



Repertoriumnummer: 20/
Datum van uitspraak: 02/11/2020
Rolnummer: 19/1226/A
Materie: Bijdragen sociale zekerheid zelfstandigen
Type vonnis: Eindvonnis

Uitgifte

<i>Uitgereikt aan</i>	<i>Uitgereikt aan</i>
<i>op</i> €	<i>op</i> €
Rechtsmiddelen	

arbeidsrechtbank Gent,
afdeling Gent

Vonnis

KAMER G4

VON: EVT

In de zaak van:

M commV, met zetel te

eisende partij,

ter zitting vertegenwoordigd door Meester BALCI ÖZGÜR, advocaat met kantoor te 9040 Gent, Antwerpsesteenweg 576

tegen:

RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, openbare instelling opgericht bij Besluitwet van 28.12.1944, met zetel te 1060 Brussel (Sint-Gillis), Victor Hortaplein 11, ondernemingsnummer 0206.731.645,

verwerende partij,

ter zitting vertegenwoordigd door Meester VANDERMEULEN MARIE-CHARLOTTE, advocaat met kantoor te 9000 Gent, Molenaarsstraat 109.

I. FEITEN & VOORWERP VAN HET GESCHIL

1.1. Op zondag 9 juni 2019 omstreeks 11u15 voerde de inspectiedienst Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) een controle uit in de handelszaak van eisende partij. Het gaat om een kapperszaak.

De inspectiedienst TSW stelde de tewerkstelling van G H vast. Deze werkneemster is deeltijds in dienst bij eisende partij a rato van 15 uren per week (op donderdag, vrijdag en zaterdag van 9u tot 14u). Op zondag 9 juni 2019 was zij bijgevolg buiten het voorziene uurrooster aan het werk.

Eisende partij kon aan de inspectiedienst het afwijkingsregister (controledocument) voorleggen, maar er stond voor die dag nog geen afwijking genoteerd voor G H. Eisende partij zou hebben verklaard dat hij dit pas op het einde van de werkdag invult.

De inspectiedienst TSW stelde een proces-verbaal op voor een overtreding van artikel 161 van de programmawet van 22 december 1989 (PV GE.069.I1.028870.19).

Op 14 oktober 2019 besliste de RSZ met betrekking tot de betrokken werkneemster toepassing te maken van artikel 22ter, 1^{ste} lid van de RSZ-wet, hetgeen inhoudt dat de werkneemster vermoed wordt een voltijdse werkneemster te zijn.

Op 23 oktober 2019 bracht de RSZ eisende ter kennis dat hij bijgevolg nog 12.823,56 euro aan sociale bijdragen verschuldigd is.

1.2. Eisende partij is het niet eens met deze beslissing. Hij vordert:

- in eerste orde te zeggen voor recht dat het proces-verbaal van 12 juni 2019 (van de inspectiedienst TSW) nietig is wegens bevoegdheidsoverschrijding.
- in tweede orde te zeggen voor recht dat artikel 22ter, 1^{ste} lid van de RSZ-wet niet toepasselijk is en dat de beslissing van 24 oktober 2019 onwettig is, en bijgevolg vernietigd moet worden.
- In derde orde te zeggen voor recht dat de retroactieve regularisatie van de werkgeversbijdragen onwettig is;
- In laatste orde te zeggen voor recht dat GCV M er in slaagt om het vermoeden van voltijdse tewerkstelling te weerleggen, zodat de RSZ het bewijs van de voltijdse tewerkstelling van mevr. Hniet levert.
- De RSZ in elk geval te veroordelen tot de gerechtskosten, aan zijn zijde begroot op de bijdrage aan het Begrotingsfonds voor de Juridische Tweedelijnsbijstand ten belope van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1.440 euro.

De RSZ vordert eisende partij te veroordelen tot betaling van de som van 12.823,56 euro aan sociale bijdragen, te vermeerderen met 1.282,36 euro aan bijdrageopslagen en de wettelijke en gerechtelijke interesten (7 %) op het bedrag van 12.823,56 euro vanaf 24 oktober 2019 tot de datum van algehele betaling.

De RSZ vraagt teven het tussen te komen vonnis bij voorraad uitvoerbaar te verklaren niettegenstaande alle verhaal en eisende partij te veroordelen tot de kosten van het geding, die zij van haar zijde begroot op een rechtsplegingsvergoeding van een bedrag van 1.320 euro. Minstens vraagt zij de herleiding van de rechtsplegingsvergoeding voor eisende partij naar dit bedrag.

II. PROCEDURE

Eisende partij stelde zijn vordering in met een verzoekschrift op tegenspraak, dat hij op 14 november 2019 bij de griffie van de rechtbank neerlegde.

De rechtbank riep de partijen op om te verschijnen op de openbare terechtzitting van 6 januari 2020.

De rechtbank bekrachtigde op die zitting de conclusietermijnen die de partijen overeenkwamen. De rechtbank bepaalde de rechtsdag voor pleidooien op 5 oktober 2020.

Verwerende partij concludeerde op 27 februari 2020 en 3 juni 2020.

Eisende partij concludeerde op 5 mei 2020.

Op de openbare terechtzitting van 5 oktober 2020 hoorde de rechtbank de partijen in de uiteenzetting van hun middelen en argumenten. De rechtbank sloot vervolgens de debatten en nam de zaak in beraad.

De rechtbank nam kennis van het rechtsplegingsdossier, met inbegrip van de stukken die de partijen bij dit dossier voegden.

De rechtspleging verliep in het Nederlands.

III. BEOORDELING

A. Wat betreft de rechtmatigheid van het fotograferen van het afwijkingsregister en de eventuele nietigheid van het proces-verbaal van de inspectiedienst TSW

3.1. Eisende partij stelt zich op het standpunt dat een sociaal inspecteur niet het recht heeft en had om het afwijkingsregister(boek) dat door hem werd voorgelegd, zonder zijn toestemming te fotograferen. Dit gaat volgens eisende partij niet om het nemen van een kopie. Bijgevolg overschreed de sociaal inspecteur zijn bevoegdheden en moet het proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk nietig worden verklaard, zo stelt eisende partij.

3.2. De rechtbank merkt op dat het middel van eisende partij in feite erop neerkomt de rechtmatigheid van het bewijs in vraag te stellen. De vaststelling dat een sociaal inspecteur op een onrechtmatige manier bewijs zou hebben verkregen, leidt niet tot nietigheid van het proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk. Het sociaal strafwetboek bepaalt op vormelijk en inhoudelijk vlak wel welke vermeldingen een proces-verbaal moet bevatten, maar schrijft dit niet voor op straffe van nietigheid (cf. art. 64 van het voormelde wetboek).

De vaststelling – desgevallend aan de hand van de vermeldingen in het proces-verbaal – dat bewijs onrechtmatig werd verkregen, leidt mogelijk wel tot het uitsluiten van het onrechtmatig bewijs. De uitsluiting van onrechtmatig bewijs is, rekening houdende met de *Antigoon*-rechtspraak die ook geldt in burgerlijke zaken, echter geen automatisme (cf. Cass. 10 maart 2008, *JLMB* 2009, 580; Arbh. Luik 5 december 2013, *Soc. Kron.* 2015, 150). Onrechtmatig bewijs moet slechts worden geweerd indien er een schending is van een straffe op nietigheid voorgeschreven vormvereiste, indien de begane onrechtmatigheid de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of het gebruik van het bewijs in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

3.3. Een sociaal inspecteur heeft de bevoegdheid om zich informatiedragers die sociale gegevens bevatten en die zich op de arbeidsplaats bevinden, te doen voorleggen (art. 28, §1 sociaal strafwetboek). Een sociaal inspecteur mag hiervan een kopie nemen, in welke vorm ook (art. 34 sociaal strafwetboek). De formulering “in welke vorm ook” wijst erop dat de wetgever ter zake geen technische of logistieke beperkingen heeft willen opleggen. Dit laat een sociaal inspecteur op dit vlak toe op de meest gepaste wijze te handelen, afhankelijk van de omstandigheden en de beschikbare middelen om kopie te nemen.

Een sociaal inspecteur heeft voorts ook de bevoegdheid om vaststellingen te doen door middel van het maken van beeldmateriaal, ongeacht de drager ervan (art. 39, §1 sociaal strafwetboek). De vaststellingen door beeldmateriaal gelden tot bewijs van het tegendeel, indien het proces-verbaal tot inbreuk een aantal bijkomende vermeldingen bevat (art. 39, §3, 1° sociaal strafwetboek). Indien het PV deze bijkomende vermeldingen niet bevat, is het niet nietig, maar verliezen de gedane vaststellingen enkel hun bijzondere bewijswaarde.

Artikel 39 van het sociaal strafwetboek betreft een herneming van artikel 4, §1, 2°, g van de Arbeidsinspectiewet (1972)(*Parl. St. Kamer*, 2008-2009, nr. 52-1666/1, 138). De bewoordingen “foto’s, film en video-opnamen” werd vervangen door de alles omvattende(re)

term “beeldmateriaal”, maar in wezen gaat het om dezelfde bevoegdheid. Eisende partij voert dus ten onrechte aan dat de sociaal inspecteurs sinds de opheffing van artikel 4, §1, 2°, g van de Arbeidsinspectiewet geen vaststellingen meer kunnen doen via fotografie.

De bevoegdheid om vaststelling met beeldmateriaal te doen geeft de sociaal inspecteur de mogelijkheid om materiële vaststellingen van tewerkstelling te doen op een andere manier via een rechtstreekse en persoonlijke interventie, die mogelijk niet altijd even doeltreffend is (zie *Parl. St. Kamer*, 2008-2009, nr. 52-1666/1, 139, en het daar geschetste voorbeeld).

Vandaar ook dat de wetgever ervoor gekozen heeft de vaststellingen met beeldmateriaal dezelfde bewijswaarde te geven als de geschreven weergave van persoonlijke materiële vaststellingen die een sociaal inspecteur in zijn proces-verbaal opneemt (cf. *Parl. St. Kamer*, 2008-2009, nr. 52-1666/1, 141).

3.4. De rechtbank stelt vast dat de inspectiedienst TSW bij een controle in de handelszaak van eisende partij heeft gevraagd om de controledocumenten inzake deeltijdse arbeid voor te leggen. Eisende partij legde het afwijkingsregister spontaan voor. De sociaal inspecteur had zonder meer de bevoegdheid om een kopie te nemen van dit afwijkingsregister.

Kopiëren gebeurt in de hedendaagse maatschappij doorgaans door gebruik te maken van fotografische technieken. Het is algemeen bekend dat een kopieermachine gebruik maakt van deze techniek. Een kopie kan bijgevolg ook worden genomen door gebruik te maken van een mobiele telefoon met fotografische functie.

Een sociaal inspecteur mag op grond van artikel 34 van het sociaal strafwetboek dan ook met zijn smartphone een kopie nemen van een document met sociale gegevens dat hem door de werkgever is voorgelegd. Dit is geen bevoegdheidsoverschrijding, maar is vandaag, rekening houdende met de huidige stand van de technologie, een normale uitoefening van deze bevoegdheid.

De rechtbank verduidelijkt nog dat het nemen van een kopie van een informatiedrager, zelf al gebeurt dit met een smartphone, niet valt onder het toepassingsbereik van artikel 39 van het sociaal strafwetboek. Door kopie te nemen van een document dat hem is voorgelegd, doet de sociaal inspecteur immers geen “vaststellingen door beeldmateriaal”. En zelfs mocht anders worden geoordeeld, dan is het besluit nog steeds dat een sociaal inspecteur zijn bevoegdheden mag uitoefenen door gebruik te maken van een foto- of videot toestel dat hem of haar toelaat beeldmateriaal te maken.

3.5. De rechtbank besluit dan ook dat het bewijs (kopie van het afwijkingsregister) niet onrechtmatig is verkregen. Het proces-verbaal van de inspectiedienst TSW is zeker ook niet nietig.

Volledigheidshalve merkt de rechtbank nog op dat het proces-verbaal van de sociaal inspecteur hoe dan ook slechts een bijzondere bewijswaarde heeft in het belang van de strafvordering en de rechtsvordering tot vergoeding van de schade ten gevolge van de overtredingen die erin zijn vastgesteld. Deze bijzondere bewijswaarde geldt niet wat betreft de invordering van socialezekerheidsbijdragen op grond van de vermoeden bepaald in artikel 22ter van de RSZ-wet (Cass. 7 maart 2016, S.14.0102.N).

In dat opzicht doet het in deze zaak er niet toe of het proces-verbaal al dan niet binnen een termijn van 14 dagen aan de overtreder (eisende partij) werd bezorgd, zoals artikel 66 van het sociaal strafwetboek dat vereist op gebied van sociaal strafrecht.

B. Wat betreft het vermoeden uit artikel 22ter van de RSZ-wet

Over de toepasselijkheid ervan

3.6. Art. 22ter van de RSZ-wet bepaalt:

- dat 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 worden, behoudens bewijs van het tegendeel, hun prestaties te hebben geleverd in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, in de hoedanigheid van voltijdse werknemer (1^{ste} lid);
- dat bij ontstentenis van openbaarmaking van de deeltijdse werkroosters bedoeld bij de artikelen 157 tot 159 van dezelfde wet, de deeltijdse werknemers evenzeer vermoed worden, behoudens bewijs van het tegendeel, hun prestaties te hebben geleverd in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, in de hoedanigheid van voltijdse werknemer (2^{de} lid).

De artikelen 157 e.v. van de programmawet van 22 december 1989 regelen de openbaarmakingsformaliteiten inzake deeltijdse arbeid. Zo moet de werkgever een afschrift van de arbeidsovereenkomst of een uittreksel ervan met het werkrooster, met vermelding van de identiteit van de deeltijdse werknemer en met handtekening van beide partijen bewaren op de plaats waar het arbeidsreglement moet kunnen worden geraadpleegd (art.157). Wanneer er sprake is van tewerkstelling volgens een variabel rooster, moet het bericht met de individuele werkroosters of een afschrift ervan eveneens op die plaats bewaard worden (art. 159). Wanneer er sprake is van een cyclische arbeidsregeling, moet op elk tijdstip kunnen bepaald wanneer de cyclus begint, zo niet dan moet de werkgever het voorschrift uit artikel 159 naleven (artikel 158).

Artikel 15 van de Arbeidsreglementenwet bepaalt dat de werkgever op een zichtbare en toegankelijke plaats een bericht aanplakt met opgave van de plaats waar het arbeidsreglement kan worden geraadpleegd. Dit moet een gemakkelijk toegankelijke plaats zijn. De werkgever houdt eveneens op iedere plaats waar hij werknemers tewerkstelt een afschrift van het arbeidsreglement bij.

De artikelen 160 e.v. van diezelfde wet hebben betrekking op de toezichts- en controlemaatregelen die de werkgever ter zake moet treffen. De werkgever die deeltijdse werknemers tewerkstelt moet over een document beschikken waarin alle afwijkingen op de werkroosters bedoeld in de artikelen 157 tot 159 moeten worden opgetekend, tenzij hij beschikt over een systeem van tijdsopvolging dat voldoet aan de wettelijke vereisten uit artikel 164 van de programmawet.

3.7. De vermoedens vervat in artikel 22ter van de RSZ-wet, die gelijklopend zijn met deze vervat in artikel 171 van de programmawet van 22 december 1989 beogen enerzijds een efficiëntere strijd tegen het zwartwerk en de misbruiken inzake het ontvangen van werkloosheidsuitkeringen en waarborgen anderzijds een betere controle op de effectief uitgevoerde prestaties door de deeltijdse werknemers (zie o.a. *Parl. St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-2081/1, p. 47). Het vermoeden is een sanctie van burgerlijke aard, in het belang van de financiering van de sociale zekerheid, bestemd om een einde te maken een een met de wet strijdige situatie (GwH, nr. 50/2019, 4 april 2019).

De vermoedens treden in werking door de vaststelling dat één van de voorschriften uit de programmawet van 22 december 1989 niet is nageleefd (Cass. 25 januari 2016, S.15.0070.N).

Het komt dus eerst aan de RSZ toe het bewijs te leveren dat de werkroosters niet op een correcte wijze werden openbaar gemaakt, dat de afwijkingen op de werkroosters niet in een afzonderlijk register werden opgetekend, of dat er bij gebrek aan een afwijkingsregister, geen systeem van tijdsopvolging wordt gebruikt dat in overeenstemming is met artikel 164 van de programmawet van 22 december 1989.

3.8. Eisende partij voert ten onrechte aan dat het vermoeden uit artikel 22ter, 1^{ste} lid van de RSZ-wet niet van toepassing zou zijn omdat in deze bepaling niet verwezen wordt naar artikel 161 van de programmawet.

Het vermoeden treedt in werking, en de rechtbank onderlijnt, bij ontstentenis van inschrijving (van een werknemer) in de documenten bedoeld bij de artikelen 160, 162, 163 en 165 van de programmawet van 22 december 1989.

Met andere woorden, het niet inschrijven van een werknemer in het afwijkingsregister, zijnde het document bedoeld in artikel 160 van de Programmawet, leidt wel degelijk tot een vermoeden van voltijdse tewerkstelling voor de werknemer die niet (correct) is ingeschreven.

In artikel 22ter, 1^{ste} lid van de RSZ-wet wordt logischerwijs niet verwezen naar artikel 161 van de programmawet, omdat dat artikel slechts concretiseert welke vermeldingen (op welk tijdstip) moeten worden opgenomen in het afwijkingsregister zoals bedoeld in artikel 160 van de Programmawet.

3.9. Het staat vast en de RSZ toont aan dat eisende partij op 9 juni 2019 had nagelaten de (aanvang van de) tewerkstelling van werkneemster G H het afwijkingsregister in te schrijven, terwijl ze nochtans buiten het voorziene uurrooster aan het werk was.

De RSZ kan zich dus wel degelijk beroepen op het vermoeden van voltijdse tewerkstelling uit artikel 22ter van de RSZ-wet.

Over het tegenbewijs van ontstentenis van voltijdse arbeid

3.10. Het vermoeden uit artikel 22ter, 1^{ste} lid van de RSZ-wet is een weerlegbaar vermoeden. Het vermoeden, eens het in werking treedt, keert de bewijslast om en ontslaat de RSZ van het bewijs van voltijdse arbeid.

Het is de werkgever die moet aantonen dat er wel degelijk sprake is van deeltijdse arbeid en dat er dus geen sprake is van voltijdse arbeid. De werkgever moet evenwel de omvang van de werkelijk verrichte prestaties niet bewijzen (Cass. 3 februari 2003, S.02.0081.N).

3.11. De rechtbank is van oordeel dat eisende partij met een voldoende graad van zekerheid aannemelijk maakt dat G H niet voltijds aan het werk was en is in de kapperszaak van eisende partij.

De rechtbank verwijst naar de arbeidsprestaties die werden doorgegeven aan het sociaal secretariaat, die overigens overeenstemmen met de veelvuldige registraties in het afwijkingsregister, ook met betrekking tot G H. Deze opgaves (van arbeidsprestaties) en deze registraties (van afwijking op het uurrooster) gebeurden zonder dat enige controle daartoe aanleiding gaf, en dus zonder enige druk van buitenaf, zodat de rechtbank ook aanneemt dat zij overeenstemmen met de werkelijkheid.

De rechtbank verwijst verder naar de verklaringen van verschillende klanten, die voldoende overeenstemmend zijn en toelaten te stellen dat G H niet elke dag, of minstens niet 5 dagen per week, aanwezig was in het kapsalon.

De rechtbank hecht, rekening de bovenstaande elementen, ook geloof aan de verklaring van eisende partij dat hij op sommige dagen alleen instaat voor het cliënteel en dat hij zich op andere dagen laat bijstaan door één of meerder werknemers die deeltijds werken, zonder dat één van hen effectief voltijds werkt.

C. Uitvoerbaarheid en kosten van het geding

3.12. De rechtbank verwijst wat betreft de uitvoerbaarheid van het vonnis naar artikel 1397, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek en zegt dat er geen reden is om af te wijken van de daarin vervatte beginselen inzake de uitvoerbaarheid van dit vonnis.

3.13. Artikel 1017, 1^{ste} lid van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de rechter, zelfs ambtshalve en behoudens afwijkende wettelijke bepalingen, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding verwijst. Dit omvat ook de rechtsplegingsvergoeding, zoals bepaald in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek (artikel 1018, 6° Ger.W.)

Beide partijen gingen over tot begroting van hun rechtsplegingsvergoeding, maar enkel de RSZ hield hierbij rekening met het feit dat er sprake is van een in geld waardeerbare vordering. De RSZ begroot deze correct op 1.320 euro, en dit is ook het bedrag waarop eisende partij gerechtigd is. De rechtsplegingsvergoeding van 1.440 euro die eisende partij vordert moet dus herleid worden tot dat bedrag.

De rechtbank stelt verwerende partij in het ongelijk, en verwijst haar bijgevolg in de kosten van het geding.

IV. BESLISSING

De arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, kamer G4, hield tijdens de rechtspleging rekening met de bepalingen van de wet op het gebruik der talen in gerechtszaken van 15 juni 1935, en doet uitspraak **op tegenspraak**.

De rechtbank verklaart de vordering van M GCV ontvankelijk en in de volgende mate gegrond:

- **vernietigt de beslissing van de RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID** van 14 oktober 2019;
- **zegt voor recht** dat M GCV het bewijs levert **dat werknemster G H voor de periode van 2 februari 2018 tot 9 juni 2019 een deeltijdse werknemster is**, zodat er ook op grond van artikel 22ter van de RSZ-wet geen sociale bijdragen voor een voltijdse tewerkstelling verschuldigd zijn.

De rechtbank verklaart de vordering van de **RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID ontvankelijk, doch ongegrond**.

De rechtbank wijst al het overige, al dan niet van rechtswege af.

De rechtbank legt de kosten van het geding ten laste van verwerende partij, de RSZ, en begroot deze kosten als volgt:

- 1.320 euro aan rechtsplegingsvergoeding aan de zijde van eisende partij;
- 1.320 euro aan rechtsplegingsvergoeding aan de zijde van verwerende partij;
- 20 euro aan bijdrage voor het Begrotingsfonds voor de Juridische Tweedelijnsbijstand.

Dit vonnis werd gewezen en ondertekend door:

NEVENS KOEN : rechter,
SCHUDDINCK HILDE : rechter in sociale zaken, benoemd als werkgever,
MARYSSE KURT : rechter in sociale zaken, benoemd als werknemer-bediende,

bijgestaan door:
PROVOST ISABELLE, griffier,

PROVOST ISABELLE

MARYSSE KURT

SCHUDDINCK HILDE

NEVENS KOEN

en uitgesproken op **TWEE NOVEMBER TWEEDUIZEND TWINTIG** in openbare zitting van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, **KAMER G4** door NEVENS KOEN, rechter en bijgestaan door PROVOST ISABELLE, griffier.

PROVOST ISABELLE

NEVENS KOEN