



Uitgifte

Repertoriumnummer 2020 /
Datum van uitspraak 5 maart 2020
Rolnummer 2018/AB/1047
Beslissing waartegen beroep 15/111/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

zevende kamer

Arrest

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT - dienstencheques
tegensprekelijk arrest
definitief

ONE-NET BVBA, ON 0824.339.355, met maatschappelijke zetel te 1640 SINT-GENESIUS-RODE, Fonteinstraat, 39, appellant, vertegenwoordigd mr. KEMPENEERS Philip, advocaat te 1050 BRUSSEL, Congolaan 1

tegen

HET VLAAMS GEWEST, ON 0316.380.841, vertegenwoordigd door zijn regering, in de persoon van de Vlaams minister van werk en economie, met zetel te Koning Albert II laan 15, 1210 Sint-Joost-ten-Node, geïntimeerde, vertegenwoordigd mr. DEVLOO Rik, advocaat te 8500 KORTRIJK, Koning Albertstraat 24, bus 1.

**

*

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 door de arbeidsrechtbank te Brussel op 7 september 2018, 5e kamer (A.R. 15/111/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 24 december 2018,
- de neergelegde conclusies,
- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 6 februari 2020, waarna de debatten werden gesloten.

DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING

1.

De bvba One-Net is een onderneming actief in de sector van de dienstencheques. Zij werkt met verschillende buitenlandse werknemers, waaronder Bulgaarse en Roemeense werknemers. Zij is in België actief sinds 2010.

In de loop van het jaar 2014 werd door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening een onderzoek ingesteld over de naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake dienstencheques.

Daarbij werden twee soorten inbreuken vastgesteld.

De eerste inbreuk betrof de niet-naleving van de zogenaamde 60% regel. Dienstencheques ondernemingen hebben de verplichting om bij de aanwervingen minstens 60% uitkeringsgerechtigde werkzoekende of leefloners aan te nemen. De tweede inbreuk betrof de tewerkstelling van buitenlandse onderdanen, die (voor bepaalde periodes) niet beschikten over een geldige arbeidskaart.

2.

Op 24 oktober 2014 heeft de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening een beslissing genomen om, op basis van de tweede inbreuk (onregelmatige tewerkstelling van buitenlandse werknemers) een som terug te vorderen van € 254.702,77. Dit bedrag stemt overeen met de overheidstussenkomst voor de dienstencheques en het aandeel van de gebruikers van de dienstencheques, en dit voor 11 buitenlandse werknemers. Het betrof de tegenwaarde van 11 803 dienstencheques.

Bij verzoekschrift van 9 november 2015 heeft de bvba One-Net deze beslissing betwist voor de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel. Ingevolge de uitvoering van de zesde staatshervorming, werd het geding namens de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening hernomen door het Vlaamse Gewest, dat ingevolge de zesde staatshervorming bevoegd was geworden voor de materie van de dienstencheques.

In het kader van de procedure voor de arbeidsrechtbank heeft het Vlaams Gewest de terugvordering herleid tot een bedrag van € 217.030,27. Voor de dienstencheques, die werden ingediend voor 16 november 2011, werd afgezien van de terugvordering van het gebruikersaandeel in de dienstencheques, omdat tot op dat ogenblik deze terugvordering niet wettelijk voorzien was.

3.

Bij vonnis van 7 september 2018 heeft de arbeidsrechtbank de vordering zeer beperkt gegrond verklaard. De bestreden administratieve beslissing werd vernietigd in zoverre zij de terugvordering inhield van 70 dienstencheques met betrekking tot de tewerkstelling van mevrouw S. voor een totaalbedrag van € 1.473,40.

Bij verzoekschrift van 24 december 2018 heeft de bvba One-Net hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

DE ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep is ingesteld in overeenstemming met de wettelijke bepalingen. Er wordt geen betekening van het vonnis voorgelegd, zodat het beroep ook tijdig is ingesteld. Het beroep is ontvankelijk.

BEOORDELING

Het vonnis van de eerste rechter en de standpunten van partijen.

1.

De arbeidsrechtbank stelde in zijn vonnis met betrekking tot de 9 Bulgaarse of Roemeense werknemers vast dat deze voor de periode waarop de terugvordering betrekking had niet in het bezit waren van een geldige arbeidskaart. Met betrekking tot een Oekraïense werkneemster werd een zelfde vaststelling gedaan. Met betrekking tot de Armeense werkneemster (S.) oordeelde de arbeidsrechtbank dat deze sinds 14 augustus 2010 vrijgesteld was van de verplichting om een arbeidskaart te hebben, omdat zij een onbeperkt verblijfsrecht had bekomen.

De arbeidsrechtbank volgde de stelling van de bvba One-Net niet dat, op basis van de Europese regelgeving zoals die tot stand kwam naar aanleiding van de toetreding van Roemenië en Bulgarije tot de Europese Unie, de werknemers met Roemeense en Bulgaarse nationaliteit niet verplicht konden zijn om een arbeidskaart aan te vragen. Zij was van oordeel dat er ook geen aanleiding was om, zoals gevraagd door de bvba One-Net, een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De arbeidsrechtbank volgde niet de stelling van het Vlaams Gewest dat de niet naleving van de verplichting inzake de arbeidskaart, noodzakelijk inhield dat het geheel van de tegemoetkoming van de overheid diende teruggevorderd te worden. Uit de tekst van de wet blijkt volgens de eerste rechter een beleidsvrijheid, die wel door de rechter kan getoetst worden. In de voorliggende betwisting waren de tekortkomingen volgens de eerste rechter echter van die aard dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening terecht heeft kunnen beslissen om het geheel van de tegemoetkomingen terug te vorderen.

2.

De bvba One-Net herneemt haar stelling, zoals reeds geformuleerd voor de eerste rechter, dat de eis dat de werknemers van Roemeense of Bulgaarse afkomst moesten beschikken op ieder ogenblik van de tewerkstelling over een arbeidskaart, strijdig is met Europese regelgeving.

Indien in het kader van de overgangsregeling bij de toetreding van Roemenië en Bulgarije tot de Europese Unie, de lidstaten de bevoegdheid hadden om de toegang tot de arbeidsmarkt tot 31 december 2013 te beperken door de toepassing van de regels inzake de verplichte arbeidskaart, dan mocht deze regeling in geen enkel geval tot gevolg hebben dat de toegang tot de arbeidsmarkt voor de werknemers van deze landen strenger zou worden, dan de regeling met betrekking tot toegang voor de familieleden van “derdelanders”. De betrokken werknemers beantwoordden allen aan de voorwaarden die gesteld werden voor een automatische aflevering van een arbeidskaart C, die enkel verbonden was aan een verblijfsvergunning en niet aan de aflevering van een arbeidsvergunning aan de werkgever.

De bvba One-Net vraagt dan ook opnieuw, zoals voor de eerste rechter, dat het hof een prejudiciële vraag zou stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Verder bespreekt de bvba One-Net de situatie van ieder van de betrokken werknemers. Zij komt daarbij tot de conclusies dat deze werknemers in ieder geval recht hadden op een verlenging van een arbeidskaart, en dat het alleen ingevolge administratieve tekortkomingen is - aanvaardbaar binnen een onderneming met 150 werknemers waarvan zeer vele buitenlanders - dat de vernieuwing van de arbeidskaart niet tijdig werd aangevraagd.

In ondergeschikte orde stelt de bvba One-Net dat, gelet op de aard en het beperkt aantal van de tekortkomingen, het overdreven is dat het geheel van de tegemoetkomingen wordt teruggevorderd. De terugvordering moet beperkt worden tot een door het hof vast te stellen percentage.

In nog meer ondergeschikte orde stelt de bvba One-Net dat het gebruikersaandeel in de dienstencheques maar kan teruggevorderd worden voor de periode na 31 december 2012. Zij vraagt dat op die basis een bedrag van € 67.462,50 niet voor terugvordering in aanmerking komt in plaats van het bedrag van € 31.672,50, dat door het Vlaams Gewest in mindering werd gebracht.

3.

Het Vlaams Gewest vraagt de bevestiging van het bestreden vonnis.

Volgens het Vlaams Gewest heeft de eerste rechter terecht geoordeeld dat er geen probleem was van een schending van de Europese regelgeving of van van “discriminatie”. De werknemers van de bvba One-Net, die aan de voorwaarden voldeden om in het kader van een gezinshereniging een verblijfsvergunning te krijgen met daaraan gekoppeld het recht op een arbeidskaart C (hernieuwbaar) konden deze arbeidskaart op perfect dezelfde wijze

bekomen als de “derdelanders”. Het Vlaams Gewest verwijst verder naar het arrest 93/2018 van het Grondwettelijk Hof in antwoord op een prejudiciële vraag van de Raad van State. Volgens het Grondwettelijk Hof kan de wetgever wettelijk beslissen dat de werkgever een vergunning moest bekomen om buitenlandse werknemers tewerk te stellen en de werknemer een arbeidskaart. Dit is een pertinente maatregel om de doelstelling van de wetgever te bereiken, te weten de komst van nieuwe werknemers op de arbeidsmarkt slechts toe te staan wanneer zij op de arbeidsmarkt kunnen worden geïntegreerd. De wetgever kan niet worden verweten dat hij de vreemdelingen, die eerder tot een verblijf gemachtigd waren, niet van deze vereiste heeft uitgezonderd, wanneer een machtiging tot verblijf maar tijdelijk was toegekend.

Het Vlaams Gewest betwist de interpretatie van de eerste rechter dat de terugvordering van de ten onrechte uitbetaalde tegemoetkomingen een opportuniteitbeslissing zou zijn, waarbij oorspronkelijk de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening en thans het Vlaams Gewest en de rechter zouden kunnen beslissen de terugvordering te beperken tot een bepaald percentage van de tegemoetkoming, in functie van de ernst van de overtredingen. Volgens het Vlaams Gewest gaat het om een zuivere toepassing van de regels inzake de verplichting om wat onverschuldigd ontvangen werd terug te betalen.

De toepasselijke regelgeving.

4.

De regeling inzake dienstencheques is opgenomen in de wet van 20 juli 2001 tot bevordering van buurtdiensten en-banen.¹

Art. 2 § 2 van de wet, zoals van toepassing in de betwiste periode, bepaalt de voorwaarden waaraan de ondernemingen moeten voldoen om een erkenning te krijgen. Overeenkomstig al. 2 van deze bepaling kan de Koning verder, bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, bijkomende voorwaarden bepalen waaraan de onderneming moet voldoen om erkend te worden.

Aan deze bepaling wordt uitvoering gegeven door artikel 2quater, § 4, lid 1 van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001 betreffende de dienstencheques. Dit artikel bepaalt onder 20° dat de onderneming er zich toe verbindt alle bepalingen van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen evenals de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, na te leven.

¹ waarbij ingevolge de zesde staatshervorming de woorden “de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening” dient vervangen te worden door het Vlaamse gewest of “ het departement”

Overeenkomstig artikel 3 overhandigt, om prestaties van buurtwerken of -diensten te laten uitvoeren, de gebruiker een dienstencheque per gepresteerd arbeidsuur aan een erkende onderneming. De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening betaalt, in naam en voor rekening van de gebruiker, als tegemoetkoming aan het uitgiftebedrijf, een aanvullend bedrag per gepresteerd uur op grond van het aantal van de door dit bedrijf gevalideerde dienstencheques.”

Overeenkomstig artikel 7 treedt de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening van rechtswege in de plaats van de gebruiker ten belope van het aan het uitgiftebedrijf gestorte (aanvullend) bedrag. Volgens deze bepaling bepaalt de Koning 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.

Overeenkomstig artikel 10bis, § 5 van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001 betreffende de dienstencheques, genomen in uitvoering van de wet van 20 juli 2001 worden het bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheques en de tegemoetkoming volledig teruggevorderd indien deze onterecht werden toegekend: *“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 de RVA de tegemoetkoming en het bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque geheel terugvorderen indien deze ten onrechte werd toegekend. De onderneming betaalt de ten onrechte ontvangen tegemoetkomingen en de ten onrechte ontvangen bedragen van de aanschafprijs van de dienstencheque terug binnen de 30 dagen die volgen op de datum vermeld op de aangetekende brief.”*

5.

Overeenkomstig artikel 4 § 1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, zoals van toepassing in de periode waarop de betwisting betrekking heeft, dient de werkgever die een onderdaan van een derde land wenst te werk te stellen vooraf een arbeidsvergunning gekregen te hebben van de bevoegde overheid. Hij mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van de vergunning.

Overeenkomstig artikel 5 van dezelfde wet dient een buitenlandse werknemer vooraf een arbeidskaart verkregen te hebben van de bevoegde overheid, indien hij in België arbeid wenst te verrichten.

6.

Overeenkomstig artikel 3 van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemer

(steeds zoals van toepassing op het ogenblik van de betwisting) zijn er drie soorten arbeidskaarten: 1° de arbeidskaart A: de arbeidskaart voor onbepaalde tijd² en die voor alle in loondienst uitgeoefende beroepen geldt; 2° de arbeidskaart B: de arbeidskaart voor bepaalde tijd, van ten hoogste twaalf maanden en beperkt tot de tewerkstelling bij één werkgever; 3° de arbeidskaart C: de arbeidskaart voor bepaalde tijd en die voor alle in loondienst uitgeoefende beroepen geldt.

Overeenkomstig artikel 4, § 1 van hetzelfde besluit is geen arbeidsvergunning vereist in hoofde van de werkgever wanneer de werknemer houder is van een arbeidskaart.

Overeenkomstig artikel 4, § 2 heeft de toekenning aan de werkgever van de arbeidsvergunning automatisch tot gevolg dat ook de arbeidskaart B aan de betrokken werknemer wordt toegekend. De geldigheidsduur van de arbeidskaart stemt overeen met de geldigheidsduur van de aan de werkgever toegekende arbeidsvergunning. De arbeidskaart B verliest alle geldigheid indien de houder ervan zijn recht op of machtiging tot verblijf verliest.

Overeenkomstig artikel 4 § 3 is geen arbeidsvergunning vereist in hoofde van de werkgever wanneer de werknemer houder is van een arbeidskaart C. De arbeidskaart C verliest alle geldigheid indien de houder ervan zijn recht op of machtiging tot verblijf verliest.

De duur van deze laatste kaart is beperkt tot maximaal 1 jaar maar verlengbaar (artikel 18 van het Koninklijk Besluit)

7.

Overeenkomstig artikel 2, § 1 van het besluit van 9 juni 1999 zijn onder meer vrijgesteld van de verplichting tot het verkrijgen van een arbeidskaart 1° de onderdaan van een Lidstaat van de Europese Economische Ruimte, en, mits zij zich met hem vestigen of komen vestigen, a) zijn echtgenoot; b) zijn bloedverwanten in de nederdalende lijn of die van zijn echtgenoot, beneden 21 jaar of die te hunnen laste zijn; c) zijn bloedverwanten in de opgaande lijn of die van zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn, met uitzondering van de bloedverwanten in opgaande lijn van de studenten of die van hun echtgenoot; d) de echtgenoot van de personen bedoeld in b) en c);

8.

Overeenkomstig artikel 38 ter van het besluit van 9 juni 1999 zijn de vrijstellingen bedoeld bij artikel 2, eerste lid, 1° en 3°, o.m. niet van toepassing op de onderdanen van de Republiek Bulgarije en van Roemenië (alhoewel deze reeds lid waren geworden van de Europese Unie sinds 1 januari 2007), dit tot 31 december 2013 (artikel 38 sexies al. 6). Deze mogelijkheid van uitsluiting uit de rechten van de andere landen van de Europese Unie was voorzien in de

² het is het hof dat onderlijnt

bijlagen VI en VII van het toelatingsprotocol tot de Europese Unie van Bulgarije en Roemenië, zij het mits bepaalde bijzondere regels.

Onder nr. 8 van deze bijlage worden uitzonderingen voorzien ten voordele van de echtgeno(o)te van een werknemer (en hun nakomelingen die jonger zijn dan 21 jaar) die op datum van toetreding met de werknemers legaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven of die sinds de toetreding legaal op het grondgebied verblijven gedurende ten minste 18 maanden. Deze personen hebben vanaf de toetreding onmiddellijk toegang tot de arbeidsmarkt van de lidstaat.

Onder nr. 14 was voorzien dat in ieder geval deze werknemers niet aan strengere voorwaarden voor de toegang konden onderworpen zijn dan de werknemers uit een derde land.

9.

Overeenkomstig artikel 17, 6° en 7° van het besluit van 9 juni 1999 wordt een arbeidskaart verleend (6°) aan de buitenlandse onderdanen die het voorrecht inroepen van een recht op verblijf op basis van artikel 10 van de wet van 15 december 1980 of van een recht op verblijfsvergunning op basis van artikel 10bis van dezelfde wet, tijdens de periode van onderzoek van de aanvraag tot erkenning van het verblijfsrecht alsook tijdens het beroep voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen en (7°) aan de buitenlandse onderdanen die een definitieve gunstige beslissing hebben verkregen betreffende een verblijfsrecht op basis van artikel 10 van de wet van 15 december 1980 of betreffende een verblijfsvergunning op basis van artikel 10bis van de wet.

Uitzondering wordt echter in de twee gevallen gemaakt voor (-) de familieleden van buitenlandse onderdanen wier verblijf beperkt is tot de duur van een arbeidskaart of van een beroepskaart of van de uitoefening van een zelfstandige activiteit, (-) familieleden van buitenlandse onderdanen bedoeld in artikel 2, 1e lid, 4° (behalve als het onderdanen zijn van een land dat met België verbonden is door een akkoord van wederkerigheid), 6°, 7°, 12°, 14°, 15°, 25 en 26°, (-) familieleden van een student.

De verplichting voor de betrokken werknemers om over een arbeidskaart en een verblijfsvergunning te beschikken voor de betwiste periodes van tewerkstelling.

10.

Volgens de bvba One-Net geniet een werknemer, vernoemd in artikel 17 van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999, over het recht op arbeid indien hij over een geldig verblijfstitel beschikt. Via de onvoorwaardelijke toekenning van een arbeidskaart C geniet hij van een recht op arbeid in België.

De bvba One-Net maakt dan de verwijzing naar artikel 14 van de richtlijn 2003/86/EEG van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging waarin voorzien wordt dat de

gezinsleden van de gezinshereniger op dezelfde wijze als deze laatste toegang hebben tot arbeid in loondienst of als zelfstandige. Aldus heeft volgens de bvba One-Net een onderdaan van een derde land die echtgeno(o)te is van een vreemdeling die in België over een verblijfstitel beschikt, zonder enige tijdsbeperking volwaardige toegang tot de arbeidsmarkt van zodra hij de vraag tot gezinshereniging heeft ingeleid en beschikt hij over een recht op arbeid in België via de onvoorwaardelijke toekenning van een arbeidskaart C.

Op basis van nr. 14 van de bijlagen VI en VII bij het toetredingsverdrag van Roemenië en Bulgarije tot de Europese Unie zouden de gezinsleden van Bulgaarse en Roemeense werknemers minstens op gelijkwaardige wijze moeten behandeld worden als de derdelanders.

De bvba One-Net suggereert dan ook om, vooraleer uitspraak te doen ten gronde, een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in volgende bewoordingen;

“Is artikel 38 quater van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999, samen met de artikelen 4 en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, bestaanbaar met de bepalingen VII bij het toelatingsprotocol van Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie en met artikel 23 van de richtlijn 2004/38/EEG van 29 april 2004, rekening houdend met het principe van de communautaire preferentie omdat het de echtgenoot van een Bulgaarse of Roemeense onderdaan die geniet van een onbeperkte verblijfstitel in België en die dezelfde nationaliteit heeft, verplicht is om een arbeidskaart B aan te vragen en ze te laten hernieuwen en in hoofde van zijn werkgever verplicht om een arbeidsvergunning aan te vragen en te hernieuwen terwijl de onderdaan van een derde land niet geconfronteerd wordt met dergelijke beperkingen wanneer zijn echtgenoot geniet van een verblijfstitel van onbepaalde duur en aldus een arbeidskaart C kan krijgen die enkel verleend wordt op basis van het verblijf en die van rechtswege vernieuwd wordt zonder enige voorafgaande toestemming tot tewerkstelling is.”

11.

De bvba One-Net vertrekt echter in zijn redenering van een onjuiste interpretatie van de rechten die gecreëerd worden in het kader van een “gezinshereniging”.

De personen bedoeld in artikel 17, 6° en 7° van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999 verkrijgen in België niet onmiddellijk een definitief verblijfsrecht, noch een definitieve verblijfsvergunning. Zij verkrijgen slecht een tijdelijk verblijfsrecht van meer dan 3 maanden, dat later kan omgezet worden in een definitief verblijfsrecht waarbij zijn dan ook een arbeidskaart A kunnen verkrijgen (zie art. 13 van de wet van 15 december 1980, zoals van toepassing in de periode van de betwisting).

Anderzijds blijkt uit artikel 17, 6° en 7° van het Koninklijk Besluit van 9 juni 1999, waarnaar de bvba One-Net verwijst, dat de betrokken derdelanders zolang als zij geen definitieve

verblijfsvergunning bekomen hadden en een arbeidskaart A, verplicht zijn een arbeidskaart C aan te vragen, die maximaal gold voor een periode van één jaar en moet hernieuwd worden.

Dezelfde procedure was, zoals blijkt uit de verschillende casussen, de facto van toepassing op de werknemers van de bvba One-Net, vermits nooit een vergunning aangevraagd werd voor een arbeidskaart B in hoofde van de werknemer en een machtiging in hoofde van de werkgever. De werknemers konden, op basis van de verblijfsvergunning waarover zij beschikten, zonder enig probleem een verlenging van hun arbeidskaart C verkrijgen.

Bij gelegenheid van zijn ondervraging in het kader van het administratief onderzoek, heeft de zaakvoerster van de bvba One-Net overigens toegegeven dat het in alle gevallen om administratieve vergissingen of nalatigheden ging, in die zin dat de verlengingen laattijdig werden aangevraagd.

12.

In alle gevallen, opgesomd in de bestreden administratieve beslissing, staat vast dat er geen arbeidskaart was of geen verblijfsvergunning voor de periode waarop de terugvordering betrekking heeft. De voorgelegde documenten betreffen steeds periodes die de betwiste periode voorafgaan of opvolgen. De voorgelegde documenten tonen evenmin aan dat de bvba One-Net of haar werknemers tijdig de nodige stappen hebben ondernomen voor de verlenging van hetzij de verblijfsvergunning, hetzij een arbeidskaart. Een arbeidskaart is daarbij steeds maar geldig vanaf de dag van de aflevering.

Moduleerbare sanctie of terugvordering van het onverschuldigde.

13.

De bvba One-Net vraagt in ondergeschikte orde dat de opgelegde terugvordering door het hof zou verminderd worden in functie van het beperkt aantal van de overtredingen en de omstandigheden van de zaak. Zij verwijst naar het vonnis van de eerste rechter, waarin aangenomen wordt dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de bevoegdheid had om de terugvordering te beperken en dat de rechter ook deze bevoegdheid heeft.

14.

Overeenkomstig artikel 10, § 5 van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001, zoals hoger geciteerd, kan de RVA (Vlaams Gewest) de tegemoetkoming en het bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque geheel terugvorderen, indien deze ten onrechte werd toegekend. Betwisting is in de rechtspraak gerezen over de interpretatie van deze bepaling in die zin dat gezegd wordt dat de RVA “kan” terugvorderen en daaraan nog toegevoegd wordt “indien deze ten onrechte worden teruggevorderd.

Deze onzekerheid in de rechtspraak vindt uiteraard ook een voedingsbodem in de omstandigheid dat de RVA blijkbaar in het verleden zelf in een aantal gevallen de

terugvordering beperkt heeft tot een bepaald percentage van wat ten onrechte werd uitgekeerd.

15.

Volgens het hof kan uit het gebruik van de term “kan terugvorderen” niet afgeleid worden dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, en thans het Vlaams Gewest, van de wetgever een “discretionaire” bevoegdheid zou gekregen hebben om de omvang van de terugvordering te beperken in functie van de ernst van de inbreuk. Met de term “kan” wordt in wetgevende teksten (en in zijn algemene betekenis) zowel verwezen naar de “bevoegdheid” die aan een orgaan gegeven worden, als specifiek naar een “faculteit” waarbij het orgaan kan oordelen of er al dan niet terug gevorderd wordt, geheel of gedeeltelijk.

Het hof sluit zich aan bij de interpretatie die door de Algemene Vergadering van de Raad van State gegeven werd in zijn arrest nummer 218.545 van 13 maart 2012 en door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 26 juni 2017 (Juridat S.15.0125. N. 5)³. In beide arresten wordt geoordeeld dat het gebruik van de term “kan” niet beslissend is en dat, bij afwezigheid van een ander element op grond waarvan met zekerheid kan besloten worden tot het bestaan van een discretionaire bevoegdheid, moet teruggekoppeld worden aan de oplossing van het gemeen recht, neergelegd in het artikel 55 en 57 van het Koninklijk Besluit van 17 juli 1991 houdende de Rijkscompatibiliteit, waaruit moet afgeleid worden dat elke toelagetrekker principieel verplicht is de toelage onmiddellijk terug te betalen wanneer de toekenningsvoorwaarden niet worden nageleefd of de toelage niet wordt toegekend voor de doeleinden waarvoor ze verleend werd. Beide jurisdicties besluiten daaruit dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening (of het Vlaams gewest in deze) verplicht zijn de ten onrechte betaalde prestaties terug te vorderen.

³ in het arrest van het Hof van Cassatie wordt bij de motivering verwezen naar de tekst van de wet Rijkscompatibiliteit, “vóór de opheffing ervan in toepassing van de wet van 22 mei 2003”. In functie daarvan kan men zich de vraag stellen of het gemeen recht kan uitgelegd worden aan de hand van een opgeheven wetsbepaling. Er dient echter rekening gehouden te worden met het feit dat de wet Rijkscompatibiliteit uiteraard niet zomaar opgeheven werd, maar vervangen werd door de nieuwe bepalingen. In de wet van 22 mei 2003 houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat wordt in artikel 121 voorzien dat “iedere subsidie verleend door het Rijk of door een rechtspersoon, die rechtstreeks of onrechtstreeks door het Rijk wordt gesubsidieerd, daarin begrepen ieder door hen zonder interest verleend terugvorderbaar voorschot, moet worden aangewend voor de doeleinden waarvoor zij werd verleend en in artikel 123 dat “tot onmiddellijke terugbetaling van de subsidie is gehouden, de begunstigde : 1° die de voorwaarden niet naleeft waaronder de subsidie werd verleend; 2° die de subsidie niet aanwendt voor de doeleinden waarvoor zij werd verleend.

Een identieke bepaling werd opgenomen in artikel 11 tot 13 van de wet van 16 mei 2003 tot vaststelling van de algemene bepalingen die gelden voor de begrotingen, de controle op de subsidies en voor de boekhouding van de gemeenschappen en de gewesten.

De recente rechtspraak van de arbeidshoven sluit daarbij aan (Arbeidshof Gent, 9.04.2018, J.T.T. 2018/24 394; Arbeidshof Antwerpen, 11 mei 2016, Soc. Kron. 2017,67; Arbeidshof Brussel (8^e kamer), 18.04.2016, J.T.T. 2016, 285);

16.

Ten overvloede moet daaraan toegevoegd worden dat overeenkomstig artikel 10 § 3 van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001, in afwijking van § 2 van het besluit, de Rijksdienst (het Vlaams Gewest) in toepassing van artikel 2bis, § 2, tweede lid, van de wet, het uitgiftebedrijf kan verbieden de in artikel 1, 6°, van het besluit bedoelde tegemoetkoming en het in artikel 3, § 2, eerste lid, van het besluit bedoelde bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque te betalen aan de onderneming voor de dienstencheques die bij de uitgiftemaatschappij voor terugbetaling worden ingediend, indien zij oordeelt dat het niet respecteren van de wettelijke of reglementaire voorwaarden een zware inbreuk betreft. De tewerkstelling van buitenlandse werknemers zonder arbeidskaart wordt daarbij als een zware inbreuk omschreven.

De omvang van de terugvordering.

17.

Reeds voor de eerste rechter heeft het Vlaams Gewest de oorspronkelijke terugvordering herleid van € 254.702,77 tot € 217.030,27. Deze herleiding steunde hierop dat slechts vanaf 16 november 2011, in toepassing van artikel 2 §, 2^e lid van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001 zoals toen van toepassing, voorzien werd dat de terugvordering, ingeval de dienstencheques onterecht werden uitgekeerd, ook betrekking had op het gebruikersaandeel in de dienstencheques. De oorspronkelijke beslissing hield daarmee geen rekening.

De bvba One-Net houdt ten onrechte voor dat het gebruikersaandeel in de dienstencheques slechts kan teruggevorderd worden vanaf 31 december 2012. De bvba One-Net steunt zich daarbij ten onrechte op de nieuwe aanpassing die gebeurd is van het Koninklijk Besluit van 12 december 2001 door het Koninklijk Besluit van 14 december 2012. Ingevolge dit laatste Koninklijk Besluit gebeurde er een herschikking van de bepalingen, waarbij de inhoud van artikel 10, § 2 (zoals aangepast bij KB van 16 november 2011) ingelast werd in een artikel 10 bis § 5.

Artikel 10 § 2 bepaalt sinds 16 november 2011 (op die datum trad de wetswijziging ook in voege) reeds uitdrukkelijk dat de terugvordering slaat op de tegemoetkoming en op het bedrag van de aanschafprijs van de dienstencheque. Het bedrag van de terugvordering dient derhalve niet aangepast te worden.

18.

Er is geen incidenteel beroep tegen het vonnis van de eerste rechter in zoverre dit de terugvordering herleidt met betrekking tot de dienstencheques op naam van mevrouw S.

Het vonnis van de eerste rechter dient dan ook integraal bevestigd te worden.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

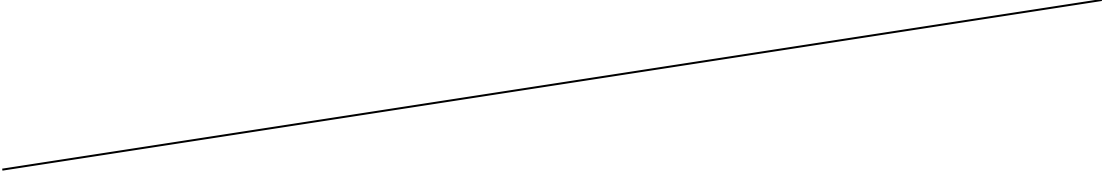
Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken, in het bijzonder op het artikel 24,

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond en bevestigt het bestreden vonnis.

Veroordeelt, in overeenstemming met artikel 1017, al. 2 van het Gerechtelijk Wetboek, het Vlaams Gewest tot de kosten van het hoger beroep, begroot in hoofde van de bvba One-Net op 1.440 € rechtsplegingsvergoeding, zoals gevorderd.

Veroordeelt het Vlaams Gewest tot betaling van een bijdrage van € 20 voor het Fonds voor juridische tweedelijnsbijstand.



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

F. KENIS, raadsheer,
W. DE GEYTER, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
J.-P. VAN CONINGSLOO, raadsheer in sociale zaken, werknemer-arbeider,
Bijgestaan door S. VAN DER HOEVEN, griffier

S. VAN DER HOEVEN,

J.-P. VAN CONINGSLOO,

W. DE GEYTER,

F. KENIS,

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 5 maart 2020 door

F. KENIS, raadsheer,
S. VAN DER HOEVEN, griffier

S. VAN DER HOEVEN,

F. KENIS,