

rep.nr.

201524

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 16 FEBRUARI 2012

7e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk
definitief

in de zaak:

C wonende te
..... vertegenwoordigd door mr. PEPERSTRAETE
A. loco mr. DURNEZ Johan, advocaat te 3050 OUD-HEVERLEE,
Waversebaan 134 A,

tegen:

RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, openbare instelling, met
zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein, 11, geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. DE KERPEL S. loco mr. DERVEAUX Pieter,
advocaat te 1930 ZAVENTEM, Parklaan 54.

*

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 28-02-2011 door de Arbeidsrechtbank te Leuven, 2e kamer (A.R. 2423/05),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 5 april 2011,
- de ter griffie neergelegde conclusies,

- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 19 januari 2012, 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.

Bij gelegenheid van een controle door de sociale inspectie werd vastgesteld dat mevrouw C voor een deeltijdse werknemers, die volgens haar verklaring met een variabel werkrooster werkte, niet de werkroosters kon voorleggen noch de deeltijdse arbeidsovereenkomst.

Bij schrijven van 26 april 2005 deelde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid aan mevrouw C: mede dat zij in toepassing van artikel 22 ter van de wet van 29 juni 1969 op de maatschappelijke zekerheid der werknemers, de tewerkstelling van de betrokken werknemers als een voltijdse tewerkstelling beschouwde en op die basis tot een regularisatie van de sociale zekerheidsbijdragen overging vanaf 1 januari 2000. De ambtshalve regularisatie met de wijzigende berichten werd verzonden op 28 juni 2005 en 20 oktober 2005.

2.

Bij dagvaarding van 17 augustus 2005 heeft mevrouw C: deze beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid betwist voor de arbeidsrechtbank te Leuven.

Bij conclusies stelde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voor deze rechtbank een tegenvordering in en vorderde zij de betaling van de som van 19.014,05 € als bijdrage, bijdrageopslagen en intresten voor de periode van het 1^e kwartaal 2000 tot en met het 4^e kwartaal 2002 en de som van 10.654,70 € als bijdragen, bijdrageopslagen en intresten voor de periode vanaf het 1^e kwartaal 2003 tot en met het 3^e kwartaal 2004.

3.

Bij vonnis van 28 februari 2011 heeft de arbeidsrechtbank te Leuven de hoofdvordering van mevrouw C als ongegrond afgewezen. De tegenvorderingen werden gegrond verklaard en mevrouw C werd veroordeeld tot betaling van de sommen van 19.014,05 € en 10.654,70 €.

4.

Bij verzoekschrift van 5 april 2011 heeft mevrouw C: hoger beroep aangetekend tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank.

II. DE ONTVANKELIJKHEID.

Het hoger beroep is regelmatig naar de vorm. Er wordt geen betekeningsakte voorgelegd van het bestreden vonnis zodat het beroep ook moet geacht worden tijdig te zijn ingesteld. Het beroep is ontvankelijk.

III. BEOORDELING.

1.
Mevrouw C: stelt dat het vermoeden, ingesteld door artikel 22 ter van de wet van 27 juni 1969, een weerlegbaar vermoeden is en dat zij dit vermoeden kan weerleggen. Zij verwijst naar de arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid, die zij thans voorlegt en naar de individuele rekeningen. Zij verwijst ook naar een verslag dat op 5 augustus 2003 zou opgesteld zijn door een sociaal inspecteur, die zou bevestigd hebben dat zij volledig in orde was met de reglementering. Mevrouw C: vraagt in ondergeschikte orde het wettelijk tegenbewijs te mogen leveren via een getuigenverhoor.

Mevrouw C: stelt verder dat het de taak was geweest van de inspectiediensten om, in een toepassing bij analogie van artikel 22 ter van de wet, zoals het van toepassing was vanaf 1 januari 2005, ambtshalve te onderzoeken of er geen sprake was van een materiële onmogelijkheid van voltijdse tewerkstelling. De gevorderde achterstallige sociale zekerheidsbijdragen zouden op die basis niet kunnen teruggevorderd worden omdat er nooit een "deftig onderzoek à décharge" was gebeurd.

In ondergeschikte orde stelt mevrouw C: dat de ambtshalve regularisatie zou moeten teniet gedaan worden in zoverre zij terug gaat tot het begin van de tewerkstelling. Zij zou moeten beperkt zijn tot de periode na 5 augustus 2003, omdat op die datum uit een controle zou gebleken zijn dat zij volledig in orde was met de reglementering.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid vraagt de bevestiging van het bestreden vonnis.

2.
Artikel 22 ter van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, zoals van toepassing op het ogenblik van de vaststelling, bepaalt:

"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 normale werkelijke arbeid 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 normale werkroosters van de betrokken werknemers, worden de deeltijdse werknemers vermoed arbeid te hebben verricht in het kader van een arbeidsovereenkomst voor arbeid als voltijdse werknemer".

Overeenkomstig artikel 159 al. 2 van de programmawet van 22 december 1989 dient het bericht, waarbij de werkroosters vastgesteld worden en dat aangeplakt dient te worden, bewaard te worden gedurende één jaar, te rekenen vanaf de dag waarop het werkrooster ophoudt van kracht te zijn.

Het vermoeden, ingesteld door artikel 22 ter van de wet van 27 juni 1969 geldt in alle gevallen waarin de openbaarmaking van de werkroosters, vastgesteld in artikel 137 tot 159 van de programmawet van 20 december 1989 niet werd nageleefd (Cass. 18 februari 2002, *juridat*).

3.

Mevrouw C betwist niet dat op het ogenblik van de controle op 23 september 2004 - waarbij overigens nog andere inbreuken werden vastgesteld op de sociale wetgeving - zij niet in de mogelijkheid was om de arbeidsovereenkomst van de betrokken werkneemster voor te leggen, noch de uurroosters van haar deeltijdse tewerkstelling. Zij was aldus in overtreding met de bepalingen van artikel 159 al. 2 ;v. van de programmawet van 22 december 1989. Zij werd overigens bij vonnis van de correctionele rechtbank van Leuven van 13 december 2005 voor dit feit veroordeeld.

Het vermoeden ingesteld door artikel 22 ter van de wet van 27 juni 1969, zoals van toepassing voor 1 januari 2005, was weerlegbaar. Mevrouw C kan aldus het tegenbewijs aanbrengen van de vastgestelde inbreuk, tegenbewijs dat er in bestaat dat zij dient aan te tonen dat de betrokken werkneemster geen voltijdse prestaties leverde (Cass. 31.01.2011, J.T.T. 2011, p. 169).

Dit tegenbewijs wordt echter niet voldoende geleverd door het voorleggen van de individuele arbeidsovereenkomst (die overigens niet kon voorgelegd worden op het ogenblik van de controle), noch door de individuele rekeningen, die als gepresteerde uren zouden vermelden de uren opgenomen in de deeltijdse overeenkomst. Deze laatste affirmatie van mevrouw C komt overigens bevreemdend over nu de voorgelegde arbeidsovereenkomst in het geheel niet vermeldt op welke uren mevrouw M.L. werkte en deze informatie ook niet voortkomt op de voorgelegde individuele rekeningen. Dit bewijs wordt evenmin geleverd door de vaststelling dat mevr. M.L. waarop het onderzoek betrekking had, in dezelfde periode deeltijdse werkloosheidsuitkeringen heeft genoten, hetgeen overigens niet bewezen wordt.

Het door mevrouw C in ondergeschikte orde aangeboden getuigenbewijs wordt door het hof als niet dienend afgewezen. Thans, meer dan 7 jaar na de vastgestelde feiten, kunnen getuigen niet meer op voldoende betrouwbare wijze verklaringen afleggen over de juiste uren van tewerkstelling van de betrokken werkneemster. Verder is het zeer de vraag hoe getuigen, en zeker de klanten en derden waarnaar mevrouw C verwijst, zouden kunnen getuigen dat de betrokken werkneemster niet voltijds zou gewerkt hebben. Hoogstens zouden de getuigen kunnen bevestigen dat mevrouw C op bepaalde uren in de zaak aanwezig was, maar niet dat zij op andere uren niet werkte.

4.

Ten onrechte verwijst mevrouw C naar een "onderzoeksverplichting" van de sociale inspectie. Zij verwijst daarmee, zoals blijkt uit haar besluiten, naar de versie van artikel 22 ter van de wet van 27 juni 1969, aangepast door de wet van 27 december 2004, waarin het vermoeden, zoals dit van kracht was, werd aangepast en aangevuld met de bepaling " behoudens in de door de sociale inspectie vastgestelde gevallen van materiële onmogelijkheid om voltijdse arbeid te verrichten".

Deze nieuwe bepaling vindt in de eerste plaats geen toepassing in dit dossier waarin de inbreuk werd vastgesteld op 23 september 2004. De bedoeling van de nieuwe bepaling is overigens niet om aan de sociale inspectie de verplichting op te leggen

een onderzoek " a charge en a décharge" (ten laste en ter ontlasting van) te voeren over de naleving van de wettelijke verplichting. De bedoeling is enkel te preciseren dat het door de wet ingestelde vermoeden niet speelt wanneer vastgesteld is dat een voltijdse tewerkstelling materieel onmogelijk is. Mevrouw C kan derhalve aan de sociale inspectie niet verwijten dat geen onderzoek " a charge" plaats vond. Mevrouw C brengt overigens geen enkel element aan waarop de sociale inspectie zich zou hebben kunnen steunen om te oordelen dat een voltijdse tewerkstelling in de omstandigheden van de zaak niet mogelijk was.

5.

De vraag die blijft is te weten hoe ver de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid kan terug gaan in zijn regularisatie op basis van een controle die plaatsvond op 23 september 2004. In zijn arresten van 20 oktober 2008 (J.T.T. 2009, 21) en 16.02.2009 (Juridat) heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het door de wet bepaalde vermoeden van voltijdse tewerkstelling niet alleen geldt voor de dag waarvoor een vaststelling gebeurde van ontstentenis van openbaarmaking van de normale werkroosters, maar " voor gans de periode van tewerkstelling". Daartegenover staat dat overeenkomstig artikel 159 al. 2 van de programmawet van 22 december 1989 het bericht, waarbij de werkroosters vastgesteld worden en dat aangeplakt dient te worden, slechts bewaard dient te worden gedurende één jaar, te rekenen vanaf de dag waarop het werkrooster ophoudt van kracht te zijn.

6.

Ten onrechte verwijst mevrouw C naar een document van 5 augustus 2003, waaruit zij afleidt dat op dat ogenblik geen inbreuken bestonden vermits toen een controle plaats vond door een sociaal inspecteur, mevrouw S die geen inbreuken vaststelde. Het door mevrouw C voorgelegde document, volledig met de hand geschreven, draagt als titel " klachtenregister". Volgens dit document, dat blijkbaar (aan het geschrift te zien) door de betrokken werkneemster, mevr. ML geschreven werd, verklaart deze het klachtenregister gezien te hebben gedurende meer dan 15 dagen en geen klachten genoteerd te hebben. Wat dit klachtenregister precies inhoudt en welk het verband is met de reglementering van de openbaarmaking van de uurroosters van de deeltijdse werknemers wordt door mevrouw C niet aangegeven. Uit dit document kan dan ook niet afgeleid worden dat de verplichtingen inzake de uurroosters werden nageleefd. Dit document werd dan voor gezien getekend door een zekere mevrouw S die vermeldt dat zij sociaal inspecteur is, maar waarvan verder geen enkele identificatie (een stempel of dergelijke) voorhanden is.

7.

Bij gelegenheid van het onderzoek van 23 september 2004 verklaarde mevrouw C: (vertaling van het hof):

" Vandaag vindt u tijdens uw controle mijn serveuse M.L.: zij heeft de Belgische nationaliteit. Zij werkt hier halftijds (4u per dag). Zij heeft een arbeidsovereenkomst gekregen maar ik kan deze niet voorleggen. De overeenkomst is bij de boekhouder. Normaal werkt zij met variabele uren: ik kan nu de uurroosters niet tonen. U laat mij opmerken dat er reeds een controle plaats vond op 19 september 2002 waarbij er evenmin een overeenkomst voor mevrouw M.L. konden voorgelegd worden. U merkt mij op dat ik op dat ogenblik reeds een verwittiging gekregen heb omwille van het feit dat geen overeenkomst voorhanden was, noch uurroosters. Ik weet dat."

Mevrouw C erkent aldus dat noch op de dag van de controle van 23 september 2004, noch bij gelegenheid van de controle van 19 september 2002 de arbeidsovereenkomst van deeltijdse arbeid kon voorgelegd worden, noch de uurroosters en het bewijs van aanplakking. Zij houdt niet voor dat zij op enig moment de uurroosters heeft aangeplakt, maar dat zij deze niet bewaard heeft na het verstrijken van de door de wet voorziene bewaringstermijn. Zij biedt ook niet aan dit te bewijzen. Aldus staat voldoende vast dat voor geen enkel ogenblik van de tewerkstelling van mevrouw M.L. de verplichtingen met betrekking tot de aanwezigheid van de arbeidsovereenkomst met de deeltijdse arbeid en de verplichting tot aanplakking van de variabele uurroosters gerespecteerd werd. Aldus kon de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een regularisatie doorvoeren in toepassing van artikel 22 ter voor gans de periode van tewerkstelling. Deze regularisatie werd echter beperkt tot de periode vanaf 1 januari 2000.

7.

Het bestreden vonnis dient dan ook integraal bevestigd te worden.

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 ontvankelijk doch ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis.

Veroordeelt mevrouw C tot de kosten van het hoger beroep, tot op heden begroot in hoofde van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid op 2.200 €.

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

Fernand KENIS,
Jean BOULOGNE,
Hedwig SILON,
arbeider,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN,

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

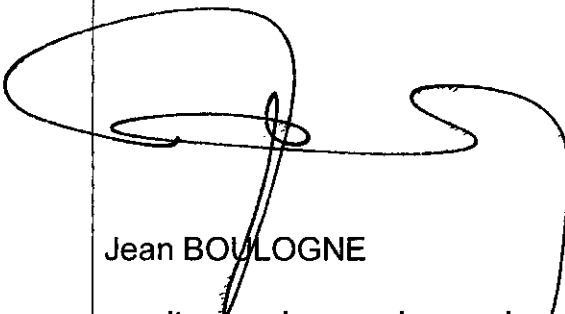
griffier.




Sven VAN DER HOEVEN



Hedwig SILON



Jean BOULOGNE



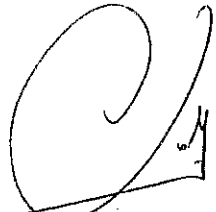
Fernand KENIS

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 16 februari 2012 door:

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



Sven VAN DER HOEVEN



Fernand KENIS

