

Repertoriumnummer
2020 / 881
Datum van uitspraak
19 mei 2020
Rolnummer
2019/AB/309
Beslissing waartegen beroep
17/2027/A

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

eerste kamer

Arrest

COVER 01-00001642252-0001-0013-01-01-1





- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 21 februari 2020, waarna de debatten werden gesloten, de zaak voor schriftelijk advies werd meegedeeld aan het openbaar ministerie op 24 maart 2020, waarop de appellante heeft gerepliceerd, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op 15 mei 2020 en werd uitgesteld naar heden.

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De vzw Hestia Services (hierna verkort aangeduid als *Hestia*) werd met ingang van 24 november 2009 erkend als dienstencheque-onderneming met erkenningsnummer 04271. Ze maakt deel uit van de groep Time For Quality, die 6 residenties van assistentiewoningen voor bejaarden groepeerst.
2. Op 14 juli 2016 maakte de Afdeling Toezicht en Handhaving van het Departement Werk & Sociale Economie van de Vlaamse Overheid een proces-verbaal op wegens 7 overtredingen van de dienstenchequereglementering.
3. Met aangetekende brief van 1 februari 2017 nodigde de afdeling Dienstencheques Vlaanderen van de Vlaamse overheid Hestia uit om haar verweer te laten kennen in verband met een mogelijke terugvordering van dienstencheques; de inbreuken werden in feite en in rechte toegelicht.
4. De raadsman van Hestia bekwam een verlenging van de termijn voor zijn verweer en diende op 9 juni 2017 een gemotiveerd verweerschrift in, waarbij hij zich beriep op het vermoeden van onschuld en op enkele algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, de rechten van verdediging en het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel; hij besprak de inbreuken en achtte deze niet bewezen; hij betwistte de terugvordering van het vooropgestelde bedrag van € 2.163.166,92.
5. Met aangetekende brief van 22 augustus 2017 besloot de afdeling Dienstencheques van de Vlaamse overheid tot terugvordering van een bedrag van € 138.870,29 of 20% van de overheidsbijdragen van de ingediende dienstencheques; de regelgeving en de inbreuken erop werden aangeduid; het verweer van Hestia werd besproken. De beperking tot 20%



volgde uit het feit dat een deel van de dienstencheques wel reglementair werd aangewend. De wijze en termijn van betaling en de beroepsmogelijkheid werden aangeduid.

6. Met tegensprekelijk verzoekschrift, neergelegd bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel op 20 november 2017, tekende Hestia beroep aan tegen deze beslissing, waarvan ze de vernietiging vroeg. In ondergeschikte orde vroeg ze een reële beperking van de terugvordering en niet op basis van een forfait, minstens een verdere herleiding van het percentage en het voordeel van afkortingen.
7. Met vonnis van 15 maart 2019 werd de vordering afgewezen als ontvankelijk, doch ongegrond en werd de administratieve beslissing bevestigd.
8. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 19 april 2019 tekende Hestia hoger beroep aan en hernam ze haar vordering.

II. BEOORDELING

9. Het hoger beroep van Hestia werd, gelet op het ontbreken van betekening van het bestreden vonnis, tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist.

De kennisgeving van het PV en de bewijskracht ervan

10. Hoewel in het PV en in de bestreden beslissing 1 juli 2016 als datum van de laatste onderzoeksdaad werd aangeduid, volgt uit het PV, p. 13 dat de heer V op 13 juli 2016 het bewijs van zijn ontslag als bestuurder bij de verbalisanten binnenleverde (bijlage 37 van het PV) en dit in opvolging van zijn verhoor van 30 juni 2016. Als overtredingsperiode werd de periode van 1 januari 2011 tot 14 juli 2016 opgegeven.
11. Met toepassing van art. 6 §2 van het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn (BS 5 augustus 2004 – hierna verkort aangeduid als *decreet sociaalrechtelijk toezicht*) werd het PV klaarblijkelijk op 18 juli 2016 ter kennis gebracht binnen de 14 dagen, die een aanvang neemt de dag na die waarop het laatste constitutieve element van de inbreuk werd vastgesteld. De kennisgeving binnen de 14 dagen moet echter



- gebeuren per aangetekende brief, die niet kan worden voorgebracht en niet voorligt. De Vlaamse overheid aanvaardt dat de regels van het decreet niet volledig werden gevolgd.
12. Samen met het Openbaar Ministerie moet worden vastgesteld dat dit niet wegneemt dat het PV als inlichting blijft gelden. Hierna wordt rekening gehouden met de stukken die Hestia zelf heeft meegedeeld en met de verklaringen van hun verantwoordelijken.

Bespreking van de overtredingen

13. In een parallelle procedure heeft de Cel Administratieve geldboeten van de Vlaamse overheid geoordeeld dat slechts 4 van de 7 inbreuken, die volgen uit het PV van 14 juli 2016, als bewezen konden worden weerhouden. Terecht zegt de eerste rechter dat van de Vlaamse overheid een éénduidige en vaststaande houding mag worden verwacht, zodat de 3 inbreuken die de overheid zelf als niet bewezen aanmerkte, thans niet langer kunnen weerhouden worden, op straffe van miskennis van het vertrouwensbeginsel. Het arbeidshof houdt eveneens enkel rekening met de inbreuken die door de Cel administratieve geldboeten werden weerhouden.

Bespreking van de weerhouden overtredingen

Niet toegelaten activiteiten

14. Bijlage 10 bij het PV toont aan dat in flat B.03.02 verzorgingstaken werden uitgevoerd bij de gebruikers R en T Bi die met dienstencheques werden betaald. Het betreft: omkleden, in bed helpen, verversen van de bewoner, wassen, eten geven aan bewoner, toilet, hulp verpleging... Deze taken kunnen niet teruggebracht worden tot de toegelaten activiteiten, die opgesomd zijn in art. 1 van het KB van 12 december 2001 betreffende de dienstencheques (BS 22 december 2001, hierna aangeduid als *Uitvoeringsbesluit*), zoals van toepassing tijdens de onderzochte periode.
15. Hetzelfde geldt voor de zorgtaken bij de gebruiker A E , die a rato van 1 uur/dag worden verricht met de omschrijving all-in service, (flat B.02.12 bijlage 11 PV).
16. Bij de gebruiker C S (flat B.01.04) worden onder de noemer extra en sociale controle activiteiten met dienstencheques verricht, zoals wandelen, kaarten, kamerservice (bijlage 12) Ook dit zijn geen toegelaten activiteiten.
17. Hetzelfde geldt voor de gebruiker M P (flat B.00.06), waar ook animatieactiviteiten op de registratiefiche worden vermeld (bijlage 13 a + b + c).



18. Het leveren van warme maaltijden (vervoerservice restaurant) wordt uitdrukkelijk uitgesloten in art. 1 van het Uitvoeringsbesluit; niettemin gebeurde dit bij gebruiker F V (flat B.00.06 – bijlage 14).
19. Ook verhuiswerkzaamheden (6 uren) en schilderwerken (10 uren) bij de gebruiker N D. (app. 1.15 De Druivelaar) zijn geen toegelaten activiteiten (bijlage 20) ten onrechte wil Hestia deze werken voorstellen als het voorbereiden en poetsen van de serviceflat; het aantal uren toont aan dat dit niet klopt.
20. De heer V verklaarde over deze vaststellingen: *U wijst me op het feit dat de codes in de registratie andere diensten bevatten dan degene die staan in de tarievenlijst. Dit is voor mij ook een verrassing.* (bijlage 34) De overtreding kan dan ook niet worden ontkend en Hestia beroept zich ten onrechte op de website van de Vlaamse overheid, waarvan ze de bewoordingen verkeerdelijk oprekt naar de door haar niet toegelaten activiteiten. Bovendien ontving Hestia tot tweemaal toe correcte toelichtingen van de RVA.
21. Het arbeidshof sluit zich aan bij het Openbaar Ministerie dat, zelfs indien er betwisting zou kunnen rijzen over de exacte teneur van bepaalde omschrijvingen, het genoegzaam vaststaat dat Hestia niet huishoudelijke diensten in ruil voor dienstencheques leverde.
22. Terecht weerhield de bestreden beslissing een totaal gebrek aan kennis en eerbied voor de toepasselijke reglementering, wat als verzwarende omstandigheid werd aangemerkt.

Gebrekkige organisatie van de registratie

23. Op grond van art. 2quater §4, 15° van het Uitvoeringsbesluit moet de registratie het mogelijk maken exact na te gaan wat het verband is tussen de maandelijkse prestaties van elke individuele dienstenchequewerknemer, de gebruiker en de overeenkomstige dienstencheques.
Deze registratie is dus onontbeerlijk om tot een efficiënte controle te kunnen overgaan. (Cass. 26 juni 2017, Soc.Kron. 2018/8, 304).
24. Nadat bij een eerste inspectiebezoek op 22 april 2016 de reconstructie van de prestaties niet mogelijk bleek, kreeg Hestia een tweede kans bij het aangekondigde inspectiebezoek van 19 mei 2016. De heer V en mevrouw S slaagden er niet in om de prestaties van de dienstenchequewerknemer N E te reconstrueren door aan te duiden bij welke gebruiker de diensten werden geleverd (bijlage 34, p. 3). Voor de maand september



2015 konden zijn prestaties niet worden teruggevonden in de registratie (bijlage 25). Bij een steekproef bleek hetzelfde voor de werknemers: A B , K L en J; H (PV, p. 9). Ook de concordantie met de gegevens in de Sodexo databank klopte niet.

25. In zijn verklaring van 30 juni 2016 erkende de heer V : *Ik bevestig dat het voor ons niet mogelijk is om op basis van de voorliggende registratie te reconstrueren welke prestaties door welke werknemers bij welke gebruiker werden geleverd* (bijlage B.34, p. 3-4).
26. Aangezien aan de verantwoordelijken van Hestia de kans geboden werd om op basis van de eigen stukken de efficiëntie van de registratie aan te tonen en hierna erkend werd dat de vereiste verduidelijking onmogelijk was, is de voorlegging van alle dienstencheques niet nodig en is de verwijzing naar de kortgedingbeschikking van de arbeidsrechtbank Antwerpen irrelevant.
27. Evenzeer ten onrechte wil Hestia zich verschuilen achter Sodexo, daar ze zelf verplicht is de registratie afdoende te organiseren. Nog minder kan ze zich beroepen op een zgn. schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel omwille van info bij een eerdere controle van de RVA. Dienaangaande kan aangesloten worden bij wat de Raad van State overwoog in de schorsingszaak n.a.v. de intrekking van de erkenning van Hestia, met name dat de verhoren tijdens het inspectiebezoek van 19 mei 2016 aantonen dat de vereiste reconstructie voor elke werknemer onmogelijk was vermits die link niet of niet voldoende werd gelegd in de registratie van de onderneming, wat het gebruik van het door de RVA in 2010 ter beschikking gestelde model van registratiesysteem lijkt tegen te spreken. Haar bewering dat ze door de RVA zou zijn verschalkt, wordt niet aangetoond (R.v.St. nr. 239.826 van 9 november 2017, 16-17, nr. 18). In hetzelfde arrest werd pertinent vastgesteld dat het bestaan van een vorm van registratie die over de verschillende afdelingen van de residenties versnipperd was weliswaar aanvaard werd, maar dat het verwijt erin bestond dat deze registratie niet afdoende was om tot een efficiënte reconstructie en controle te kunnen overgaan.
28. Bovendien merkt het Openbaar Ministerie pertinent op dat ongeacht de juiste informatie van de RVA, het RVA-model door Hestia niet gebruikt werd en dat ze een eigen registratiesysteem toepasten dat niet conform was aan de regelgeving.
29. De inbreuk werd terecht als bewezen weerhouden zonder dat verzachtende omstandigheden konden worden weerhouden.



Het ontbreken van een sui generis afdeling

30. Op grond van art. 2 §2 a van de wet van 20 juli 2001 tot bevordering van buurtdiensten en – banen (BS 11 augustus 2001- hierna aangeduid als *dienstenchequewet*) moet de onderneming die een andere activiteit uitvoert dan dienstencheque-activiteiten een zgn. sui generis afdeling hebben, die zich specifiek inlaat met de tewerkstelling in het kader van de dienstencheques.

Dit wordt verder uitgewerkt in art. 2 quater §2 van het uitvoeringsbesluit in de zin dat een dergelijke afdeling volgende kenmerken moet hebben:

1° er is een specifieke verantwoordelijke aangeduid voor de afdeling;

2° de afdeling engageert zich om herkenbaar te zijn door haar erkenning als erkende onderneming en de publiciteit daaromtrent;

3° de dienstencheque-activiteiten zullen apart geregistreerd worden, inzonderheid ten behoeve van de sociale overlegstructuren in de onderneming en de sociale inspectie;

4° er wordt een aparte boekhouding gevoerd betreffende de dienstencheque-activiteiten.

31. Hestia erkent dat ze geen sui generis afdeling heeft opgericht maar ze houdt op basis van haar Nacebelcode voor dat ze geen andere medewerkers dan dienstenchequewerknemers heeft.

Dit laatste is onjuist, zoals aangetoond wordt door de tewerkstelling van L A die tewerkgesteld was als logistiek medewerker maar geen dienstencheque-activiteiten uitvoerde.

De heer V betwist dit niet, maar tracht dit te minimaliseren door een beroep op onwetendheid en/of het afbouwen van de andere activiteiten (bijlage 34).

32. Samen met het Openbaar Ministerie kan het arbeidshof niet anders dan vaststellen dat er een grote verwevenheid bestond tussen Hestia en de residenties, zowel operationeel als naar personeelsbezetting toe. Dit blijkt uit de verklaringen van M B en vooral van mevrouw V die zelf niet meer altijd wist voor welke eenheid ze prestaties verrichtte omdat alles door elkaar liep (B.10b).

33. Ook deze inbreuk is afdoende bewezen.



Het laten uitvoeren van dienstencheque-activiteiten door andere werknemers dan dienstencheque-werknemers

34. Volgens art. 2 lid 2 van het uitvoeringsbesluit moet een erkende dienstencheque-onderneming de toegelaten werken bij de gebruiker laten uitvoeren door een dienstencheque-werknemer. Dit leest men ook in art. 2 van de dienstenchequewet, die in art. 7bis bepaalt wat hieronder wordt verstaan, met name: *de arbeidsovereenkomst waarbij een werknemer zich verbindt om onder gezag van een werkgever, erkend in het kader van dit hoofdstuk en tegen loon arbeidsprestaties te verrichten die recht geven op de toekenning van een dienstencheque.*

35. Hestia erkent deze inbreuk met betrekking tot de logistiek medewerker L A maar minimaliseert dit opnieuw omdat dit zou zijn afgebouwd.

Niettemin werd ook vastgesteld dat niet alleen hij, maar ook N E de lakens van flat 13 ververst heeft (bijlage 29) hetzelfde geldt voor L / (bijlage 10). De huishoudelijke activiteiten werden zodoende niet gescheiden van de andere activiteiten, zoals deze van de logistiek medewerker, verpleger, zorgkundige en de uurroosters liepen dooreen (PV, p. 10), zodat de controle van de terugbetaling van dienstencheques niet kan gebeuren.

Omwille van de beperktheid van de inbreuk werden verzachtende omstandigheden aanvaard.

Naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

36. Uit de bespreking van de weerhouden overtredingen volgt dat de Vlaamse overheid zich zeer nauwgezet aan het zorgvuldigheidsbeginsel gehouden heeft. Weldegelijk werd rekening gehouden met de door Hestia aangebrachte stukken en middelen, waardoor 3 van de 7 overtredingen niet weerhouden werden. Tevens werd op basis van de decretale en uitvoeringsregels aangeduid welke initiatieven Hestia zelf had dienen te nemen met het oog op een efficiënte controle, wat ze nagelaten heeft. Haar verwijt dat de Vlaamse overheid in haar onderzoekplicht tekort zou geschoten zijn, houdt geen steek. Ook het onderzoekdossier werd zorgvuldig samengesteld.

In het schorsingsarrest van de Raad van State werd ook de miskenning van de zorgvuldigheidsplicht als niet ernstig aangemerkt (R.v.St. nr. 239.826 van 9 november 2017, overwegingen 10 tot 12).

37. Uit wat gezegd werd in de randnummers 4 volgt dat de Vlaamse overheid tevens de vereiste regels in verband met de rechten van verdediging heeft nageleefd.



38. Voor de ingeroepen schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel kan verwezen worden naar wat gezegd werd in randnummer 27.

De terugvordering

39. Art. 7 lid 2 van de dienstenchequewet bepaalt:

Hij (De Koning) bepaalt eveneens de voorwaarden en de nadere regels betreffende de teruggave van de ten onrechte toegekende tegemoetkoming van de federale staat in de kostprijs van de dienstencheque en van het ten onrechte toegekende bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque.

Art. 10bis §5 van het uitvoeringsbesluit bepaalt:

§ 5 Indien de werken uitgevoerd werden zonder dat de wettelijke of reglementaire voorwaarden bedoeld in artikel 2, § 2, eerste en tweede lid van de wet, werden gerespecteerd, kan het departement de tegemoetkoming en het bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque geheel terugvorderen indien deze ten onrechte werd toegekend.

40. Terecht stelde de eerste rechter dat art. 10bis §5 een concretisering is van de rechtsfiguur van de onverschuldigde betaling. (Arbh. Gent 15 januari 2018, AR 2016/AG/311, stuk 8 Vlaamse overheid)

De terugvordering van wat onverschuldigd betaald is, is slechts aan twee voorwaarden onderworpen: enerzijds moet er sprake zijn van een betaling, en anderzijds moet deze een onverschuldigd karakter hebben (Cass. 12 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 537). Dat er een betaling was gebeurd, wordt niet betwist. Het onverschuldigd karakter is aangetoond zodra blijkt dat de betaling zonder oorzaak is (Cass. 12 december 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 537).

41. In de bestreden terugvorderingsbeslissing werd weerhouden dat een gedeelte van de dienstencheques rechtmatig werden aangewend en betaald, aldus raamt de Vlaamse overheid de onrechtmatige aanwending en de daaruit voortvloeiende onrechtmatige betaling op 20% van de ontvangen overheidsbijdrage van de laatste drie jaar voorafgaand aan de controle.

42. Hestia werpt op de Vlaamse overheid deze ventilering tussen rechtmatig en niet rechtmatig aangewende dienstencheques niet bewijst. Ze veronachtzaamt daarbij dat de dienstenchequewet en het uitvoeringsbesluit een omstandig registratiesysteem instelt om de rechtmatigheid van de aanwending te verifiëren en te controleren en dat zijzelf juist op dat punt in gebreke bleef, zoals volgt uit de bespreking van de inbreuken. Meer bepaald ontbrak een doeltreffend registratiesysteem en een afgescheiden sui generis afdeling (zie



randnummers 23 tot 28). Hierdoor konden ook de verantwoordelijken Verlinden en Schollaert het feitelijke gebruik van de dienstencheques niet reconstitueren (randnummers 25 en 26).

43. Het Hof van Cassatie overwoog in het arrest van 26 juni 2017 (*Soc.Kron.* 2018/8, 304 met gelijkluidende conclusie OM), waarbij dit arbeidshof zich aansluit: *De appelrechters die vaststellen dat de eiseres (een dienstencheque-onderneming) heeft nagelaten een pertinent registratiesysteem te implementeren en oordelen dat het bijgevolg aan de eiseres is om aan te tonen dat de subsidie haar toch rechtmatig werd verleend, verantwoord naar recht hun beslissing dat de verweerder gerechtigd is alle tegemoetkomingen ..., terug te vorderen.* Ook in de conclusie van het OM wordt vastgesteld dat de dienstencheque-onderneming *faalt in de op haar rustende bewijslast* bij het nalaten om een pertinent registratiesysteem te implementeren.
44. Bij een dergelijk falen van Hestia in de bewijslast had de Vlaamse overheid alle dienstencheques kunnen terugvorderen. Wanneer ze dan de terugvordering beperkt tot 20% en dan nog beperkt tot de ontvangen overheidsbijdrage, is ze a fortiori tot dergelijke terugvordering gerechtigd. De beslissing is allerm minst onevenredig. Terecht merkt het Openbaar Ministerie op dat Hestia geen stukken voorlegt die een lager percentage zouden kunnen verantwoorden.
45. Tot slot vraagt Hestia afbetalingstermijnen op grond van art. 1244 BW. De rechter kan respijttermijnen toestaan aan de schuldenaar die ongelukkig en te goeder trouw is. Hestia heeft niet minder dan 4 belangrijke overtredingen gedaan op de dienstencheque-reglementering. Ze heeft inmiddels reeds bijna drie jaar de tijd gehad om de terugbetaling te verrichten; hoe haar financiële toestand sedertdien geëvolueerd is, wordt niet concreet gemaakt. Terecht heeft de eerste rechter geen respijttermijnen toegekend.
46. Het hoger beroep is ongegrond.



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,

Gelet op het gelijkkluidend schriftelijk advies van advocaat-generaal N. Van den Brande van 24 maart 2020, waarop de vzw Hestia tijdig heeft gerepliceerd,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond.

Bevestigt integraal het bestreden vonnis.

Veroordeelt Hestia bijkomend tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan de zijde van de Vlaamse overheid begroot en vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding beroep € 6.000



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

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
P. DEPRETER, plv raadsheer in sociale zaken, werkgever,
P. VAN DEN BERGH, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door K. CUVELIER, griffier



K. CUVELIER,



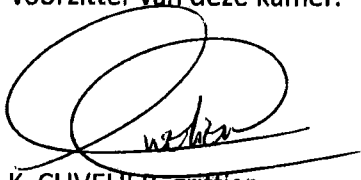
L. LENAERTS,

P. DEPRETER,

P. VAN DEN BERGH.

P. DEPRETER, raadsheer in sociale zaken, als werkgever, en P. VAN DEN BERGH, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende, die aanwezig waren bij de debatten in deze zaak en die hebben deelgenomen aan het beraad, zijn in de onmogelijkheid om dit arrest te ondertekenen (zie de beschikking van de eerste voorzitter van dit arbeidshof van 5 mei 2020, rep. n° 2020/760).

Overeenkomstig artikel 785 Ger. W., wordt dit arrest ondertekend door L. LENAERTS, voorzitter van deze kamer.



K. CUVELIER, griffier.

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van 19 mei 2020, waar aanwezig waren:

L. LENAERTS, kamervoorzitter,

K. CUVELIER, griffier



K. CUVELIER,



L. LENAERTS.

