van 8.388,28 € (hoofdsom, gerechtelijke intresten aan de wettelijke intrestvoet en kosten van uitgifte en betekening) aan de vennootschap.

9.

Op 30 juli 2013 stelde de RSZ opnieuw cassatieberoep in.



Met een arrest van 25 januari 2016 vernietigde het Hof van Cassatie ook het arrest van het arbeidshof te Gent. De zaak werd verzonden naar het arbeidshof te Brussel.

Het Hof van Cassatie overwoog:

“ De appelrechters stellen vast dat:

- werknemster Maria Schellekens bij de controle van 29 mei 2005 verklaarde dat zij een deeltijdse arbeidsovereenkomst had ontvangen en ondertekend maar dat zij haar contract niet kon voorleggen.*
- tijdens dezelfde controle de sociale controleurs telefonisch contact opnamen met de zaakvoerder van verweerster, die meedeelde dat de deeltijdse arbeidsovereenkomst van Maria Schellekens opgeborgen lag in zijn kantoor.*
- de controleurs tijdens de controle geen toegang konden nemen tot dit kantoor omdat dit op slot was.*

De appelrechters, die aldus vaststelden dat de in artikel 157 Wet Deeltijdse Arbeid bedoelde documenten op de werkplaats niet werden bewaard op een voor de werknemer gemakkelijk toegankelijke plaats, vermochten niet wettig te oordelen dat het niet bewezen was dat verweerster een inbreuk pleegde op voormeld artikel.”.

10.

Met een dagvaarding van 15 november 2016 maakte de RSZ de zaak aanhangig voor het arbeidshof te Brussel.

D. De vorderingen waarover het arbeidshof te Brussel uitspraak moet doen

11.

De RSZ vordert:

- het vonnis van de arbeidsrechtbank te Turnhout van 8 februari 2007 te vernietigen en de oorspronkelijke vordering van de vennootschap ongegrond te verklaren;
- de vennootschap te veroordelen tot terugbetaling van alle sommen die de RSZ op 22 maart 2013 ingevolge het arrest van 1 maart 2013 van het arbeidshof te Gent heeft betaald, hetzij:
4.306,99 € (ambtshalve regularisatie m.b.t. 4/04, 1/05 en 2/05) + € 1.507,55 (de door de RSZ betaalde intresten), beide sommen te vermeerderen met de wettelijke intresten aan 7% vanaf 22/03/2013;
- en de gerechtskosten (€ 94,57 dagvaardingskosten. + € 715 RPV eerste aanleg + € 3 kosten uitgifte arrest + € 110,97 kosten betekening arrest + € 1.650 RPV hoger beroep) te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf 22/03/2013;
- de vennootschap te veroordelen tot alle kosten, zowel deze van eerste aanleg als van hoger beroep als deze van de voorzieningen in cassatie en de kosten van huidig geding.



12.

Met conclusies neergelegd ter griffie van dit hof op 26 januari 2017 breidde de vennootschap haar vordering uit en vordert zij de gerechtelijke intresten aan 7% op het bedrag van 4.306,99 € vanaf 5 mei 2006 tot 24 maart 2013.

13.

De vennootschap vordert voor dit hof:

In hoofdorde:

- het vonnis van de arbeidsrechtbank te Turnhout van 8 februari 2007 te vernietigen en de oorspronkelijke vordering van de vennootschap gegrond te verklaren.
- te zeggen voor recht dat de RSZ gehouden was tot betaling aan de vennootschap van het bedrag van 4.306,99 € te vermeerderen met de gerechtelijke intresten aan 7% vanaf 5 mei 2006 tot 21 maart 2013
- de RSZ te veroordelen tot betaling van de gerechtelijke intresten aan 7% vanaf 5 mei 2006 tot 21 maart 2013.
- de RSZ te verwijzen in de kosten van alle instanties.

In ondergeschikte orde:

- het door de arbeidsrechtbank te Turnhout van 8 februari 2007 toegestane (getuigen) bewijs te bevestigen.
- in die hypothese de zaak terug te verwijzen naar de arbeidsrechtbank te Turnhout en de beslissing betreffende de kosten aan te houden.

14.

Het hoger beroepen het incidenteel beroep zijn ontvankelijk. De vorderingen van de vennootschap en van de RSZ zijn ontvankelijk.

E. Bespreking

a. de wettelijke bepalingen waarop de vordering van de RSZ is gesteund

15.

De volgende wettelijke bepalingen zijn van toepassing (in de versie zoals van kracht op het ogenblik van de feiten):

- Artikel 22ter van de RSZ-Wet, in de versie zoals van kracht vanaf 1 januari 2005² bepaalde:

² Artikel 22 ter werd oorspronkelijk ingevoegd door artikel 181 van de programmawet van 22 december 1989 en werd gewijzigd door de Programmawet van 27 december 2004 en inmiddels opnieuw gewijzigd door de Programmawet van 29 maart 2012.



"Behoudens in de door de sociale inspectie vastgestelde gevallen van materiële onmogelijkheid om voltijdse arbeid te verrichten, worden bij ontstentenis van inschrijving in de documenten bedoeld bij de artikelen 160, 162, 163 en 165 van de programmawet van 22 december 1989 of bij gebrek aan gebruik van de apparaten bedoeld bij artikel 164 van dezelfde wet, de deeltijdse werknemers vermoed hun normale werkelijke arbeid te hebben uitgevoerd volgens de normale werkroosters van de betrokken werknemers die werden openbaar gemaakt zoals bepaald in de artikelen 157 tot 159 van dezelfde wet.

Behoudens in de door de sociale inspectiediensten vastgestelde gevallen van materiële onmogelijkheid om voltijdse arbeid te verrichten, worden bij ontstentenis van openbaarmaking van de normale werkroosters van de betrokken werknemers, de deeltijdse werknemers vermoed arbeid te hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor arbeid als voltijdse werknemer."

- In de versie, zoals die van kracht was vóór 1 januari 2005, werd er geen uitzondering gemaakt voor de situatie waarin de inspectiediensten de materiële onmogelijkheid tot voltijdse arbeid hadden vastgesteld: *"Behoudens bewijs van het tegendeel dat door de werkgever wordt aangebracht, worden de deeltijdse werknemers vermoed, bij ontstentenis van inschrijving in de documenten bedoeld bij de artikelen 160, 162, 163 en 165 van de programmawet van 22 december 1989 of bij gebrek aan gebruik van de apparaten bedoeld bij artikel 164 van dezelfde wet, hun prestaties te hebben uitgevoerd volgens de werkroosters die werden openbaar gemaakt zoals bepaald in de artikelen 157 tot 159 van dezelfde wet.*

Bij ontstentenis van openbaarmaking van de werkroosters, worden de deeltijdse werknemers vermoed arbeid te hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor voltijdse arbeid."

De artikelen 157 tot 159 van de programmawet van 22 december 1989 regelen de bekendmaking van de werkroosters van de deeltijdse werknemers:

- artikel 157 : *"Een afschrift van de arbeidsovereenkomst van de deeltijdse werknemer, schriftelijk vastgesteld overeenkomstig artikel 11bis van de Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, of een uittreksel van die arbeidsovereenkomst met de werkroosters en met de identiteit van de deeltijdse werknemer waarop deze van toepassing zijn, alsmede zijn handtekening van de werknemer en die van de werkgever, moet worden bewaard op de plaats waar het arbeidsreglement kan geraadpleegd worden met toepassing van artikel 15 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen".*

Artikel 11bis, al. 1 en 2, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten bepaalde: *"De arbeidsovereenkomst gesloten voor deeltijdse arbeid moet voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer de uitvoering van zijn overeenkomst aanvangt.*

Dit geschrift moet de overeengekomen deeltijdse arbeidsregeling en werkrooster vermelden. Het werkrooster van deeltijdse arbeid kan variabel zijn. (...)"

- artikel 158 van de programmawet betreft de deeltijdse werknemer van wie de arbeidsregeling is geregeld volgens een cyclus en is niet relevant in deze zaak.

- artikel 159 van dezelfde wet: *"Wanneer het werkrooster variabel is in de zin van artikel 11bis, derde lid, van voornoemde wet van 3 juli 1978, zullen de dagelijkse werkroosters ten minste vijf werkdagen*



vooraf door aanplakking van een gedateerd bericht, door de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers, in de lokalen van de onderneming op de plaats bedoeld bij artikel 15, vierde lid, van voornoemde wet van 8 april 1965, ter kennis van de betrokken werknemers moeten worden gebracht.

Dit bericht moet voor iedere deeltijdse werknemer afzonderlijk het werkrooster bepalen. Dit bericht moet gedurende één jaar bewaard worden, te rekenen vanaf de dag waarop het werkrooster ophoudt van kracht te zijn.

De in het eerste lid bedoelde termijn van vijf werkdagen, kan worden gewijzigd door een in een paritair comité gesloten collectieve arbeidsovereenkomst die bij koninklijk besluit algemeen verbindend werd verklaard."

Zoals blijkt uit de voorbereidende werken van de Programmawet van 22 december 1989, hebben deze bepalingen als doel het zwartwerk tegen te gaan en de controle te vergemakkelijken (vgl. *Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 975/10, p. 45 en *Parl. St.*, Senaat, 1989-1990, nr. 849-2, p. 24).

b. het vermoeden van arbeid als voltijdse werknemer

16.

Toen zij op de dag van de controle werd verhoord, heeft mevrouw Si verklaard :

"Ik ben op dit ogenblik aan het werk als poetsvrouw in hotel-restaurant -café te Baarle Hertog. Ik werk bij I sedert oktober 2004 vast, deeltijds, 12 uren per week. Ik heb een deeltijds contract ontvangen en getekend. Ik werk dinsdag + donderdag van 07.00 u - 11.00 u. en zaterdag of zondag van 07.00 - 11.00 uur. Alle personeelsleden ontvangen een werkrooster, maandelijks, welke dagen we moeten werken. De zaterdag en zondag te werken is niet vast bepaald. Ik heb dit werkrooster niet bij me. Het werkrooster hangt niet uit. Ik kan het deeltijds contract niet voorleggen van mij. Met mij is in de zaak een vrouw aangetroffen. U zegt dat ze nu aan de toog staat. Ik heb deze vrouw deze morgen in de zaak gezien. Ik wens over deze vrouw niets te verklaren. Ik verdien netto 7 euro per uur. Een aanwezigheidsregister ligt volgens mij op kantoor. Dit kantoor is op slot en ik kan hier niet in."

In het proces-verbaal van de sociale inspectie staat:

"In de keuken waar Al en het werk was hing aan de raam van het bureel een blad uit met de hoofding "vrije dagen aanvragen" met daaronder verschillende namen, (zie bijlage). Verder werd op de toog van de feestzaal een blad gevonden met daarop, volgens ondergetekende, een planning van de werkzaamheden op vrijdag 27/05/05 en zaterdag 28/05/05. (zie bijlage) Gezien ondergetekende wou nagaan of de personen die op de bladen voorkomen, ook voorkomen in het aanwezigheidsregister en gezien ondergetekende wou nagaan of A. werd vermeld in het aanwezigheidsregister vroeg ondergetekende, bij de controle, het aanwezigheidsregister aan Si. Deze verklaarde mij dat het aanwezigheidsregister waarschijnlijk op het kantoor lag dat op slot was. Si verklaarde verder dat zij hier niet in kon. Bij de controle, op 29/05/05, heb ik telefonisch contact gehad met V. Deze vertelde mij dat het aanwezigheidsregister in het bureel lag en dat hij binnen de 2 uren in de zaak kon zijn om mij de gevraagde documenten te tonen.. Ik heb V. toen gemeld dat wij geen 2



uren op hem gingen wachten.

Het aanwezigheidsregister lag bij de controle niet op toegankelijke plaats om dit register te raadplegen. (INBREUK 1).

V. kon mij bij zijn verhoor een aanwezigheidsregister voorleggen. Het betrof het aanwezigheidsregister van het failliet gegane BVBA dat voor oktober 2004 "uitbaatte. In dit register kon ik bemerken dat, sedert augustus 2004, nu op 27/05/05 en 28/05/05, terug prestaties werden vermeld in dit register, van onder andere, de personen die op de gevonden papieren werden vermeld."

Toen de zaakvoerder werd verhoord de dag na de controle, verklaarde hij :

"Hoeveel uren per week werkt S. en welk is haar werkrooster ?

Dit kunt u zien op bijgevoegd arbeidscontract, Namelijk dinsdag van 08.00 - 12.00, donderdag van 08.00 tot 12.00 en zondag van 08.00 tot 12.00 uur.

Gisteren hing er nergens een uurrooster uit en konden wij geen uurrooster of contract raadplegen van S. . Waar lag dit contract toen ?

Dit contract zat opgeborgen in het kantoor. Het uurrooster lag in de kleine keuken voor het kantoor in een blauwe bak.

S. verklaarde dat zij ook op zaterdag werkt. Klopt dit ?

Bij mijn weten werkt zij enkel de uren vermeld op het contract. Als zij gewisseld van uren zou hebben, is dit een uitzondering."

Toen de zaakvoerder op 17 oktober 2005 opnieuw werd verhoord, verklaarde hij :

"Wat betreft S. , zij is deeltijds in dienst, 12 uren per week : dinsdag, donderdag en zondag van 8.00 — 12.00 uur. Haar arbeidsovereenkomst kon niet worden voorgelegd. Er was wel een geldige arbeidsovereenkomst in de bureauruimte. S. als poetsvrouw in dienst, kon de arbeidsovereenkomst op dat moment niet voorleggen. Ik heb aangeboden om de arbeidsovereenkomst nog voor te leggen. Ik kon binnen de 2 uur op de zaal zijn maar mijn aanbod werd afgeslagen om binnen die tijd de arbeidsovereenkomst te pakken. U geeft mij de nodige informatie m.b.t. art. 22 ter van de wet van 27/6/'69. Gelet op het feit dat er met S. en geldige arbeidsovereenkomst aanwezig was met vermelding van het werkrooster, afgesloten op 18/10/'04, ben ik niet bereid om de prestaties van deze werknemer aan te geven volgens een voltijds arbeidsregime."

17.

Volgens de zaakvoerder betrof het dus een vast werkrooster, wat de vennootschap ook volhoudt in haar conclusies. Hij overhandigde de arbeidsovereenkomst aan de inspecteur, samen met een door beide partijen ondertekend uittreksel van de arbeidsovereenkomst met het vast werkrooster, beiden gedateerd op 18 oktober 2004 (stuk 11 RSZ). Hij beweerde dat "het uurrooster" in de keuken lag. Indien dit het uurrooster van mevrouw S. was, zou het dus een vast uurrooster zijn geweest (dat niet moet worden aangeplakt, in tegenstelling tot de variabele werkroosters). Het was alleszins niet het door de partijen ondertekende uittreksel van de arbeidsovereenkomst, gezien de zaakvoerder dit pas bezorgde de dag na de controle en nooit heeft beweerd dat het reeds in de keuken lag. Indien dat wel het geval was, dan had hij dit gemakkelijk via de telefoon kunnen melden en hoefde hij niet aan te bieden om twee uur op hem te wachten opdat hij de arbeidsovereenkomst



uit het afgesloten kantoor zou voorleggen. De vennootschap heeft dit uurrooster ook nooit bijgebracht.

18.

Uit deze eigen verklaringen van mevrouw S. en de zaakvoerder blijkt dus met zekerheid dat op het ogenblik van de controle mevrouw S., noch iemand anders die aanwezig was, de arbeidsovereenkomst, of een afschrift ervan, kon voorleggen en ook geen uittreksel van die arbeidsovereenkomst met het (vast) werkrooster, met de handtekening van de werknemer en van de werkgever. Uit de antwoorden die mevrouw S. gaf, blijkt ook dat de sociaal controleur haar gevraagd heeft naar de arbeidsovereenkomst.

19.

Overeenkomstig artikel 157 van de programmawet van 22 december 1989 dienden de arbeidsovereenkomst of een afschrift ervan of een ondertekend uittreksel van de arbeidsovereenkomst met het werkrooster voorhanden te zijn *op de plaats waar het arbeidsreglement kan geraadpleegd worden met toepassing van artikel 15 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen*.

Artikel 15 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen bepaalt : *"Iedere werknemer moet, op elk ogenblik en zonder tussenpersoon, inzage kunnen nemen van het definitieve reglement en de wijzigingen er aan, in een gemakkelijk toegankelijke plaats."*

Op het ogenblik van de controle moest mevrouw S. dus gemakkelijk toegang kunnen krijgen tot deze plaats, zonder medewerking van haar werkgever of een andere persoon.

Dit was duidelijk niet het geval. De zaakvoerder, die telefonisch contact had met de controleur, heeft enkel aangeboden om zelf - binnen de twee uur - de arbeidsovereenkomst te komen tonen. Hij beschikte dus blijkbaar als enige over de sleutel en hij kon zelfs niet aan mevrouw S. of de sociaal controleur per telefoon uitleggen hoe zij in het bureau konden raken.

Waar de deur van het lokaal waar de arbeidsovereenkomst werd bewaard, op slot was en enkel de zaakvoerder deze kon openen, nadat eerst twee uur op hem gewacht werd, was niet voldaan aan de voormelde wettelijke bepalingen.

20.

Het kan aan de sociaal controleur niet verweten worden dat hij aan de telefoon heeft geantwoord dat hij en de andere controleurs geen twee uur op de zaakvoerder zouden wachten. Op het ogenblik van de controle had de werkneemster immers verklaard dat zij volgens een variabel werkrooster werkte. Deze variabele werkroosters waren evenmin aangeplakt op een gemakkelijk toegankelijke plaats in de onderneming, zoals vereist door artikel 159 van de programmawet van 22 december 1989. Dit werd bevestigd door mevrouw Schellekens tijdens haar verhoor. De sociaal controleur verklaarde in het proces-verbaal van 30 mei 2005 dat hij bij de controle de open bakken in de keuken heeft gezien en dat daar geen werkroosters inlagen. De zaakvoerder heeft aan de sociale controleur naderhand ook geen werkrooster getoond. Hij hield vol dat mevrouw S. volgens een vast werkrooster werkte en heeft ook nooit beweerd dat het *variabel* werkrooster door aanplakking in de



onderneming ter kennis was gebracht van mevrouw S
werkrooster in haar stukken neer.

De vennootschap legt ook geen

Indien in een blauwe bak in de keuken werkelijk de variabele werkroosters zouden gelegen hebben, dan had de zaakvoerder zich er gemakkelijk via de telefoon met de controleur of met zijn werkneemster van kunnen gewisselen of deze wel gevonden waren.

Mevrouw S heeft haar verklaring ondertekend en nadien nooit tegengesproken. Het valt niet in te zien waarom mevrouw S niet eenvoudigweg zou verklaard hebben dat zij volgens een vast werkrooster werkte, indien dit zo was overeengekomen. Er was dus voor de sociaal controleur geen reden om te twijfelen aan haar verklaring dat zij pas bij het begin van de maand haar werkrooster kreeg en dan volstond reeds de vaststelling dat het werkrooster niet was aangeplakt en dat de zaakvoerder tijdens het telefoongesprek ook niet had gezegd dat deze in het afgesloten bureau konden getoond worden.

Het was overigens perfect mogelijk dat de partijen in oktober 2004 een schriftelijke overeenkomst sloten voor een vast werkrooster en daarna mondeling of schriftelijk overeenkwamen dat het werkrooster variabel was.

21.

In haar conclusies verwijst de vennootschap naar de mogelijkheid om bij een deeltijds werkrooster dat vast is, af te wijken van het normaal werkrooster. In dat geval moeten wel de afwijkingsdocumenten opgesteld worden zoals bepaald in de artikelen 160, 162, 163 en 165 van de Programmawet van 22 december 1989 of moet de registratie gebeuren via de apparaten bedoeld bij artikel 164 van dezelfde wet.

De vennootschap toont op geen enkele wijze aan dat er in het geval van mevrouw S dergelijke afwijkingen gebeurden, die konden verklaren waarom zij te kennen gaf dat het onzeker was of zij zaterdag of zondag moest werken. De vennootschap verwijst immers enkel naar het aanwezigheidsregister van augustus 2004 (p 17 conclusies), hetzij van voor dat mevrouw S bij haar in dienst trad. Blijkbaar was er nadien geen enkel document met een afwijking.

22.

Zoals de RSZ bevestigde in de aangetekende brief van 9 februari 2006, heeft de sociale inspectie in het geval van mevrouw S niet vastgesteld dat het materieel onmogelijk was om voltijdse arbeid te verrichten en kon zij dit ook niet vaststellen. Integendeel blijkt niet dat mevrouw S elders werkte. De vennootschap betwist niet de verklaring van de RSZ dat mevrouw S door geen enkele andere werkgever als werknemer werd ingeschreven. Verder was het zeker mogelijk om voltijds te werken als schoonmaakster - keukenhulp en dienstster in een zaak die zowel een café, een restaurant als een hotel omvatte.

Bijgevolg was aan alle wettelijke voorwaarden voldaan opdat mevrouw S vermoed wordt arbeid te hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor arbeid als voltijdse werknemer sinds de datum waarop zij in dienst trad tot de datum van de controle, hetzij van 18 oktober 2004 tot en met 29 mei 2005.



c. het tegenbewijs.

23.

Ook na de wijziging van artikel 22ter RSZ-Wet door de Programmawet van 27 december 2004 vestigt de wet een weerlegbaar vermoeden, zoals werd bevestigd door het Hof van Cassatie: “... *Die bepaling die de aard van het vermoeden niet kwalificeert, kan alleen zo worden gelezen dat het ingevoerde vermoeden dat door de deeltijdse werknemers voltijds arbeid werd verricht, wanneer geen normale werkroosters werden bekendgemaakt, niet geldt wanneer door de sociale inspectiediensten is vastgesteld dat het materieel onmogelijk is om voltijdse arbeid te verrichten.*

Hieruit volgt dat, waar voormeld artikel 22ter, tweede lid, niet vermeldt dat het vermoeden onweerlegbaar is en de wet op grond van dit vermoeden geen bepaalde handeling nietig verklaart of een rechtsvordering ontzegt, dit wettelijk vermoeden als weerlegbaar moet worden beschouwd, ongeacht de bewoordingen van de memorie van toelichting bij het wetsontwerp, die aan deze wetsbepaling geen draagwijdte kan geven die met de wettekst zelf niet overeenstemt.” (Cass. 7 februari 2011, www.jura.be).

24.

Anders dan wat de vennootschap aanvoert in haar conclusies, wordt dit tegenbewijs niet geleverd door de verklaringen en de stukken. Zoals vermeld hierboven, heeft de regelgeving als doel het zwartwerk tegen te gaan; in het bijzonder de praktijk waarbij een werknemer deeltijds wordt ingeschreven maar in werkelijkheid voor een groter aantal uren wordt tewerkgesteld en vergoed.

Het feit dat de partijen een arbeidsovereenkomst voor 12 uur per week ondertekenden en beiden verklaarden dat er slechts 12 uur werd gewerkt is dan ook geen voldoende bewijs. De werknemer, die een deel van zijn loon niet aangeeft in zijn belastingaangifte (en bijvoorbeeld ook in zijn verklaringen tegenover de instellingen van sociale zekerheid) heeft er alle belang bij te verklaren dat hij enkel de uren werkt zoals vermeld in de overeenkomst. Het getuigenverhoor van mevrouw S van iemand uit haar naaste omgeving, zal dus geen voldoende zekerheid opleveren. De vennootschap legt ook geen stukken neer waaruit blijkt dat het voor mevrouw S materieel onmogelijk was voltijds te werken.

De vennootschap vermeldt niet eens wie zij precies als ander getuigen wenst op te roepen. Zij licht niet toe wie A is. Het valt ook niet in te zien welke getuige met zekerheid zou kunnen verklaren dat mevrouw S over de hele periode deeltijds en niet voltijds werkte. Zelfs in de veronderstelling dat iemand zou kunnen bevestigen dat mevrouw S op bepaalde tijdstippen wel of niet aan het werk was wanneer hij daar zelf aanwezig was, dan nog kan deze persoon geen uitsluitel geven over de tijdstippen waar hij zelf niet aanwezig was.

Het is bijgevolg niet zinvol om een getuigenverhoor te organiseren. Het tegenbewijs wordt niet geleverd.

d. de berekening van de bijdragen

25.



De berekening van de ambtshalve aangifte van de bijkomende lonen voor de periode van 18 oktober 2004 tot en met 29 mei 2005 werd in detail toegelicht in het onderzoeksverslag dat de sociale inspectie opstelde voor de RSZ: "Het formulier F.33.0 werd daarom ambtshalve opgemaakt, rekening houdende met volgende elementen:

- Periode toepassing artikel 22 ter: 18/10/2004 - 29/5/2005 ;

- De voltijdse prestaties werden hypothetisch gespreid over de drie dagen die volgens V in de arbeidsovereenkomst werden voorzien, nl. dinsdag, donderdag en zondag. Voor deze drie dagen werden er 12,67 uren per dag geteld, totaal 38 uren per week

- Het aantal arbeidsdagen en -uren werden op de aangifte niet gewijzigd.

De bijlage gaat een overzicht van de uitgevoerde berekening. Voor de berekening van het voltijds loon werd geen rekening gehouden met de toeslag voor prestaties op zon- en feestdagen. In de kolom "TOT. EXCL." wordt het loon vermeld exclusief de toeslag voor prestaties op zon- en feestdagen. In de kolom "TOT. INCL." wordt het loon vermeld inclusief de toeslag voor prestaties op zon- en feestdagen.

Ter verduidelijking van het overzicht het ik de berekening van het vierde kwartaal 2004 toegelicht :

- Er werd aangegeven : 34 arbeidsdagen - 131 arbeidsuren - het bruto uurloon bedraagt € 8,7085 - het totale loon voor de gewerkte dagen in het vierde kwartaal is € 1140,81 - het totale loon voor het vierde kwartaal inclusief de toeslag voor prestaties op zon- en feestdagen is € 1449,96 ;

- Er dient te worden aangegeven in toepassing van artikel 22 ter : 32 arbeidsdagen (alle dinsdagen/ donderdagen en zondagen in de periode 18/10-31/12/2004) - 405 arbeidsuren (32 arbeidsdagen x 12,67 uren per dag) - bruto uurloon blijft behouden, € 8,7085 - totaal loon in toepassing van artikel 22 ter is € 3529,85 (exclusief de toeslag voor prestaties op zon- en feestdagen);

- Er dient aldus bijkomend te worden aangegeven: € 3529,85 € 1140,81 = € 2389,03"

In de bijlage was het detail gevoegd van de berekening voor elke kwartaal , met vermelding van de dagen, uren en lonen die werden aangegeven door de vennootschap en de herberekening voor voltijds werk (stukken 3 en 4).

Het is eenvoudig voor een ervaren werkgever die wordt bijgestaan door een raadsman, om de gehanteerde berekeningswijze voor elke kwartaal te verifiëren.

De berekening van de bijdragen, per maand, blijkt uit het bericht van wijziging der bijdragen , waarbij alle nodige toelichtingen worden gegeven (stuk 2).

De vennootschap vermeldt niet concreet wat niet duidelijk zou zijn of onjuist zou zijn.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, in het bijzonder artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Verklaart het hoger beroep van de RSZ ontvankelijk en gegrond en verklaart het incidenteel beroep van de bvba ontvankelijk maar ongegrond,

Hervormt het vonnis van 8 februari 2007 van de arbeidsrechtbank te Turnhout.



Verklaart de vordering van de bvba is zoals uitgebreid in hoger beroep ontvankelijk maar ongegrond.

Verklaart de vordering van de RSZ ontvankelijk en gegrond, veroordeelt de bvba tot betaling van :

- 4.306,99 € (ambtshalve regularisatie m.b.t. 4/04, 1/05 en 2/05) + € 1.507,55 (de door de RSZ betaalde intresten), beide sommen te vermeerderen met de wettelijke intrest in sociale zaken (7%) vanaf 22 maart 2013.

- de gerechtskosten (€ 94,57 dagvaardingskosten. + € 715 RPV eerste aanleg + € 3 kosten uitgifte arrest + € 110,97 kosten betekening arrest + € 1.650 RPV hoger beroep) te vermeerderen met de gewone wettelijke intrest vanaf 22 maart 2013.

Legt de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep en de kosten van de voorzieningen in cassatie ten laste van de bvba I , begroot voor de RSZ op :

RPV eerste aanleg: 223,10 €

RPV hoger beroep: 1.800,00 €

Betekening van voorziening in cassatie: 132,73 €

Uitgifte: 11,25 €

Dagvaarding met verwijzing (arbh. Gent): 196,00 €

betekening van voorziening in cassatie: 411,97 €

Uitgifte: 11,25 €

Dagvaarding met verwijzing (arbh. Brussel): 221,84 €



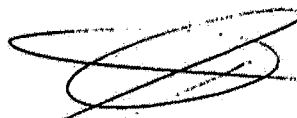
Aldus gewezen en ondertekend door de zevende kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

C. CORBISIER,
I. VAN DAMME,
J.-P. VAN CONINGSLOO,
bijgestaan door :
S. VAN DER HOEVEN,

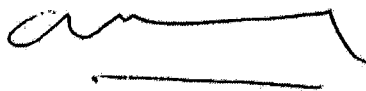
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,
griffier,



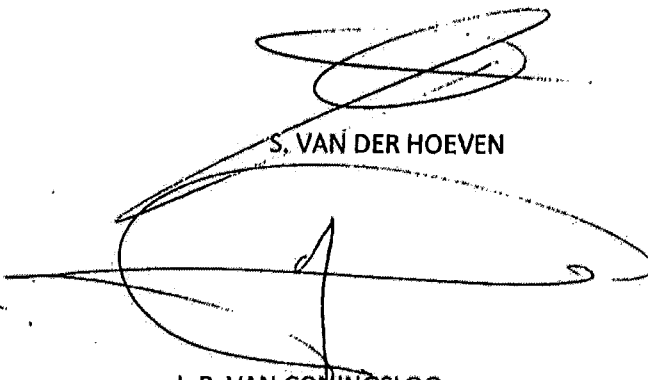
C. CORBISIER



S. VAN DER HOEVEN



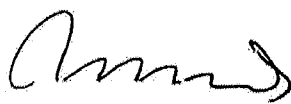
I. VAN DAMME



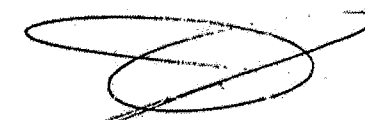
J.-P. VAN CONINGSLOO

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 19 april 2018 door:

C. CORBISIER, raadsheer,
bijgestaan door
S. VAN DER HOEVEN, griffier.



C. CORBISIER



S. VAN DER HOEVEN

