



Repertoriumnummer 2022/
Datum van uitspraak 13/09/2022
Rolnummer 22/598/A
Materie : Beroep wet 2 juni 2010 dwangmaatregelen Soc.Sw. (zoals in kort geding)

Uitgifte

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

ARBEIDSRECHTBANK ANTWERPEN AFDELING ANTWERPEN

Vonnis

KABINET VOORZITTER

In de zaak :

G BV, KBO, met zetel gevestigd te;

eisende partij – ter zitting vertegenwoordigd door mrs. HB en TV, advocaten, kantoorhoudende;

tegen

De RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID (RSZ), openbare instelling opgericht bij besluitwet van 28/12/1944, KBO: 0206.731.645, met zetel gevestigd te 1060 Brussel (Sint-Gillis), Victor Hortaplein 11;

verwerende partij – ter zitting vertegenwoordigd door mr. FS, advocaat, kantoorhoudende

1. Procedure

De wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd toegepast.

De partijen werden gehoord op de terechtzitting zoals in kort geding van 17 mei 2022.

De heer MB, afdelingsauditeur, heeft op 7 juni 2022 een schriftelijk advies neergelegd op de griffie.

Op 28 juni 2022 heeft de eisende partij een replieknota neergelegd op de griffie.

2. Feiten

De bv G (hierna ook “”) omschrijft haar ondernemingsactiviteit als het bevrachten van schepen in opdracht van derden als erkend bevrachtingskantoor en het bunkeren van zeeschepen (het bevoorraden van zeeschepen met brandstof), voornamelijk in het ARA-gebied, dat onder meer de steden Amsterdam, Rotterdam en Antwerpen omvat. Volgens de bv G bevracht ze geen schepen waarvan de vennootschap naar Luxemburgs recht SARL M (hierna ook “”) de eigenaar is.

Op 10 februari 2022 werd op de kantoren van de bv G te een onaangekondigd controleonderzoek uitgevoerd door sociale inspecteurs van de Rijksdienst voor Sociale

Zekerheid (hierna “RSZ”) en inspecteurs van de Federale Overheidsdienst Financiën (hierna “Financiën”). Blijkens de processen-verbaal van vaststellingen van Financiën (*infra*) namen tien inspecteurs deel aan de actie. De RSZ stelt dat er bij de aanvang van de controle twee RSZ-inspecteurs omstreeks 10 u zijn binnengegaan gelijktijdig met enkele collega’s van Financiën en dat er in totaal zes RSZ-inspecteurs deelnamen aan de controle (syntheseconclusie p. 16).

Op hetzelfde adres is ook de maatschappelijke zetel gevestigd van de firma’s bv A, nv B, bv M en nv R.

Door de RSZ-inspectie werden twee “attesten inzake opsporing en/of genomen maatregelen” overhandigd aan de heer EV, bestuurder van de bv G.

De inhoud van het attest dat door de sociaal inspecteurs de heer MW en mevrouw EP werd ondertekend luidt onder andere:

“ Werkgever G (kort (...))

Maatschappelijke zetel of woonplaats:

Adres van de controle: Datum van de controle: 10/02/2022 om 09.55

Wij Ondergetekenden, MW, sociaal inspecteur van de RSZ Inspectie (...) verklaren, op voormelde plaats en datum, om 10.15 uur te zijn overgegaan tot

° de opsporing en/of het onderzoek van informatiedragers;

~~*° de toegang tot gegevens op een informaticasysteem of een elektronisch apparaat;*~~

~~*° de inbeslagneming;*~~

~~*° de verzegeling;*~~

~~*° het nemen van stalen*~~

bij toepassing van artikel 53 van de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het Sociaal Strafwetboek van de hierna vermelde stukken, documenten en informatiedragers:

Geen in beslagname (eigen toevoeging: handgeschreven passage) wel kopie name

documenten verklaring dienst... (eigen toevoeging: onleesbaar) schipper/bemanningslid binnenvaart te overhandigen & de controle ...(eigen toevoeging: onleesbaar) (eigen

toevoeging: onderaan pagina handgeschreven) “documenten v. M (rode en blauwe kaft)” Omstandigheden van de opsporing, de inbeslagneming, het kopiëren of de verzegeling

° de genaamde VE handelend in de hoedanigheid van werkgever, aangestelde of lasthebber was aanwezig bij de zoeking. VE was aanwezig bij de aanvang van de zoeking op het adres.

~~*° de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber was afwezig en kon telefonisch gecontacteerd worden.*~~

° de opsporing naar/het onderzoek van naar informatiedragers:

1. De plaatsbeschrijving van waar de opsporings- en/of onderzoeksmaatregelen naar informatiedragers hebben plaatsgevonden: Burelen 1^{ste} verdieping

2. de wetgeving waarop toezicht wordt uitgeoefend:

RSZ wet van 27 juni 69

3. De beschrijving van de feiten:

Zoeking naar bewijsstukken van Sociale Fraude

4. De verantwoording van de proportionaliteit van de gebruikte opsporings- en of onderzoeksmaatregelen:

Gericht onderzoek naar mogelijk opgezette constructie met een Luxemburgse firma om RSZ bijdragen te ontduiken.

~~De in beslag genomen documenten en/of voorwerpen zullen na onderzoek worden terugbezorgd. De terugbezorging zal genoteerd worden in het onderhavige ontvangstbewijs.~~

(...)”.

Het attest geeft de inhoud weer van de artikelen 209 en 210 Soc. Sw. met betrekking tot de strafbaarstelling van verhindering van toezicht en van de niet-naleving van de dwangmaatregelen die getroffen zijn door sociaal inspecteurs. Ook wordt onder meer de mogelijkheid vermeld om beroep in te stellen bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank Antwerpen afdeling Antwerpen.

Dit attest bevat de vermelding “*wenst liever niet te tekenen*” en werd niet ondertekend door de heer EV.

In het tweede grotendeels gelijkkluidend attest inzake opsporing en/of genomen maatregelen, ondertekend door sociaal inspecteur mevrouw EP, wordt onder andere verklaard: “(...) om 13.57 uur te zijn overgegaan tot (...) de inbeslagneming bij toepassing van artikel 53 van het Sociaal Strafwetboek van de hierna vermelde stukken, documenten en informatiedragers:

1)groene kافت kantoormangement M

2)witte kافت kwaliteitsmanagement systeem M

3)witte kافت safety management systeem M

4)gele kافت beoordeling personeel M

5)plastieken kافتje (blauw) maandelijkse meetings 2020 MSS

6)plastieken kافتje (rood) management of change 2020 MSS (...)”.

3. De beschrijving van de feiten:

Zoeking naar bewijsstukken van sociale fraude

4. De verantwoording van de proportionaliteit van de gebruikte opsporings- en of onderzoeksmaatregelen:

Gericht onderzoek naar mogelijk opgezette constructie met de Luxemburgse firme M SARL om Belgische RSZ te ontduiken.(...)”.

Met een brief van 16 februari 2022 gericht aan FOD Financiën, Nationaal Centrum voor Opsporing Afdeling E-Audit, formuleerde de raadsman in fiscale aangelegenheden van de bv G bezwaren over de rechtmatigheid van de visitatie en van de ermee verband houdende onderzoeksmaatregelen en er werd om inzage in het administratief dossier verzocht. De bedrijfsvisitatie werd als een “*fishing expedition*” omschreven en de inspecteurs werd machtsafwending en misbruik van onderzoeksbevoegdheden verweten, omdat de onderzoeksdaden beogen een mogelijke belastingschuld van een derde vast te stellen. Ook de onrechtmatige onderzoekshandelingen werden gelaakt, waaronder de miskennis van de beperking dat de administratie slechts een bezoekrecht heeft en geen

actief zoekrecht en het gebrek aan tegenspraak, doordat de visitatie gebeurde zonder de werkelijke aanwezigheid van de bestuurder, die ondertussen werd ondervraagd en geen enkele controle had op de overige onderzoekshandelingen.

Het relaas van de visitatie werd onder andere als volgt verwoord:

“(...) Behalve een badge die de ambtenaren bij zich hadden, werd er niet meteen kenbaar gemaakt wie iedereen was. Zo werd van de zijde van de FOD Financiën slechts één visitekaartje voorgelegd en is het nog steeds wachten op de lijst van de aanwezige ambtenaren.

2. Er werd te werk gegaan alsof het een huiszoeking betrof. De aanwezige ambtenaren hebben zich bij aankomst onmiddellijk verspreid over de diverse lokalen van de bedrijfsruimten. De aanwezige personeelsleden van de diverse bedrijven die op de zetel gevestigd waren, waren met te weinig om iedere ambtenaar in de gaten te kunnen houden.

Iedereen die aanwezig was is deels ondervraagd. Het ging onder mee over mevrouw HS, CV en de heer MA.

Mevrouw S werd bevraagd over facturen, de inhoud van kasten, wat er allemaal op het scherm te zien was, programma's werk boekhouding enz..

Aan de heer LV werd gevraagd om hulp bij het kopiëren van informatie van de diverse vennootschappen. Meer bepaald werd ook een kopie gevraagd van de digitale boekhouding van tot op heden. Verder werd er in afgesloten kasten, schuiven, keukens e.d. meer gezocht. Voor zover cliënte kon nagaan, werd de computer van mevrouw S volledig gekopieerd, net als de volledige server (n.b. de A-IT server). Alle PC's op zich die op de eerste verdieping stonden zijn apart ook nog een keer gekopieerd.

3. De heer EV, bestuurder van cliënte, werd bevraagd door RSZ en FOD Financiën. Toen de heer V aan het einde van zijn verhoor om een kopie van zijn verklaring verzocht, werd meegedeeld dat deze zou worden nagestuurd. Tot op heden heeft de heer V niets mogen ontvangen.

Er werden ISO-mappen en de hieraan gerelateerde documenten meegenomen. Al de rest werd gefotografeerd, deels gekopieerd. (...)”.

Blijkens een proces-verbaal van verhoor van 10 februari 2022 werd de heer MA verhoord door RSZ-inspecteur de heer PV. Hij verklaarde onder meer sinds zijn pensionering een deeltijdse ondersteunende functie uit te oefenen als verantwoordelijke onderhoud van de firma M.

Met een aangetekende brief van 16 februari 2022 maakte de FOD Financiën aan de bv G een proces-verbaal van vaststellingen over betreffende de controle op 10 februari 2022. Het proces-verbaal vermeldt onder meer: *“(...) Verslag van de feiten, vaststellingen en verklaringen: Wij hebben ons op 10.02.2022 om 10:00 uur begeven naar de maatschappelijke zetel op het volgend adres:.. Wij hebben onze naam en hoedanigheid bekendgemaakt door vertoon van ons aanstellingsbewijs en wij hebben de reden van ons bezoek meegedeeld. Wij werden ontvangen door een persoon, hierna "geverbaliseerde" genoemd, die verklaarde EV te zijn en te handelen als vaste vertegenwoordiger.*

KOPIENAME

Op grond van artikelen 60 tot en met 63 van het Btw-Wetboek (waarvan de volledige teksten in bijlage 1 bij dit proces-verbaal worden weergegeven) en op grond van artikel 315, 315bis, 315ter, 316, 317, 318, 319, 323, 323bis, 324, 333 ter, 334, 351, 352 en 445 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (waarvan de volledige teksten in bijlage 2 bij dit proces-verbaal worden weergegeven) hebben wij geverbaliseerde verzocht om alle dossiers en informatiedragers voor te leggen en om in onze aanwezigheid op zijn/haar apparatuur kopieën te maken van alle gewenste software en bestanden die zich op het informaticasysteem van de belastingplichtige bevinden. Ons verzoek heeft uitsluitend betrekking op de jaren waarvoor de overheid op grond van de specifieke wetgeving voor elk van de belastingen het recht heeft om die periode te onderzoeken. De fiscaal relevante gegevens werden gekopieerd en ondergebracht in volgende forensische containers van het type "ad1" met volgende kenmerken: (...)"

De FOD Financiën maakte ook processen- verbaal van de vaststellingen op 10 februari 2022 over aan de bvba R, de nv B, de bvba A en de bvba M.

In een e-mail van 25 februari 2022 aan de FOD Financiën merkte de advocaat van de bv G onder andere op "(...) *In tegenstelling tot wat er in het proces-verbaal staat vermeld, laat de bestuurder van cliënte weten dat de visitatie reeds volop bezig was toen hij arriveerde rond 10u15. Evenmin werd hem iets gevraagd (zoals toelating tot het nemen van kopie van de pc 's/ server) en werden hem wetteksten voorgelegd die hem zouden wijzen op zijn rechten en plichten. cliënte wenst ook nog eens te benadrukken dat de visitatie ook nog betrekking had op alle lokalen en kasten, schuiven, kluis, burelen enz, en dat ook kopie werd genomen van de server.*(...)"

Met een aangetekende brief van 8 maart 2022 maakte de FOD Financiën een verbeterd proces verbaal over, waarin wordt verklaard dat in het proces verbaal van 16 februari 2022 foutief wordt vermeld dat de geverbaliseerde een kopie van de wetteksten ontving. Er wordt toegevoegd dat de geverbaliseerde werd ingelicht over de reden van het bezoek zijnde een fiscale controle zowel op vlak van BTW als op vlak van inkomstenbelasting.

In een e-mail van 11 februari 2022 gericht aan Sarl M en geadresseerd aan de heren S en I, deelde RSZ-inspecteur mevrouw EP mee: "(...) *In het kader van een onderzoek bij de firma MSS had ik graag de volgende gegevens bekomen:*
-actuele lijst van de personeelsleden van de firma
-aangevuld met de personeelsleden die ondertussen uit dienst zijn (2017 tot heden)
-A1 documenten van alle personeelsleden (in dienst én uit dienst) die buiten Luxemburg gewerkt hebben. Kan u mij de gevraagde informatie bezorgen tegen uiterlijk 18.2.2022?
(...)"

De heer SI, Managing Director van M antwoordde in een e-mail van 16 februari 2022: "(...) *Het verrast ons ten zeerste onderstaande mail te ontvangen, wij hebben immers geen*

adres in België. Tot op heden hebben wij geen weet van enig onderzoek bij onze firma, noch via correspondentie of bezoek op ons adres in Luxemburg. Mogen wij u vragen om de grond van uw bevoegdheid, om zaken op te vragen in Luxemburg, aan te tonen.(...)”.

Per e-mail van 16 februari 2022 antwoordde mevrouw P:

“(...) Tijdens een controle op de zetel van G., te op 10.2.2022 werden documenten aangetroffen van de Luxemburgse firma M, waaruit de tewerkstelling van Belgische werknemers bleek, naast ook de tewerkstelling van werknemers met een andere nationaliteit. Als RSZ inspecteur heb ik de bevoegdheid om na te gaan of al de werknemers aan de correcte sociale zekerheid onderworpen zijn, in casu de Belgische of de Luxemburgse sociale zekerheid. Tevens heb ik de bevoegdheid om na te gaan of de werkelijke bedrijfsvoering van M zich wel degelijk bevindt in Luxemburg. De bevoegdheid van de sociaal inspecteurs is vastgelegd in het Sociaal Strafwetboek (ondermeer de art. 25, 28 SSW) Het algemeen principe inzake sociale zekerheid is het werklandbeginsel : men is onderworpen aan de sociale zekerheid van het land waar men werkt (artikel 11 van de E.U.-Verordening 883/2004). Detachering is de uitzondering op dit beginsel (art. 12,13 en 16 van de E.U.-Verordening 883/2004) en wordt geattesteerd aan de hand van een A1-document, vandaar mij vraag om deze documenten te bezorgen. Als u niet of niet voor alle werknemers over deze documenten beschikt, kan u ze alsnog aanvragen aan de Luxemburgse autoriteiten. Minstens een deel van de activiteit van de werknemers van M (Belgen en andere nationaliteiten) speelt zich af op Belgisch grondegebied (ondermeer de Haven van Antwerpen). Vandaar mijn vraag. Met dank om mij de gevraagde informatie te bezorgen, zoals gezegd tegen 18.2.2022.(...)”.

De heer I repliceerde met een e-mail van 17 februari 2022:

“(...) Wij noteren uw stelling inzake bevoegdheid. De verwijzing naar het werklandbeginsel begrijpen we niet, daar onze mensen werken op door ons geëxploiteerde Rijnschepen. Voor elk schip beschikken wij over een geldig exploitatiecertificaat, afgeleverd door de bevoegde autoriteit op basis van Europese regelgeving. Als Rijnvarenden zijn onze mensen op grond van het Rijnvarendenakkoord bijgevolg onderworpen aan Luxemburgse sociale zekerheid. Wij kunnen niet aannemen dat uw dienst geen kennis heeft van deze van het werklandbeginsel afwijkende regelgeving en kunnen derhalve enkel vaststellen dat uw dienst deze bindende regelgeving totaal wil miskennen. Wij handhaven dan ook ons standpunt. (...)”.

Mevrouw P deelde de heer I per e-mail van 18 februari 2022 mee:

“(...) Ik verwijs in mijn mail reeds naar de mogelijke van het werklandbeginsel afwijkende mogelijkheden, waaronder het Rijnvaartakkoord, dat genomen is in toepassing van artikel 16 van de E.U.-Verordening. Het Rijnvaartakkoord vindt echter geen toepassing wanneer de activiteit plaatsvindt aan boord van een schip dat uitsluitend of hoofdzakelijk in een binnen- of zeehaven gebruikt wordt (artikel 2 van dit akkoord). Tevens is voor de

toepassing van de Luxemburgse sociale zekerheid vereist dat de feitelijke/werkelijke bedrijfsvoering plaatsheeft in Luxemburg. Als RSZ Inspectie ben ik bevoegd om dit te onderzoeken.

Daarom herhaal ik nogmaals mijn vraag : gaat u mij de gevraagde informatie alsnog bezorgen? (...)".

Op 10 maart 2022 werd de gedinginleidende dagvaarding betekend.

3. Vordering

In de dagvaarding van 10 maart 2022 betekend aan de RSZ vordert de bv G dat

- het beroep ontvankelijk en gegrond wordt verklaard en dat dienvolgens
- voor recht wordt gezegd dat de onderzoeksmaatregelen verricht door de RSZ-inspectie op 10 februari 2022 onwettig zijn en dat deze onderzoeksmaatregelen dus nietig worden verklaard;
- dat de integrale teruggave wordt bevolen van alle in beslag genomen en gekopieerde documenten en data, met inbegrip van alle digitale en papieren kopieën, op straffe van een dwangsom van 2 500 euro per dag vertraging in afgifte, te rekenen vanaf de derde kalenderdag volgend op de betekening van het vonnis;
- dat de RSZ wordt veroordeeld tot de kosten van het geding, bepaald op 1 440 euro rechtsplegingsvergoeding;
- dat de beslissing uitvoerbaar wordt verklaard bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder zekerheidsstelling en met uitsluiting van kantonnement.

In de conclusie van 25 april 2022 vordert de bv G

- dat het door met toepassing van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 ingestelde beroep ontvankelijk en gegrond wordt verklaard;
- dat voor recht wordt gezegd dat de onderzoeksmaatregelen verricht door de RSZ-inspectie op 10 februari 2022 onwettig zijn, en dat deze onderzoeksmaatregelen derhalve nietig worden verklaard, daarin begrepen in elk geval de zoeking zelf en de inbeslagname van stukken;
- dat de integrale teruggave van alle in beslag genomen en gekopieerde documenten en data wordt bevolen, met inbegrip van alle digitale en papieren kopieën, op straffe van een dwangsom van 2 500 euro per dag vertraging in afgifte, te rekenen vanaf de derde kalenderdag volgend op de betekening van het vonnis;
- dat de RSZ wordt veroordeeld tot de kosten van het geding, bepaald op 1 680 euro rechtsplegingsvergoeding;
- dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, niettegenstaande enig rechtsmiddel en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

In de conclusie van 10 mei 2022 vraagt de RSZ

- dat het beroep ontvankelijk, doch ongegrond wordt verklaard;

- dat voor recht wordt gezegd dat de zoeking en inbeslagname van documenten volkomen rechtmatig verliep volgens de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek;
- dat dienvolgens voor recht wordt gezegd dat de inbeslagname een maatregel is die passend, evenredig en voldoende noodzakelijk is, in het licht van hetgeen bekend was op 10 februari 2022;
- dat de bv G wordt veroordeeld tot de kosten van het geding, bepaald op 1 680 euro rechtsplegingsvergoeding.

4. Beoordeling

4.1. Bevoegdheid

Bevoegdheidsgrond

De regeling van de materiële bevoegdheid raakt de openbare orde en moet ambtshalve door de rechter worden onderzocht (zie Cass. 2 april 2001, *Soc Kron* 2002, 324; Cass. 4 november 2002, *Arr Cass* 2002, 2325; Cass. 16 maart 2015, S.12.0102.F, *juportal*; M.-A. MASSCHELEIN, “*Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*”, *APR*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018 nr. 115, p. 62).

Krachtens artikel 587 septies Ger.W. doet de voorzitter van de arbeidsrechtbank uitspraak over de vorderingen ingesteld krachtens artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht.

Artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht (hierna ook aangeduid als “de wet van 2 juni 2010”) bepaalt:

“§ 1 Eenieder die van oordeel is dat zijn rechten worden geschaad door de inbeslagnemingen en verzegelingen verricht ter uitvoering van artikelen 35 en 38 van het Sociaal Strafwetboek of door de maatregelen genomen ter uitvoering van artikelen 31, 37 en 43 tot 49/3 van hetzelfde Wetboek, kan beroep instellen bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank.

Eenieder die van oordeel is dat zijn rechten worden geschaad door de in artikel 28, § 3 van voornoemd Wetboek, bedoelde opsporings- en onderzoeksmaatregelen kan tevens beroep instellen bij de voorzitter van de arbeidsrechtbank.

De vordering wordt ingesteld en behandeld zoals in kort geding overeenkomstig de artikelen 1035 tot 1038, 1040 en 1041 van het Gerechtelijk Wetboek.

§ 2 De voorzitter van de arbeidsrechtbank doet uitspraak over het beroep na het openbaar ministerie te hebben gehoord.

§ 3 De voorzitter van de arbeidsrechtbank oefent een controle uit over de wettelijkheid van de inbeslagnemingen en verzegelingen verricht ter uitvoering van de artikelen 35 en 38 van het voornoemd Wetboek en de maatregelen genomen ter uitvoering van de artikelen 28, § 3, 31, 37 en 43 tot 49/3 van hetzelfde Wetboek.

Zijn controle heeft ook betrekking op de wenselijkheid van het behoud van de inbeslagnemingen en verzegelingen verricht ter uitvoering van de artikelen 35 en 38 van

het voornoemd Wetboek en de maatregelen genomen ter uitvoering van de artikelen 37 en 43 tot 49/3 van hetzelfde Wetboek.

Hij kan een gehele, gedeeltelijke of voorwaardelijke opheffing toestaan.

§ 4 Het vonnis uitgesproken door de voorzitter van de arbeidsrechtbank is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddel en zonder borgstelling, indien de rechter deze niet heeft bevolen.

§ 5 De inbeslagnemingen, de verzegelingen of de maatregelen verricht in strijd met de artikelen 28, § 3, 31, 35, 37, 38 en 43 tot 49/3 van hetzelfde Wetboek zijn nietig.”.

De vordering wordt ingesteld en behandeld met de versnelde rechtspleging zoals in kort geding, zonder dat er sprake moet zijn van hoogdringendheid in de zin van artikel 584 lid 1 Ger.W..

Ingevolge deze bepaling is de voorzitter van de arbeidsrechtbank bevoegd om kennis te nemen van een vordering gericht tegen de opgesomde dwangmaatregelen verricht door sociale inspecteurs in het raam van de bestuurlijke uitoefening van hun bevoegdheden.

De arbeidsrechtbank is enkel bevoegd om zich uit te spreken over een dergelijk beroep indien de dwangmaatregel niet werd genomen in het kader van een strafonderzoek en niet bevolen werd door een magistraat (zie. Voorz. Arbrb. Antwerpen 20 september 2011, *Dr. pén. entr.* 2014 (samenvatting), p. 69, noot J.-Cl. HEIRMAN; M.-A. MASSCHELEIN, *o.c.*, nr. 309, 157). Een verzoek tot opheffing van opsporingshandelingen verricht door sociale inspecteurs in het kader van een strafonderzoek dient aan de arbeidsauditeur of de onderzoeksrechter te worden gericht en beroep behoort tot de bevoegdheid van de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep, met toepassing van artikel 28 sexies Sv. een 61 quater Sv. (vgl. Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 22 december 2021, AR 2021/CA/3, *onuitg.*).

Het staat niet ter discussie tussen de partijen dat de door de RSZ-inspectie op 10 februari 2022 verrichte opsporings- en onderzoeksmaatregelen en de inbeslagname kaderden in een administratieve opsporing en dat ze niet het gevolg waren van een opdracht van het openbaar ministerie of een onderzoeksrechter in het raam van een strafonderzoek.

De RSZ bevestigt dat het onderzoek “tot op heden” bestuurlijk van aard is (p. 8 syntheseconclusie). Ook in het advies van het arbeidsauditoraat wordt beaamd dat het geen gerechtelijke opsporing en inbeslagname betrof.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat ook in de hypothese dat inmiddels een strafonderzoek zou zijn opgestart, de voorzitter bevoegd blijft om kennis te nemen van de vordering (zie C.-E CLESSE *Droit pénale social 2^e ed.*, Brussel, Bruylant, 2016, 214; M. SIMON, “Saisies et confiscations en droit pénal social: questions spéciales”, in PH. GOSSERIES en M. MORSA (eds.) *Droit Pénal Social*, Brussel, Larcier 2018, 76).

De materiële bevoegdheid moet overigens worden beoordeeld op het tijdstip waarop de vordering is ingeleid (zie Cass. 22 oktober 1981, *RW* 1982-83, 2457; Cass. 9 januari 1989, *Arr Cass*, 1988-89,549).

De territoriale bevoegdheid van de voorzitter van de arbeidsrechtbank Antwerpen afdeling Antwerpen wordt ontleend aan artikel 627,9° Ger.W. dat bepaalt dat de rechter van de plaats waar de mijn, de fabriek, de werkplaats, het magazijn, het kantoor gelegen is en in het algemeen, van de plaats die bestemd is voor de exploitatie van de onderneming, de uitoefening van het beroep of de werkzaamheid van de vennootschap, van de vereniging of van de groepering, onder meer bevoegd is voor de vorderingen onder meer voor de vorderingen gesteund op artikel 2 van de wet van 2 juni 2010.

De controleactie en de maatregelen vonden plaats te op de zetel van de bv G.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank Antwerpen afdeling Antwerpen is dan ook materieel en territoriaal bevoegdheid om kennis te nemen van de vordering. De bevoegdheid werd door de partijen niet in vraag gesteld.

Omvang en draagwijdte van het beroep

Artikel 2 § 3 van de wet van 10 juni 2010 verleent de voorzitter van de arbeidsrechtbank de bevoegdheid om een controle uit te oefenen over de wettelijkheid van de inbeslagnemingen verricht ter uitvoering van artikel 35 Soc.Sw. en de maatregelen genomen ter uitvoering van de artikelen 28 § 3 Soc.Sw. Zijn controle heeft ook betrekking op de wenselijkheid van het behoud van de inbeslagnemingen verricht ter uitvoering van de artikelen 35 Soc.Sw. en hij kan een gehele, gedeeltelijke of voorwaardelijke opheffing toestaan.

De bevoegdheid van de voorzitter reikt niet verder dan wat in artikel 2 van de wet van 10 juni 2010 is voorzien en is gelimiteerd tot het beoordelen van de dwangmaatregelen. De voorzitter is bijvoorbeeld niet bevoegd voor een vordering in betaling van een schadevergoeding (zie F. KÉFER, “Le droit d’action du justiciable contre certaines mesures de l’administration sociale”, in *Actions orphelines et voies de recours en droit social*, Limal, Anthemis, 2012, p. 156, nr. 10; M. SIMON, “Saisies et confiscations en droit pénal social: questions spéciales”, in PH. GOSSERIES en M. MORSA (eds.) *Droit Pénal Social*, Brussel, Larcier 2018, 85 ; A.-M. MASSCHELEIN, *o.c.*, nr 310, 157).

In het advies van het auditoraat en in de syntheseconclusie van de RSZ wordt verwezen naar artikel 34 Soc.Sw., dat de sociale inspecteurs het recht verleent om kopieën te nemen van informatiedragers. De controle op de wettigheid van het kopiëren valt evenwel niet onder de enumeratie van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010, zodat de voorzitter zich daar niet rechtstreeks over kan uitspreken.

Dit geldt ook voor artikel 23 Soc.Sw., dat het recht van toegang tot de arbeidsplaatsen van de sociale inspecteurs regelt en dat evenmin figureert in de toepassingsfeer van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010.

Hetzelfde gaat op voor de eventuele miskening van de door het Sociaal Strafwetboek opgelegde verplichtingen met betrekking tot verhoren (artikel 62 Soc.Sw.) omwille van de ondervraging van de op de bedrijfszetel aanwezigen zonder formeel verhoor, waarover de partijen redetwisten.

De controle van de regelmatigheid van verhoren wordt niet vermeld in artikel 2 van de wet van 10 juni 2002 en valt dus buiten de bijzondere beroepsprocedure. De rechterlijke toetsing zal pas achteraf in een eventueel volgende straf- of burgerlijke procedure kunnen plaatsvinden (zie S. RENETTE, "Het verhoor door een sociaal inspecteur", *Arbeidsrecht Journaal*2022, <https://arbeidsrechtjournaal.be/journaal/>, nr. 10).

Aangezien op 10 februari 2010 door de RSZ-inspectie twee van de in artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 geviseerde maatregelen werden genomen, met name de opsporing en het onderzoek van informatiedragers (artikel 28 § 3 Soc.Sw.) en de inbeslagname van informatiedragers (artikel 35 Soc.Sw.), worden hierna niet telkens alle limitatief in dit artikel 2 opgesomde maatregelen vermeld.

De controle over de wettelijkheid van de dwangmaatregelen betreft zowel de interne als de externe legaliteit. De externe legaliteit slaat onder andere op de bevoegdheid van de sociale inspecteurs, de formele motivering en de eerbiediging van de op straffe van nietigheid voorgeschreven bepalingen. Het onderzoek van de interne wettelijkheid heeft onder meer betrekking op de feitelijke en juridische juistheid van de beslissing en de principes van finaliteit en proportionaliteit (zie F. KÉFER, *l.c.*, nr. 16, p 157; A.-M. MASSCHELEIN, *o.c.*, nr 556, p. 270).

De beginselen van finaliteit en proportionaliteit, verankerd in de artikelen 18 en 19 Soc.Sw., gelden als algemene beginselen die moeten worden gerespecteerd door de sociale inspecteurs bij elke maatregel die ze treffen in het kader van het uitoefenen van het toezicht (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 116).

De sociale inspecteurs moeten bovendien te allen tijden bij het uitvoeren van hun toezichtopdracht de voorschriften inzake de plichtenleer in acht nemen (artikel 61 Soc.Sw.).

Het toezicht op de wettigheid van de aangevochten dwangmaatregelen omvat dus ontegenzeggelijk ook de artikelen 18 en 19 Soc.Sw., zoals blijkt uit eenstemmige rechtspraak en rechtsleer (zie bijvoorbeeld Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, *RW* 2021-2022, 1346).

Voor zover de RSZ het tegendeel bepleit, kan deze visie niet worden gevolgd.

De RSZ zet uiteen dat de voorzitter zowel controle uitoefent op de wettelijkheid van de maatregelen en de inbeslagnemingen als op de wenselijkheid van het behoud ervan. Simultaan betoogt de RSZ dat de bevoegdheid van de voorzitter beperkt is tot het beroep tegen dwangmaatregelen genomen door de sociale inspecteurs en dus tot “de gevraagde opheffing van de maatregel”. Vermits de voorzitter slechts bevoegd is voor wat wettelijk werd toegekend, kan hij zich niet uitspreken over de grond van de zaak in de bodemprocedure en dus evenmin over de wijze van bewijsgaring en de eerbiediging van het recht op een eerlijk proces. De RSZ verwijt de bv G dat ze de maatregelen van de RSZ-inspectie een “strafrechtelijke toets” probeert te geven, door onder andere te verwijzen naar het recht op een eerlijk proces gegarandeerd door artikel 6 EVRM, terwijl er geen sprake is van een strafprocedure.

Voor zover duidelijk, kan deze visie van de RSZ niet worden gevalideerd. Door de bevoegdheid van de voorzitter aldus te minimaliseren, miskent de RSZ de duidelijke wetsbepaling artikel 2 van de wet van 10 juni 2010.

Indien de controlebevoegdheid van de voorzitter verengd wordt tot het al dan niet opheffen van de dwangmaatregel, zou de verwijzing naar de onderzoeks- en opsporingsmaatregelen van artikel 28 § 3 Soc.Sw. zinledig zijn.

De RSZ ziet over het hoofd dat artikel 28 § 3 Soc.Sw. niet geïncludeerd is in de lijst van artikel 2 § 3 lid 2 van de wet van 2 juni 2010 van de maatregelen waarvan de wenselijkheid van het behoud moet worden gecontroleerd en de eventuele opheffing kan worden bevolen.

Uitgevoerde opsporings- en onderzoekshandelingen kunnen evident immers niet post factum worden opgeheven. De wetgever hield op dit punt rekening met het advies van de Raad van State (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 150).

De voorzitter kan enkel beoordelen of de dwangmaatregelen in uitvoering van artikel 28 § 3 Soc.Sw. al dan niet wettelijk werden getroffen. Aan de vastgestelde onwettigheid knoopt artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 daarenboven het juridische gevolg van de nietigheid van de verrichtte dwangmaatregelen.

Waarop het onderzoek van de wettigheid van de dwangmaatregelen bedoeld in artikel 28 § 3 Soc Sw. dan wel betrekking zou hebben in de optiek van de RSZ, wordt niet toegelicht en is volstrekt onduidelijkheid.

De voorzitter is dan ook wel degelijk bevoegd om de in het kader van de zoeking op 10 februari 2022 door de RSZ-inspectie gestelde handelingen te toetsen aan de voorwaarden daartoe die in artikel 28 § 3 Soc.Sw. werden vastgelegd en deze controlebevoegdheid slaat dan ook op wat als een “wijze van bewijsvergaring” kan worden bestempeld.

De RSZ voert onterecht aan dat de voorzitter zich bij de uitoefening van de hem door artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 toegekende bevoegdheid dient te beperken tot een marginale toetsing.

Al te ongenueanceerd en veelal met verwijzing naar eenzelfde uitspraak (Arbh. Brussel 17 januari 2013, *JTT* 2013, 173) wordt veralgemenend geponeerd dat de voorzitter slechts over een marginaal toetsingsrecht beschikt. Niet alleen betrof het een specifieke casus van preventieve maatregelen op het vlak van de gezondheid en veiligheid van werknemers (artikel 43 Soc.Sw.), er werd ook gemotiveerd dat de toetsing “relatief marginaal” is, omdat een procedure zoals in kort geding zich niet leent voor een debat ten gronde. Deze omstandigheden en motivering kunnen niet zonder meer worden getransponeerd naar alle beroepsprocedures op grond van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010.

Het lijkt geen twijfel dat de legaliteit van de getroffen maatregelen volwaardig moet worden getoetst door de voorzitter met volle rechtsmacht, alle aspecten in feite en in rechte moeten worden beoordeeld. De sociale inspecteurs beschikken in dat verband niet over een beleidsmarge, het betreft een gebonden bevoegdheid. De sociale inspecteurs hebben geen discretionaire beoordelingsmacht wat de invulling van hun verplichtingen betreft, waaronder de legitimatieplicht en de eerbiediging van de plichtenleer en van de beginselen van finaliteit en proportionaliteit. Het spreekt ook voor zich dat de naleving van de wettelijke voorwaarden die specifiek voor elke dwangmaatregel worden uitgetekend, integraal, nauwgezet en niet slechts terughoudend moet worden getoetst.

De legaliteit van het optreden van de sociale inspecteurs moet derhalve met volle rechtsmacht worden beoordeeld, aan de hand van de concrete elementen waarover de sociale inspectie beschikte op het ogenblik waarop tot de maatregel wordt besloten (vgl. met betrekking tot het referentietijdstip Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, *RW* 2021-2022, 1346).

Ingevolge artikel 21 Soc.Sw. beschikken de sociale inspecteurs over beoordelingsbevoegdheid wat hun handelen betreft.

De sociale inspecteurs hebben enige vrijheid om hun optreden aan te passen op grond van de bijzondere kenmerken van de inbreuk (zie *Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer* 2008-2009, 52-1666/01-1667/01 p. 110).

Enkel over de keuze om onderzoeksmacht in te zetten of om een maatregel aan te wenden, beschikt de sociale inspectie over beoordelingsruimte.

Deze discretionaire bevoegdheid moet worden uitgeoefend met eerbiediging van de principes van finaliteit en proportionaliteit en binnen de wettelijke grenzen. Artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 beperkt de controle tot de wenselijkheid van het behoud van de maatregel van inbeslagneming, maar verwijst niet naar wenselijkheid van de maatregel zelf.

Maar ook de opportuniteit van de maatregel kan marginaal worden gecontroleerd door de rechter en kan worden gecensureerd indien er sprake is van “kennelijke onredelijkheid” (zie F. KÉFER, *l.c.*, nr. 18, p. 159; M. MASSCHELEIN, *o.c.*, nr 556, p. 270; Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, RW 2021-2022, 1346).

Overigens wordt de visie bijgevallen die wordt verdedigd in de repliek op het advies van het auditoraat door de bv G, die inhoudt dat zelfs indien de overheid over een zekere beleidsvrijheid beschikt, de rechter met volle rechtsmacht moet oordelen over alle geschilpunten. De discretionaire aard van de bevoegdheid beïnvloedt enkel de intensiteit van de rechterlijke toetsing, maar niet de omvang ervan, de rechter moet zich niet steeds even stringent opstellen (cf. P-J VAN DE WEYER, “Rechterlijke toetsing van bestuurshandelingen: hoe vol moet die rechtsmacht juist zijn?”, *TBP* 2021/2, nr. 17 p. 76). De rechter kan rekening houden met de beleidsvrijheid en een zekere beoordelingsmarge in acht nemen.

Hoewel de voorzitter zich in de beroepsprocedure van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 niet dient uit te spreken over de gevolgen van zijn beslissing in de context van een eventuele latere straf- of burgerlijke procedure waarin de onderzoekshandelingen van de sociale inspectie zouden kunnen uitmonden, wordt daar toch beknopt op ingegaan.

In het advies van het openbaar ministerie worden de draagwijdte en de omvang van de bevoegdheid van de voorzitter in de context van deze beroepsprocedure immers gelinkt aan het lot van onregelmatig verkregen bewijselementen, met toepassing van artikel 32 Vt.Sv. en de ‘Antigoon’- rechtspraak in respectievelijk straf- en civiele procedures. Samengevat wordt gesteld dat de controle van 10 februari 2022 werd uitgevoerd tijdens een administratieve fase, die potentieel tot strafvervolging kan leiden. Artikel 6 EVMR is principieel al van toepassing, maar de wijze waarop bewijsmateriaal wordt verzameld moet worden beoordeeld rekening houdend met het gehele rechtspleging en deze beoordeling komt de rechter ten gronde toe. De eventuele vernietiging van de inbeslagname en van de maatregelen, die niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, heeft dan ook geen onherroepelijke impact op de toelaatbaarheid van het verkregen bewijs.

Deze stelling druist in tegen artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 dat bepaalt dat de inbeslagneming en de maatregelen verricht in strijd met artikel 28 § 3 en 35 nietig zijn. Hoewel dit artikel 2 § 5 duidelijk is en een verwijzing naar de parlementaire voorbereiding overbodig, kan er toch verhelderend naar worden verwezen: “ (...) *Als antwoord op het advies van de Raad van State moeten de juridische gevolgen van de beslissing van de voorzitter van de arbeidsrechtbank die een bepaalde toezichtsmaatregel illegaal verklaart, worden verduidelijkt. Bijgevolg wordt in artikel 54 een nieuwe paragraaf 5 ingevoegd. Daarin is bepaald dat de door de sociaal inspecteurs uitgevoerde inbeslagnemingen, verzegelingen en andere maatregelen die in strijd zijn met de bepalingen van artikelen 28, § 2, 31, 35, 37, 38 en 43 tot 49 van het Sociaal Strafwetboek nietig zijn. De nietigheids sanctie die verbonden is met de illegale maatregelen leidt ertoe dat de vaststellingen van de sociaal*

inspecteurs op grond van die maatregelen geen bewijsmiddel van een inbreuk kunnen vormen.(...)” (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 151).

Het bewijsmateriaal verkregen met miskenning van de in artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 aangeduide regels is nietig en zal geen bewijs van een inbreuk kunnen vormen (zie J.C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *De bevoegdheden van de sociaal inspecteurs in het licht van het Sociaal Strafwetboek*, Reeks Sociale Praktijkstudies nr. 2012/4, Mechelen, Kluwer 2012, nr. 305, p. 167-168; F. KÉFER, *l.c.*, nr. 16, p 157-158; M. SIMON, *l.c.*, nr. 13, p. 85 en noot 218; C.E. CLESSE, nr. 549, p. 661).

In een strafprocedure zou artikel 32 Vt.Sv. overigens geen toepassing kunnen vinden, omdat het bepaalt dat tot nietigheid van onregelmatig verkregen bewijselement enkel kan worden besloten indien onder meer de naleving van de betrokken vormvoorwaarden wordt voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Evenmin zou in een civiel geschil kunnen voldaan zijn aan de door de cassatierechtspraak geschetste voorwaarden, die inhouden dat behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk anders bepaalt, het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken slechts kan worden geweerd indien de bewijsverkrijging de betrouwbaarheid van het bewijs aantast of indien hierdoor het recht op een eerlijk proces in gevaar wordt gebracht (zie Cass. 14 juni 2021, C.20.0418.N, *juportal*). Artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 koppelt immers expliciet het wettelijke rechtsgevolg van de nietigheid aan de vastgestelde onwettigheid.

Volledigheidshalve wordt vastgesteld dat de RSZ hekelt dat de bv G “na nauw overleg met haar adviseurs” de feiten opklopt om latere bewijsvoering aan de hand van de inbeslaggenomen documenten te verhinderen (syntheseconclusie p. 10).

De RSZ erkent dan ook impliciet dat artikel 2 § 5 van de wet van 10 juni 2002 als gevolg heeft dat de onwettig en nietig bevonden dwangmaatregelen, verhinderen dat een civiele rechter of een strafrechter ten gronde rekening houdt met het onwettig vergaarde bewijsmateriaal.

In de marge wordt opgemerkt dat de RSZ de bv G niet kan verwijten de secure naleving na te streven van de haar door de wetgever gegarandeerde rechtsbescherming tegen onwettig handelen door een inspectiedienst.

4.2. Ontvankelijkheid

De ontvankelijkheid van de vordering werd niet betwist. Er zijn geen ambtshalve op te werpen middelen van onontvankelijkheid.

4.3. Rechtspleging

Het in artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 bedoelde beroep kan worden ingesteld door eenieder die van oordeel is dat zijn rechten worden geschaad onder meer door de inbeslagnemingen en door de opsporings- en onderzoeksmaatregelen bedoeld in respectievelijk artikel 35 Soc.Sw. en 28 § 3 Soc.Sw.

Dit rechtsmiddel staat open voor ieder benadeeld persoon, die een belang kan aantonen. De partijen blijken het erover eens te zijn dat de bv G, op wiens zetel de onderzoeks- en opsporingshandelingen werden gesteld en de beslagmaatregel werd genomen, het rechtens vereiste belang heeft om beroep aan te tekenen.

De vordering wordt ingesteld zoals in kort geding, er dient geen urgentie te worden aangetoond, er is geen beroepstermijn voorzien en het beroep heeft geen schorsende werking. In artikel 2 § 1 lid 3 van de wet van 2 juni 2010 wordt artikel 1039 Ger.W. niet toepasselijk verklaard, de voorzitter doet uitspraak ten gronde en neemt dus een eindbeslissing.

Ook over deze procedurele uitgangspunten blijken de partijen eensgezind.

4.4. Ten gronde

4.4.1. De opsporings- en onderzoeksmaatregelen (artikel 28 § 3 Soc.Sw.) en de inbeslagneming (artikel 35 Soc.Sw.) verricht door de RSZ-inspectie op 10 februari 2022 zijn onwettig en nietig

4.4.1.1. Bewijslast en bewijs van het verloop van de inspectie van 10 februari 2022

De burgerlijke bewijsregels zijn van toepassing, vermits de vordering ingesteld op basis van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 beslecht wordt in een civiele procedure voor de burgerlijke rechter en de vordering niet gesteund is op een strafrechtelijk misdrijf. De wet van 2 juni 2010 bevat geen daarvan afwijkende bewijsregeling.

Wat het feitenverloop betreft gelden dan ook de gemeenrechtelijke bewijslastregels, die onder meer inhouden dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert (artikel 870 Ger.W.) en dat wie meent een ander in rechte te kunnen aanspreken, de rechtshandelingen of feiten moet bewijzen die daaraan ten grondslag liggen (artikel 8.4. lid 1 BW). Tevens zijn alle partijen gehouden om mee te werken aan de bewijsvoering (artikel 8.4. lid 3 BW).

De visie wordt bijgetreden dat de toepassing van de gemeenrechtelijke bewijsregels in de context van deze beroepsprocedure impliceert dat de bewijslast van de eerbiediging van de wettelijkheid en de opportuniteit op de sociale inspectiedienst rust die tot de dwangmaatregelen overging. Artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 voorziet immers in de sanctie van de nietigheid van de inbeslagnemingen en van de maatregelen verricht in strijd met respectievelijk de artikelen 35 en 28 § 3 Soc.Sw. (cf. M. SIMON, *l.c.*, nr. 13 en noot 219

p. 85). Dat deze beginselen werden nageleefd vormt een premisse van het betoog van de RSZ en het bewijs van de daartoe aangevoerde ondersteunende feiten maakt dan ook noodzakelijkerwijze deel uit van de door haar aangevoerde feiten.

De RSZ draagt de bewijslast en het bewijsrisico van de feiten die de legaliteit (die naast de finaliteit en proportionaliteit, ook de voorwaarden van de uitgevoerde maatregelen omvat) van de handelingen van haar inspecteurs aantonen.

Er kan in dit verband verwezen worden naar de verplichting van de sociale inspecteurs om de in artikel 28 § 3 Soc.Sw. bedoelde uitgevoerde opsporings- en onderzoekshandelingen en de genomen dwangmaatregel van inbeslagneming schriftelijk vast te stellen (artikel 53 Soc.Sw., *infra*).

In de parlementaire voorbereiding wordt onder meer gesteld dat dit artikel 53 Soc.Sw. het recht bevestigt van ieder persoon benadeeld door een maatregel om ingelicht te worden over deze maatregel en over zijn rechten en plichten en “(...) *Men mag hopen dat, door een betere voorlichting van de bestemming van de maatregel over de beroepsmogelijkheden en van de strafrechtelijke risico’s in geval van het niet naleven van de dwangmaatregel, de bestemming meer wordt aangezet om deze maatregel na te leven of een wettelijk verhaal in te stellen in plaats van de zegels te verbreken of een andere verbodsmaatregel te schenden. (...)*” (Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 145 en p. 147).

De toevoeging van supplementaire verplichte vermeldingen in artikel 53 § 3 tweede lid Soc.Sw. wat de in artikel 28 § 3 Soc.Sw. bedoelde opsporingsmaatregelen betreft, werd als volgt verantwoord: “(...) *Teneinde de principes van finaliteit, legaliteit en proportionaliteit maximaal te waarborgen en tegelijk de sociaal inspecteurs duidelijkheid te geven over de inhoud van de beschrijving die dient te worden opgemaakt bij de in artikel 28 bedoelde opsporings- of onderzoeksmaatregelen, wordt er de voorkeur aan gegeven de elementen op te lijsten in de wet die deze beschrijving in dit geval moet bevatten. Bij deze oplistings werd voornamelijk vertrokken van de vereisten die gesteld worden door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor vergelijkbare maatregelen in het kader van een gerechtelijk onderzoek.*” (Amendement nr. 82 *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr 52 1666/08, p. 3).

De wetgever wenste de waarborgen te versterken die de geschreven vaststelling biedt aan de door de sociaal inspecteurs gecontroleerde personen, zelfs zo de doeltreffendheid van het aan de sociaal inspecteurs erkende opsporingsrecht van informatiedragers door de bijkomende verplichte vermeldingen wordt bemoeilijkt. De opsporings- en onderzoeksbevoegdheid is immers een dwingende bevoegdheid, die een aantasting op het privéleven van de gecontroleerde persoon zou kunnen uitlokken, indien deze waarborgen ontbreken (Zie J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 165 noot 1). Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever de eerbiediging van de uitgangsprincipes van legaliteit, finaliteit en proportionaliteit primordiaal acht. Wat de opsporings- en zoekingsbevoegdheden betreft verplicht artikel 53 § 3 lid 2 Soc.Sw. de inspecteurs onder meer om de feiten te beschrijven waaruit blijkt dat de maatregelen zijn gebeurd in de gevallen en onder de voorwaarden bedoeld bij artikel 28, § 3 (4°) en de verantwoording

van het feit dat het met de bedoelde opsporings- of onderzoeksmaatregelen beoogde resultaat niet kon worden bereikt met andere, minder ingrijpende maatregelen (5°). Het spreekt voor zich dat alleen de inspecterende dienst kennis heeft van de feiten die haar tot het uitoefenen van haar bevoegdheden brachten en dat het haar toekomt te verantwoorden en te onderbouwen dat aan de wettelijke voorwaarden voor de zoeking is voldaan en dat minder ingrijpende maatregelen geen optie waren.

Met toepassing van deze principes dient de bv G aan te tonen dat haar rechten werden geschaad door de wijze waarop de opsporingsmaatregelen werden aangewend en tot de inbeslagname werd overgegaan. Het bewijs van het beweerde verloop van de controleactie staat daarin centraal.

Het komt de RSZ toe haar versie van het feitelijke verloop van de inspectie te staven, in zoverre betwist. De RSZ dient draagt bovendien de bewijslast en het bewijsrisico van het gegeven dat haar inspectiedienst bij het uitoefenen van haar bevoegdheden handelde binnen de wettelijke klijlijnen.

De beide partijen dienen bovendien mee te werken aan de bewijsvoering.

Vooraf wordt vastgesteld dat de RSZ beaamt dat de actie van 10 februari 2022 de activiteiten van M als voorwerp had. De RSZ voert aan: “(...) *Het doel van de controle spitste zich toe op het vinden van aanwijzingen dat de werkelijke bedrijfsvoering zich in België bevindt, op de zetel van G, het aantreffen van Luxemburgse documenten en loonadministratie, personeelsleden, en dergelijke meer. Dit alles in het kader van mogelijke ‘detacheringsfraude’ (...)*” (syntheseconclusie p. 4).

Verder bestaat er geen discussie over dat de zetel van de bv G als een arbeidsplaats zoals gedefinieerd in artikel 16, 10° Soc.Sw. kan worden beschouwd en dat de RSZ-inspectiedienst er zonder voorafgaande verwittiging toegang toe had, op basis van artikel 23 Soc.Sw..

Omdat de wijze waarop de visitatie op grond van artikel 23 Soc.Sw. werd uitgevoerd cruciaal is voor het onderzoek van de wettelijkheid van de zoeking en de inbeslagname en over de materialiteit van de feiten deels betwisting bestaat, dient in detail te worden ingezoomd op de op wezenlijke vlakken divergerende feitenversie van de partijen.

De RSZ omschrijft de actie als volgt: “(...) *Bij de controle met zoeking op 10/02/2022 zijn 2 RSZ Inspecteurs bij de aanvang van de controle omstreeks 10 u binnengaan (sic), gelijktijdig met enkele collega’s van de FOD Financiën. Zij hebben het aanwezige personeel ingelicht en zaakvoerder EV laten contacteren, die even later rond 10.15 u ter plaatse kwam. De inspecteurs lichtten hem in met betrekking tot het onderzoek naar mogelijk sociale fraude en vroegen hem daaromtrent de nodige stukken voor te leggen. Concreet werd de vraag gesteld naar de aanwezigheid van werknemers/documenten van de Luxemburgse firma M. De zaakvoerder ontkende dat er sociale fraude zou gepleegd worden, en zei dat hij geen stukken kon voorleggen. Vervolgens werd de vaste vertegenwoordiger van één van de 2 zaakvoerders (nl. EV) dan in kennis gesteld dat zou*

worden overgegaan tot een zoeking. De heer EV verzette zich niet tegen de controle, waarop de zoeking van start ging.

De RSZ Inspectie verrichtte de zoeking op basis van haar eigen bevoegdheden, art. 28 § 3 van het Sociaal Strafwetboek, volgens de procedure, daarin omschreven.

In tegenstelling tot wat eiseres poneert, werd de zoeking pas gestart op het ogenblik dat EV arriveerde, en hij weigerde om de gevraagde documenten voor te leggen.

Het 'attest inzake opsporing en/of genomen maatregelen' opgemaakt door sociaal inspecteur EP, van RSZ vermeldt de aanwezigheid van EV handelend in hoedanigheid van werkgever, alsook het feit dat om 13:57 uur werd overgegaan tot inbeslagname van een aantal documenten en informatiedragers die gedetailleerd opgenomen staan in het attest. Het attest zelf werd door EV ondertekend.

De gratuite bewering dat de zoeking en inbeslagname reeds plaatsvonden alvorens de heer EV ter plaatse arriveerde om 10:15 uur, is dan ook geheel onjuist. De sociaal inspecteurs waren volgens het 'attest inzake opsporing en/of genomen maatregelen' aangekomen om 9:55 uur, zodat het ook onwaarschijnlijk is dat zij geen 20 minuten zouden hebben kunnen wachten op de aankomst van de zaakvoerder. In totaal namen 6 RSZ Inspecteurs deel aan de controle." (p. 3 syntheseconclusie).

De beschrijving van de controleactie in de syntheseconclusie van de bv G stemt overeen met het verloop geschetst in de brief van haar fiscale advocaat van 17 februari 2022 (*supra* sub 2), waaraan de volgende elementen kunnen worden toegevoegd.

De bv G haalt aan dat er slechts vier personen aanwezig waren bij de aanvang (een werknemer van bv G en drie werknemers van de firma nv M), dat de hele actie van 9.55 u tot 15.15 u duurde en dat de aandacht van de aanwezigen de hele tijd werd opgeëist. De ganse administratie, archieven en aanwezige documenten van de bv G en van de andere bedrijven werd doorzocht. Er werd gezocht in alle lokalen, zelfs in de keuken. Van vele documenten werden kopieën en foto's genomen en een aantal mappen werden door de RSZ-Inspectie in beslag genomen. De bestanden van alle pc's en ook van de server werden door inspecteurs gedownload. Deze bestanden bevatten ook privé-gegevens van bestuurders en personeelsleden, gegevens van klanten van de verschillende op de zetel van de bv G gevestigde bedrijven en van enkele bedrijven die elders zetel houden.

Deze feiten werden door de RSZ niet uitdrukkelijk in vraag gesteld.

Volledigheidshalve wordt vastgesteld dat de RSZ verkeerdelijk stelt dat de vier personeelsleden aanwezig tijdens de visitatie, in dienst zijn van de bv G (syntheseconclusie pagina 9).

Minder eensgezindheid bestaat er over het door de bv G gestelde dat de kantoren van bij de aanvang van de actie eigenmachtig werden doorzocht voor de aankomst van de heer EV en dat er niet vooraf om voorlegging van welbepaalde stukken of documenten werd gevraagd. Hetzelfde geldt voor het feit dat er werd gezocht in afgesloten kasten en schuiven en dat de aanwezige personeelsleden en de heer EV langdurig werden ondervraagd.

Voor de beoordeling van het bewijs van de aangevoerde betwiste feiten, moeten enkele uitgangspunten worden belicht en wordt in het algemeen ingegaan op de door de partijen gehanteerde bewijsmiddelen en bewijsvoering. De concrete invulling van de bewijslast van de relevante feiten wordt behandeld bij de beoordeling van de uitgevoerde maatregelen.

Uit de al aangehaalde in de parlementaire voorbereiding geëxpliciteerde finaliteit van de waarborg van artikel 53 Soc.Sw. volgt dat de “attesten inzake opsporing en/of genomen maatregelen” de voornaamste bewijsmiddelen horen te zijn aan de hand waarvan de sociale inspecteurs hun handelingen beschrijven en de genomen maatregelen rechtvaardigen. Ze zijn dan ook een belangrijk instrument aan de hand waaraan de rechtsbescherming vervat in artikel 28 § 3 Soc.Sw. kan worden getoetst. Het spreekt voor zich dat deze schriftelijke vaststellingen zorgvuldig correct, volledig en voldoende gedetailleerd dienen te worden opgemaakt.

De schriftelijke vaststellingen in toepassing van artikel 53 Soc.Sw. hebben geen bijzondere bewijskracht tot bewijs van het tegendeel wat de materiële vaststellingen betreft, zoals processen-verbaal tot vaststelling van een inbreuk, op voorwaarde dat binnen de gestelde termijn een afschrift van het proces-verbaal ter kennis wordt gebracht van de vermoedelijke dader, met toepassing van artikel 66 Soc. Sw. (ZIE J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, nr. 220, p. 107).

De RSZ kan er zich niet mee vergenoegen te steunen op deze schriftelijke vaststellingen om haar feitenversie als bewezen te aanzien, ze volstaan niet als bewijs op zich in de mate waarin de inhoud ervan wordt betwist. Bovendien beantwoorden beide attesten niet aan alle door artikel 53 Soc.Sw. gestelde voorwaarden (*infra*).

Om te beoordelen of een genomen dwangmaatregel voldoet aan de wettelijke voorwaarden, moet de voorzitter zich stellen op het ogenblik dat de maatregel wordt genomen en rekening houden met de feiten en de stukken die op dat moment bekend zijn, latere acties doen niet terzake (cf. Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, RW 2021-2022, 1346).

De stukken die het resultaat zijn van demarches die dateren van na de actie op 10 februari 2022 dienen dan ook buiten beschouwing te blijven. De van nadien stammende e-mailcorrespondentie tussen de heer I van M en sociaal inspecteur mevrouw P kan niet als valabel bewijs dienen voor de toetsing van de legaliteit van de maatregelen, net zo min als foto's van de zetel van M, een personeelslijst en een IMI-rapport, waarvan de RSZ niet tegenspreekt dat ze van na de controle dateren.

Overigens geeft de RSZ zelf aan dat ze met het principe instemt dat er slechts rekening kan worden gehouden met hetgeen bekend was op 10 februari 2022 (syntheseconclusie p.21 laatste zin).

Als bewijsmateriaal steunt de RSZ zich verder op de schriftelijke vaststellingen opgemaakt in uitvoering van artikel 53 Soc.Sw. Over de inhoud van de bedrijfsinformatie over de vennootschappen M, de bv G en de bv B bestaat geen discussie.

De bv G legt naast de attesten van de RSZ-inspectie, onder andere schriftelijke verklaringen neer van mevrouw V van 2 maart 2022, van mevrouw S van 28 februari 2022, die beiden geen werknemers zijn van de bv G, en van de heer EV van 1 maart 2022.

Artikel 8.1, 8° BW definieert een getuigenis als “een verklaring afgelegd door een derde onder de voorwaarden van de artikelen 915 en volgende en 961/1 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek”.

Artikel 961/2 Ger.W. bepaalt dat zo het getuigenbewijs toelaatbaar is, de rechter van derden verklaringen in schriftelijke vorm mag aannemen die hem inzicht kunnen verschaffen in de betwiste feiten waarvan zij persoonlijk weet hebben.

Een geschreven verklaring, die niet uitgaat van de persoon tegen wie de vordering wordt ingesteld, geldt niet als begin van schriftelijk bewijs, maar maakt een louter feitelijk vermoeden uit.

Uit de artikelen en 961/1 en 961/2 Ger.W. en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het aan de rechter staat, ook al beantwoordt de schriftelijke verklaring aan alle in de artikelen 961/1 en 961/2 Ger.W. bepaalde vereisten, om vrij de bewijswaarde van de verklaring te beoordelen, hierbij rekening houdende met alle elementen dienstig ter inschatting van de geloofwaardigheid ervan. De in artikel 961/2 Ger.W. bepaalde vormvereisten zijn niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Het ontbreken van een door die wetsbepaling vereiste vermelding in een schriftelijke verklaring verhindert daardoor niet dat de rechter die verklaring aanneemt, mits hij de redenen aangeeft waarom hij haar toch geloofwaardig acht ondanks het feit dat zij niet aan alle gestelde vereisten beantwoordt (zie Cass. 28 juni 2018, AR C.17.0319.N, *juportal*).

Dat deze verklaringen de verplichte vermeldingen van artikel 961/2 Ger.W. bevatten, werd door de RSZ niet in vraag gesteld. Alleen de verklaringen van mevrouw V en S zijn vergezeld van een fotokopie van de identiteitskaart, de RSZ stelt niet in vraag dat de verklaring van de heer EV door hem werd opgetekend.

De RSZ wuift deze verklaringen weg als volkomen eenzijdige, post-factum na rijp beraad met de eigen adviseurs en raadslieden opgestelde verklaringen.

Deze loutere allegatie en assumptie, die op geen enkel bewijselement zijn geruggensteund, volstaan in de gegeven omstandigheden niet om te twijfelen aan de objectiviteit en geloofwaardigheid van de verklaringen van mevrouw V en S.

De RSZ brengt geen concrete elementen bij die erop wijzen dat het partijdige getuigen betreft, die een belang kunnen hebben bij de afloop van de procedure. Op basis van de aangevoerde en de beschikbare gegevens zijn er geen redenen om te twijfelen aan de

betrouwbaarheid en de bewijskracht van deze verklaringen, ze kunnen dan ook als toereikend bewijs in aanmerking worden genomen.

Ook al was de zoeking gefocust op M en niet op de bv G, boet het relaas van de heer EV theoretisch aan geloofwaardigheid in omdat er een objectieve reden is die op een mogelijk belang wijst. De heer EV heeft immers de hoedanigheid van vaste vertegenwoordiger van de nv V, bestuurder van de bv G en hij is aandeelhouder van M. Met deze verklaring kan geen rekening worden gehouden, in de mate waarin ze materiële vaststellingen betreft die worden betwist of die geen bevestiging vinden in ander bewijsmateriaal.

De RSZ verwerpt in het algemeen de betrouwbaarheid van deze derdenverklaringen, zonder evenwel in detail in te gaan op specifiek daarin beschreven feiten. Deze niet onderbouwde afwijzing vormt geen valabel verweer.

Als kanttkening wordt bemerkt dat de RSZ selectief is in het ontzeggen van geloofwaardigheid aan deze derdenverklaringen, omdat ze zelf de verklaring van de heer EV aanhaalt, in de mate waarin ze meent dat dit haar vertoog ondersteunt (p. 2 syntheseconclusie).

Mevrouw V, plusdochter van de heer EV, administratief bediende in dienst van de nv M onder meer gelast met personeelszaken, doet in een zestal getypte pagina's gedetailleerd relaas van de gebeurtenissen die ze waarnam.

Ook mevrouw S, boekhoudster, werknemer van nv M die overkoepelend voor de "groep G" werkt, beschrijft omstandig in een handgeschreven verklaring van circa acht pagina's wat ze waarnam.

Deze verklaringen zijn dermate gedetailleerd en gelijklopend wat de voor de beoordeling decisieve feiten betreft, die hierna in detail zullen worden besproken, dat ze niet aan de kant kunnen worden geschoven als voorgekauwde partijdige getuigenissen. Bovendien worden ze op deze doorslaggevende punten niet ontkracht door andere pertinente bewijsmiddelen.

Tot slot wordt niet bijgetreden dat deze verklaringen eenzijdig en onvoldoende consistent zijn en omzichtig moeten worden benaderd, omdat ze niet terstond na de zoeking werden opgesteld en de er beschreven handelswijze bij het openen van kasten niet eenduidig is, zoals in het advies van het openbaar ministerie wordt gesteld. Dat deze verklaringen, waarin het eigen wedervaren van de betrokkenen in detail wordt overlopen, pas een drietal weken na de gebeurtenissen zouden zijn opgesteld, doet geen afbreuk aan hun waarachtigheid. In deze verklaringen kunnen geen discrepanties worden ontwaard, die hun plausibiliteit geheel zou ontkrachten. Het is niet tegenstrijdig gelijktijdig te verklaren dat werd waargenomen dat er eigenhandig kasten werden geopend door aanwezige inspecteurs al dan niet in andere kantoren en dat aan de personeelsleden werd gevraagd om kasten te openen.

Wat het verloop van de actie van 10 februari 2022 betreft berust het verzoeg van de RSZ deels op loutere allegaties en veronderstellingen. De affirmatie van een betwist feit levert daarvan geen bewijs op.

De rechter kan zich over betwiste feiten niet steunen op de loutere beweringen van een partij. De aanvaarding van dergelijke eenzijdige beweringen, zonder dat deze gestaafd worden door andere gegevens of door vermoedens, miskent de regels van de bewijslast (zie Cass. 3 maart 1978, *Arr Cass* 1978, 780; Cass. 17 april 1989, *ArrCass*, 1989-90, 947; Cass. 14 januari 2000, *juportal*).

Illustratief hiervoor is dat de RSZ bij herhaling zonder meer poneert dat de sociale inspecteurs binnen het wettelijke kader handelden en bijvoorbeeld stelt dat de zoeking werd uitgevoerd “(...) *volgens de gangbare wettelijke bepalingen, die door de RSZ inspecteurs wel bekend zijn (...)*” (p. 20 syntheseconclusie). De niet aan de hand van pertinent bewijs ondersteunde botte ontkenning door de RSZ van andersluidend bewijsmateriaal dat haar betoeg niet bevestigt, gaat niet op. Het uitgangspunt van de RSZ, dat wat zij verkondigt de waarheid is, kan evident niet worden bijgevallen, omdat aldus elk verhaal tegen een dwangmaatregel monddood wordt gemaakt en het rechterlijk onderzoek van de naleving van de bepalingen van het sociaal strafwetboek a priori wordt uitgesloten.

De RSZ bestaat het bovendien om te opperen dat “(...) *op geen enkel ogenblik de werkgever het nodig of nuttig heeft geacht zijn raadsman te contacteren (om aanwezig te zijn); noch video-opnames te maken, mocht op enig ogenblik werkelijk de indruk ontstaan zijn dat de sociale inspectie ‘haar boekje te buiten ging’ (...)*” (p. 10 syntheseconclusie). Dat dergelijke omkering en redenering een brug te ver is, hoeft geen betoeg.

In het advies van het auditoraat wordt opgemerkt dat de schriftelijke vaststellingen werden ondertekend door de heer EV zonder opmerkingen, suggererend dat alle vermeldingen in het attest worden beaamd. Dit klopt feitelijk niet voor het attest betreffende de zoeking en kopiname, waarop figureert: “*wenst liever niet te tekenen*”. Uit de ondertekening van een attest van vaststelling opgemaakt in toepassing van artikel 53 Soc.Sw. en het ontbreken van daarop geformuleerde opmerkingen, kan bovendien geenszins een erkenning worden afgeleid dat alle erop figurerende vermeldingen correct zijn, noch dat de sociale inspectiedienst handelde in overeenstemming met de wettelijke voorschriften.

4.4.1.2. De opsporings- en onderzoeksmaatregelen en de inbeslagneming die eruit voortvloeiende voldoen niet aan de voorwaarden van de artikelen 28 § 3 en 35 Soc.Sw.

4.4.1.2.1. Legaliteit - er is niet voldaan aan de formele garanties van artikel 53 Soc.Sw.

Artikel 53 Soc.Sw. is het enige artikel dat valt onder het hoofdstuk 3 “*Beroep tegen de door de sociaal inspecteurs genomen maatregelen*”. Om legistische redenen diende het

artikel 54 van het ontwerp van het sociaal strafwetboek dat initieel de beroepsmogelijkheid tegen dwangmaatregelen integreerde in het Sociaal Strafwetboek in een afzonderlijke wet te worden opgenomen (zie M. SIMON, *l.c.*, nr. 12, 84).

Artikel 53 luidt: “*Formele garanties*

§ 1. De inbeslagnemingen en de verzegelingen verricht op basis van de artikelen 35 en 38 en de maatregelen genomen door de sociaal inspecteurs ter uitvoering van de artikelen 31, 37, en 43 tot 49 moeten het voorwerp uitmaken van een schriftelijke vaststelling.

De in artikel 28, § 3, bedoelde opsporingsmaatregelen en, in voorkomend geval, de onderzoeksmaatregelen die er uit voortvloeien en welke op die plaats worden uitgevoerd, moeten eveneens het voorwerp uitmaken van een schriftelijke vaststelling.

§ 2. De schriftelijke vaststelling wordt persoonlijk overhandigd aan de werkgever, zijn aangestelde, zijn lasthebber of de zelfstandige, die tekent voor ontvangst.

Indien de werkgever, zijn aangestelde zijn lasthebber of de zelfstandige niet aanwezig is, wordt de schriftelijke vaststelling onmiddellijk achtergelaten. Binnen een termijn van veertien dagen wordt tevens bij een ter post aangetekende brief met ontvangstbewijs een kopie verstuurd naar de werkgever, zijn aangestelde, zijn lasthebber of de zelfstandige.

§ 3. Het in § 1 bedoelde geschrift moet minstens vermelden :

1° de datum en het uur waarop de maatregelen zijn genomen;

2° de identiteit van de sociaal inspecteurs, de hoedanigheid waarin zij optreden en de administratie waartoe zij behoren;

3° de genomen maatregelen;

4° de weergave van de tekst van de artikelen 209 en 210;

5° de rechtsmiddelen tegen de maatregelen, het bevoegde gerechtelijk arrondissement en de weergave van de tekst van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010 houdende bepalingen van het sociaal strafrecht;

6° de overheidsinstelling die in geval van beroep moet worden gedagvaard.

Wanneer de maatregelen bedoeld in het eerste lid, 3°, betrekking hebben op de in artikel 28, § 3, bedoelde opsporingsmaatregelen en, in voorkomend geval, op de onderzoeksmaatregelen die eruit voortvloeien en welke op die plaats werden uitgevoerd, bevat de beschrijving onder meer de volgende gegevens:

1° de beschrijving van de plaats of de plaatsen waar deze opsporings- of onderzoeksmaatregelen hebben plaats gevonden;

2° de wetgeving waarop toezicht wordt uitgeoefend en waarop zich een inbreuk heeft voorgedaan of mogelijk heeft voorgedaan die deze opsporings- of onderzoeksmaatregelen noodzakelijk maakt;

3° de lijst van de informatiedragers bedoeld in artikel 28, § 1, die werden opgespoord en, in voorkomend geval, die ter plaatse werden onderzocht;

4° de beschrijving van de feiten waaruit blijkt dat de bedoelde opsporingsmaatregelen of onderzoeksmaatregelen zijn gebeurd in de gevallen en onder de voorwaarden bedoeld bij artikel 28, § 3;

5° de verantwoording van het feit dat het met de bedoelde opsporings- of onderzoeksmaatregelen beoogde resultaat niet kon worden bereikt met andere, minder ingrijpende maatregelen.”

De nietigheidssanctie van artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 geldt niet voor de formele garanties van artikel 53 Soc.Sw. Een gebrek in de schriftelijke vaststellingen wordt dus niet specifiek gesanctioneerd (cf. Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, RW 2021-2022, 1346; C.-E CLESSE, o.c., nr. 662, 550).

Zoals al werd uiteengezet, vormt de schriftelijke vaststelling niettemin een significant bewijsmiddel van de naleving van de voorwaarden van de zoeking en de inbeslagname voor de beide partijen.

Op verschillende punten beantwoorden de “attesten inzake opsporing en/of genomen maatregelen” die op 10 februari 2022 werden overhandigd aan de heer EV door de RSZ-inspecteurs niet aan de vormvoorschriften van artikel 53 Soc.Sw.

Aan de vereiste van artikel 53 § 2 Soc.Sw. is voldaan, de schriftelijke vaststellingen werden op 10 februari 2022 overhandigd aan de heer EV, waarvan niet wordt betwijfeld dat hij de hoedanigheid heeft van werkgever of zijn aangestelde van de bv G, ook al had de zoeking de activiteiten van de M als voorwerp.

Gemakshalve wordt de afzonderlijke “attesten inzake opsporing en/of genomen maatregelen,” hierna als volgt aangeduid:

- het eerste attest dat werd ondertekend door de sociaal inspecteurs de heer MW en mevrouw EP en de handeling van opsporing en/of het onderzoek van informatiedragers betreft bedoeld in artikel 28 § 3 Soc.Sw., waartoe volgens het attest werd overgegaan om 10.15 u en onder meer de kopiname van documenten vermeldt; als het “attest zoeking”
- het tweede attest dat werd ondertekend door de sociaal inspecteur mevrouw EP en dat betrekking heeft op de inbeslagneming om 13.57 uur van zes documenten en/of informatiedragers, als het “attest inbeslagneming”.

De RSZ stelt het door de bv G aangevoerde feit niet in vraag dat het attest zoeking werd overhandigd ongeveer 30 minuten na de aankomst van de heer EV en het attest inbeslagneming vlak voor het vertrek van de inspecteurs om 15.15 u.

De datum 10 februari 2022 en het uur waarop de maatregelen werden genomen (artikel 53 § 3, 1° Soc.Sw.) worden vermeld op beide attesten, meer bepaald de maatregel van onder meer kopiname van documenten om 10.15 u en de inbeslagneming om 13.57 u. De beide attesten bevatten ook de verplichte vermeldingen bedoeld in artikel 53 § 3 lid 1, 4°, 5° en 6° Soc.Sw. Ook de omschrijving van de plaats waar de zoeking plaatsvond en de wetgeving waarop toezicht wordt uitgeoefend (artikel 53 § 3 lid 2 1° en 2° Soc.Sw.) worden op de formulieren ingevuld.

In de beide attesten ontbreekt de verplichte vermelding van de identiteit van de sociale inspecteurs (artikel 53 § 3 lid 1,2 Soc.Sw.).

De attesten vermelden immers slechts de identiteit van twee van de sociale inspecteurs die aan de actie deelnamen, de heer MW en mevrouw EP, terwijl de RSZ zelf bevestigt dat er in totaal zes RSZ-inspecteurs deelnamen aan de controle.

Uit het enige proces-verbaal van verhoor dat door de RSZ-inspectie werd afgenomen van de heer MA van 11.05 u tot 11.28 u, blijkt de identiteit van een derde inspecteur, de heer V. Terzijde wordt opgemerkt dat de RSZ de identiteit van de overige RSZ-inspecteurs in de loop van de debatten niet heeft onthuld.

Deze schriftelijke vaststellingen bevestigen dat niet door alle RSZ-inspecteurs die deelnamen aan de controleactie werd voldaan aan de legitimatieverplichting. De RSZ heeft dit niet tegengesproken, noch weerlegd.

Artikel 20 Soc.Sw. dat onder meer voorschrijft dat de sociaal inspecteurs hun opdracht uitoefenen voorzien van het legitimatiebewijs van hun ambt en dat ze hun legitimatiebewijs steeds moeten voorleggen, heeft als doel de gecontroleerde personen toe te laten de controleur te identificeren en misbruik uit te sluiten (zie J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, nr. 185, p. 90). De miskennis van deze verplichting sluit effectieve controle uit, zeker tijdens een grootschalige actie waarbij een overtal aan inspecteurs het aantal op de arbeidsplaats aanwezige personen sterk overstijgt en die door verschillende inspectiediensten met mogelijk onderscheiden zoekingsbevoegdheden wordt uitgevoerd. Door het gebrek aan voorafgaande legitimatie wordt bij gemengde controles het opvolgen onmogelijk gemaakt van welke handelingen door welke inspecteurs worden verricht. Elke inspectiedienst moet strikt de perken van de specifiek wettelijk verleende bevoegdheden respecteren, of de RSZ-inspectie de grenzen van de haar door de artikelen 28 §3 en 35 Soc.Sw. verleende bevoegdheden al dan niet overschreed bij de zoeking en inbeslagneming, valt binnen de toepassingsfeer van artikel 2 van de wet van 2 juni 2010. Dit is niet het geval voor de in de door de bv G in de replieknota op het advies van het openbaar ministerie terecht aangehaalde potentiële problematiek van de gegevensuitwisseling tussen de fiscale en sociale inspectiediensten na dergelijke gezamenlijke controles.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de vaststelling van de miskennis van de legitimatieplicht van artikel 20 Soc.Sw., dat niet figureert in artikel 2 van de wet van 10 juni 2010, waarin enkel het beroep tegen welbepaalde dwangmaatregelen wordt geviseerd, evenmin leidt tot de sanctie van nietigheid met toepassing van artikel 2 § 5 van deze wet.

Het Sociaal Strafwetboek bepaalt de gevolgen niet wanneer de legitimatieplicht niet wordt nagekomen. Verzet tegen het optreden van een niet gelegitimeerde sociale inspecteur kan geen belemmering van toezicht uitmaken (zie K. SALOMEZ, "Het toezicht en de opsporing door de sociale inspectiediensten" in F. DERUYCK, F. VAN VOLSEM, P. WAETERINCKX, *Strafrecht in de onderneming*, 3^{de} editie, Antwerpen, Intersentia, 2016, nr. 13, p. 130).

Ingevolge artikel 53 § 3 lid 1,4^o Soc.Sw. moeten de genomen maatregelen worden vermeld. De opsporingshandelingen naar informatiedragers, het onderzoek waartoe men

is overgegaan en de uitgevoerde inbeslagname moeten worden beschreven (zie J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 164).

Artikel 53 § 3 lid 2, 3° Soc.Sw. verplicht de lijst toe te voegen van de informatiedragers die werden opgespoord en eventueel ter plaatse onderzocht, wat betreft de maatregelen die in uitvoering van artikel 28 § 3 Soc.Sw. werden getroffen.

Bij beslag van informatiedragers met sociale gegevens verplicht de wetgever niet dat alle documenten stuk voor stuk worden vermeld, het volstaat dat er geen twijfel bestaat over de in beslag genomen documenten (cf. Arbh. Gent 4 december 2008, AE 08/088, *onuitg.*, aangehaald in J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 164, noot 1).

In de beide attesten van 10 februari 2022 worden weliswaar maatregelen vermeld, maar onvoldoende duidelijk en te summier om een volwaardige verificatie van de naleving van de wettelijke voorwaarden van deze dwangmaatregelen toe te laten.

Het attest zoeking is niet alleen deels onleesbaar, de opsporings- en onderzoekshandelingen en de lijst van de informatiedragers die werden opgespoord worden onvoldoende gedetailleerd beschreven.

Een vermelding als “geen in beslag name wel kopiname” en de verwijzing naar informatiedragers zoals “*documenten v. M Sarl (rode en blauwe kaft)*” verhindert na te welke handelingen werden uitgevoerd en op welke documenten wordt gealludeerd. Of het informatiedragers betreffen die worden beoogd in artikel 28 § 3 Soc. Sw. die het voorwerp kunnen uitmaken van opsporing en onderzoek, kan niet worden achterhaald bij gebrek aan inhoudelijke specificering.

Dit geldt ook voor de lijst van de inbeslaggenomen informatiedragers op het attest inbeslagneming, er worden zes mappen vermeld met een generieke omschrijving, die niet volstaat om met voldoende zekerheid te achterhalen welke documenten deze bevatten.

Typerend voor de onduidelijkheid van het attest zoeking wat betreft de opgave van de uitgevoerde handelingen en van de lijst van de informatiedragers die werden gekopieerd, zijn de onverenigbare interpretaties door de RSZ en de heer arbeidsauditeur.

De RSZ schijnt ervan uit te gaan dat er server- en pc bestanden door haar inspectiedienst werden gekopieerd, ze argumenteert immers: “(...) *Dat er bij de kopiname van de server of andere PC-bestanden, mogelijks private e-mails gelezen werden, kan concludante niet ten kwade worden geduid. Het is nu eenmaal een feitelijk gegeven dat veel werknemers hun professioneel e-mailaccount, en/of hun professionele PC, ook gebruiken om privé-informatie door te mailen, en/of op te slaan. Het is een onmogelijke taak voor de sociale inspectie om hierin te gaan ‘filteren’, en het wordt bovendien ook niet opgelegd door het Sociaal Strafwetboek. Alleszins zal de sociale inspectie mogelijks aangetroffen privé-informatie niet gebruiken /misbruiken in het kader van haar controle met zoeking, en inbeslagname.(...)*” (syntheseconclusie p 15).

In het advies van de arbeidsauditeur wordt dan weer gesteld dat “(...) *Een kopiename/inbeslagname van de volledige server en alle PC's blijkt door de RSZ-inspectie evenwel niet te zijn verricht.*(...)” en dat uit de processen-verbaal van de FOD Financiën blijkt dat door de fiscale inspecteurs kopies werden genomen van de gewenste software (advies p. 31 en 32).

Als uit het vertoog van de RSZ moet worden begrepen dat ook de RSZ-inspecteurs zich toegang verschafden tot informatiedragers die toegankelijk zijn via een informaticasysteem of een elektronisch apparaat en ze deze informatiedragers zouden hebben gekopieerd, ziet deze opsporingshandeling zich niet gereflecteerd in het attest zoeking en ontbreekt daarin eveneens de omschrijving van deze dragers en data. Het attest zoeking voldoet in dat geval flagrant niet aan de voorwaarden van artikel 53 Soc.Sw.

Ook de in de artikelen 53 §3 lid 2, 4° en 5° Soc.Sw. beoogde verplichte vermeldingen worden onvolledig en dermate beknopt omschreven, dat doelmatige controle wordt belemmerd.

Artikel 53 §3 lid 2, 4° Soc.Sw. verplicht de vermelding van de feiten waaruit blijkt dat de bedoelde opsporingsmaatregelen of onderzoeksmaatregelen zijn gebeurd in de gevallen en onder de voorwaarden bedoeld bij artikel 28 § 3 Soc. Sw. De sociale inspecteur moet dus rechtvaardigen dat werd gehandeld binnen de limitatieve voorwaarden van het opsporingsrecht, dat slechts kan worden aangewend wanneer de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber de informatiedragers niet vrijwillig voorlegt, zonder zich te verzetten of wanneer deze op het ogenblik van de controle niet bereikbaar is. Bovendien kan het opsporingsrecht slechts uitgeoefend worden wanneer een gevaar bestaat dat, naar aanleiding van de controle, deze informatiedragers of de gegevens die ze bevatten verdwijnen of worden gewijzigd of wanneer de gezondheid of de veiligheid van de werknemers het vereist (vgl. J. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 164, noot 2; T. DRIESSE, *Le contrôle social*, série Entreprise et droit social 2021/4, Luik, Wolters Kluwer, 2021, p. 59 met een voorbeeldomschrijving).

De vermelding dat de heer V aanwezig was bij de aanvang van de zoeking en de cryptische omschrijving “*zoeking naar bewijsstukken sociale fraude*” op beide attesten voldoet bezwaarlijk aan deze verplichting.

Artikel 53 §3 lid 2, 5° Soc.Sw., dat de vermelding betreft van de verantwoording van het feit dat het met de bedoelde opsporings- of onderzoeksmaatregelen beoogde resultaat niet kon worden bereikt met andere, minder ingrijpende maatregelen, wordt evenmin toereikend nagekomen.

Op de beide attesten wordt “*de verantwoording van de proportionaliteit van de gebruikte opsporings- en/of onderzoeksmaatregelen*” ingevuld als “*gericht onderzoek naar mogelijk opgezette constructie met een Luxemburgse firma om RSZ bijdragen te ontduiken*” en als

“gericht onderzoek naar mogelijk opgezette constructie met de Luxemburgse firme M SARL om Belgische RSZ bijdragen te ontduiken”.

Deze vermelding beantwoordt niet aan de gestelde verplichting aan te geven waarom andere actiemiddelen niet konden worden ingezet.

Besluitend wordt geoordeeld dat de schriftelijke vaststellingen van 7 februari 2022 niet in overeenstemming met de formele garanties van artikel 53 Soc.Sw. werden opgesteld.

4.4.1.2.2. Legaliteit - de zoeking en de inbeslagneming beantwoorden niet aan de voorwaarden van artikel 28 § 3 en 35 Soc.Sw.

Situering

Artikel 28 Soc.Sw. bepaalt onder meer: *“Informatiedragers met hetzij sociale gegevens, hetzij andere door de wet voorgeschreven gegevens.*

§ 1 De sociaal inspecteurs mogen zich alle informatiedragers doen overleggen die zich bevinden op de arbeidsplaatsen of op de andere plaatsen die aan hun toezicht zijn onderworpen, op voorwaarde dat deze informatiedragers:

1° hetzij sociale gegevens, bedoeld in artikel 16,5° bevatten;

2° hetzij gelijk welke andere gegevens bevatten die ingevolge de wetgeving dienen te worden opgemaakt, bijgehouden of bewaard, zelfs wanneer de sociaal inspecteurs niet zijn belast met het toezicht op deze wetgeving.

De sociaal inspecteurs mogen zich eveneens de toegang doen verschaffen tot de in het eerste lid bedoelde informatiedragers die vanuit deze plaatsen toegankelijk zijn via een informaticasysteem of via elk ander elektronisch apparaat.

§ 2 Wanneer de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber afwezig is op het ogenblik van de controle nemen de sociaal inspecteurs de nodige maatregelen om de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber te contacteren om voormelde informatiedragers te doen voorleggen of om zich toegang te doen verschaffen tot de in § 1, eerste lid, bedoelde informatiedragers die vanuit deze plaatsen toegankelijk zijn via een informaticasysteem of via elk ander elektronisch apparaat.

§ 3 De sociaal inspecteurs kunnen overgaan tot het opsporen en onderzoeken van de in § 1 bedoelde informatiedragers in de volgende gevallen:

1° wanneer de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber voormelde informatiedragers niet vrijwillig voorlegt, zonder zich evenwel te verzetten tegen deze opsporing of dit onderzoek;

2° wanneer de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber op het ogenblik van de controle niet bereikbaar is.

De sociaal inspecteurs kunnen slechts overgaan tot de opsporing of het onderzoek van deze informatiedragers op voorwaarde dat de aard van de opsporing of het onderzoek dit vereist wanneer het gevaar bestaat dat deze informatiedragers of de gegevens die zij bevatten naar aanleiding van de controle verdwijnen of worden gewijzigd of wanneer de gezondheid of de veiligheid van de werknemers dit vereist.

Wanneer de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber zich verzet tegen deze opsporing of dit onderzoek wordt een proces-verbaal opgesteld wegens belemmering van toezicht.

(...).”

In artikel 16, 11° Soc.Sw. worden “informatiedragers” gedefinieerd als “*gelijk welke informatiedragers onder welke vorm ook, zoals boeken, registers, documenten, numerieke of digitale informatiedragers, schijven, banden en met inbegrip van deze die toegankelijk zijn door een informaticasysteem of door elk ander elektronisch apparaat*”.

“*Sociale gegevens*” worden in artikel 16,5° Soc.Sw. omschreven als “*gegevens die nodig zijn voor de toepassing van de wetgeving betreffende het arbeidsrecht en de sociale zekerheid*”.

Artikel 29 Soc.Sw. luidt: “*Informatiedragers met andere gegevens*

De sociaal inspecteurs mogen zich eveneens, zonder verplaatsing, alle informatiedragers die gelijk welke andere gegevens bevatten ter inzage doen overleggen wanneer zij dit nodig achten voor het volbrengen van hun opdracht en overgaan tot het onderzoek ervan. Zij beschikken eveneens over deze bevoegdheid voor de gegevens die toegankelijk zijn via een informaticasysteem of via elk ander elektronisch apparaat.”

In artikel 28 Soc Sw. wordt duidelijk afgelijnd op welke plaatsen, in welke gevallen en onder welke voorwaarden de sociale inspecteurs welbepaalde informatiedragers mogen opsporen en onderzoeken.

Het opsporingsrecht kan uitsluitend worden uitgeoefend in de er omschreven beperkte omstandigheden, meer bepaald

- wanneer de werkgever, zijn aangestelde of zijn lasthebber voormelde informatiedragers niet vrijwillig voorlegt, zonder zich evenwel te verzetten tegen deze opsporing of dit onderzoek;
- wanneer de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber op het ogenblik van de controle niet bereikbaar is.

Sociale inspecteurs kunnen nog slechts uitzonderlijk overgaan tot de actieve opsporing van informatiedragers, in het Sociaal Strafwetboek werd het opsporingsrecht beperkt en de sociaal inspecteurs moeten zich in principe de informatiedragers doen voorleggen (zie J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER in C.-E. CLESSE, M. DEBAUCHE, M.FABROT, M.-A. FRANQUINET, M. GRATIA, J.-C. HEIRMAN, J.VAN DAMME, G. VAN DE MOSSELAER en H. VANDERLINDEN, *Duiding Sociaal Strafrecht*, Brussel, Larcier, 2017, p.26-27).

Het uitgangspunt van artikel 28 Soc.Sw. is duidelijk dat de sociale inspecteurs eerst moeten trachten de beoogde informatiedragers te verkrijgen met medewerking van de werkgever en dat ze zelf pas documenten mogen opsporen wanneer dit onmogelijk is. Dit

onderstelt dat de inspecteurs een duidelijk beeld hebben van de informatiedragers die ze wensen te verkrijgen, omdat het verzoek tot voorlegging betrekking moet hebben op voldoende concreet omschreven documenten (zie K. SALOMEZ, *l.c.*, nr. 24, p. 145).

Het opsporingsrecht verleent de sociale inspecteurs niet het recht om een *fishing expedition* uit te voeren, in strijd met het door artikel 6 EVRM beschermde recht op een eerlijk proces. De wetgever beoogde in navolging van de Europese rechtspraak (EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407 *Funke/Frankrijk* en EHRM 9 december 2004, nr. 41872/98 *Van Rossem/België*) *fishing expeditions* door de toezichthoudende ambtenaren te voorkomen, ook tijdens de opsporingsfase, omdat handelingen in deze fase een weerslag kunnen hebben tijdens een latere gerechtelijke fase. Om die reden werd het opsporingsrecht beperkt tot de informatiedragers die wettelijk moeten worden opgemaakt, bijgehouden of bewaard of die nodig zijn voor de toepassing van de wetgeving betreffende het arbeidsrecht en de sociale zekerheid (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 124-126).

De opsporingsbevoegdheid slaat dus enkel op informatiedragers die zeker bestaan en niet op documenten waarvan de sociale inspecteurs slechts vermoeden dat ze bestaan en waarnaar wordt "gevist" (zie S. VAN DE PERRE en B. ELIAS, *Sociale inspectie. Van eerste inlichting tot gerechtelijke vervolging*, Brussel, Intersentia, 2021, p. 86).

Artikel 28 Soc.Sw. onderscheidt twee categorieën van informatiedragers:

- de informatiedragers die sociale gegevens bevatten (zoals bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten, individuele rekeningen, prestatiestaten, prikklokgegevens die de werkgever gebruikt om de individuele rekeningen van de werknemers op te maken, vakantieattesten, ...) en
- de informatiedragers die gelijk welke andere gegevens bevatten die ingevolge de wetgeving dienen te worden opgemaakt, bijgehouden of bewaard, zelfs wanneer de sociaal inspecteurs niet belast zijn met het toezicht op deze wetgeving (zoals bijvoorbeeld facturen, boekhouding, vergunningen, het jaarverslag en het organigram die bijgehouden moeten worden, statuten en wijzigingen daarvan, fiscale documenten) (zie J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 27; T. DRIESSE, *o.c.*, p. 60).

Er is een ook een fundamenteel onderscheid met de andere dan de in artikel 28 Soc.Sw. vermelde gegevens (zoals bijvoorbeeld de professionele agenda van de werkgever), waarvoor de sociale inspecteurs geen opsporingsbevoegdheid hebben en waarvan de overlegging enkel kan worden gevraagd wanneer zij dit nodig achten voor het volbrengen van hun opdracht, ingevolge artikel 29 Soc.Sw. Het verzet van de werkgever tegen het verzoek tot voorleggen in toepassing van artikel 29 Soc.Sw. kan niet resulteren in een proces-verbaal voor belemmering van toezicht, omdat dit zou indruisen tegen de waarborgen van het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te beschuldigen (zie J-C HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 30).

Een visitatie en zoeking brengen een inmenging in het recht op eerbiediging van de woning (artikel 15 Gw.) en van het privéleven (artikel 8 EVRM, artikel 22 Gw.) met zich en mogen dan ook niet disproportioneel met een nagestreefd legitiem doel worden uitgeoefend.

De bedrijfsruimten waar een handelsactiviteit of beroep wordt uitgeoefend vallen in zekere mate onder artikel 8 EVRM (zie EHRM 24 februari 1993 *Funke t. Frankrijk*; EHRM 8 februari 1996, *Murray t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 16 april 2002, *Stes Colas Est t. Frankrijk*). Inmenging in de uitoefening van deze rechten is alleen toegestaan voor zover dit bij wet is voorzien (legaliteit) en in een democratische samenleving nodig is (proportionaliteit) in het belang van een van de in artikel 8.2 EVRM genoemde waarden (finaliteit). De wetgever vertaalde deze beginselen in het Sociaal Strafwetboek onder meer in de artikelen 18 en 19 waarin het finaliteits- proportionaliteitsbeginsel worden vooropgesteld (zie D. VAN DAELE en K. VAN HOOGENBEMT “De visitatiebevoegdheid van de sociaal inspecteurs na de invoering van het Sociaal Strafwetboek”, *TSR* 2011, p. 49).

In uitvoering van artikel 28 § 3 Soc.Sw. kan, tijdens een visitatie buiten bewoonde ruimten in toepassing van artikel 23 Soc.Sw., een werkelijke zoeking worden verricht met betrekking tot de er beoogde informatiedragers, deze bevoegdheid komt zeer dicht in de buurt van een huiszoekingsbevoegdheid, zonder de omringende garanties zoals de supervisie van een onderzoeksrechter. De sociale inspecteurs moeten dan ook voorzichtigheid betrachten bij het aanwenden van hun verstrekkende bijzondere onderzoeksbevoegdheden (cf. K. SALOMEZ, *l.c.*, p. 132 en 140).

Bij de uitoefening van hun bevoegdheden vastgelegd in het Sociaal Strafwetboek moeten de sociale inspecteurs de zorgvuldigheidsplicht in acht nemen, waardoor de overheid in haar optreden is gebonden (zie Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, *RW* 2021-2022, 1346).

De voorwaarden die in artikel 28 § 3 Soc.Sw. worden bepaald om tot een zoeking over te gaan, in de gegeven context dat er gevaar bestaat dat naar aanleiding van de controle de informatiedragers of de gegevens die ze bevatten verdwijnen of worden gewijzigd, vormen een concretisering van het proportionaliteitsbeginsel.

Tijdens de parlementaire voorbereiding beklemtoonde de wetgever ook wat betreft artikel 28 Soc.Sw.: “(...) Maar uiteraard dienen bij de uitoefening van deze bevoegdheid het finaliteits- en het proportionaliteitsbeginsel te worden gerespecteerd door de sociaal inspecteurs. Het onderzoek van voormelde informatiedragers kan enkel gebeuren met het oog op het toezicht op de naleving van de sociale wetgeving en de omvang van het uitgevoerd onderzoek moet in verhouding staan tot deze te bereiken doelstelling in het kader van de specifieke zaak. Tenslotte kan er nog worden op gewezen dat naast andere middelen om op te treden tegen een eventuele machtsafwending of machtsoverschrijding vanwege een sociaal inspecteur, artikel 62 eveneens een nieuwe bepaling inlast die er aan

herinnert dat de sociaal inspecteurs bij het uitvoeren van hun toezichtopdracht de voorschriften inzake de plichtenleer dienen te eerbiedigen.(...)” (zie Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 124-126).

Artikel 35 Soc.Sw. bepaalt: “De sociaal inspecteurs kunnen de informatiedragers bedoeld in artikel 28 in beslag nemen of verzegelen, ongeacht of de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers al dan niet eigenaar zijn van deze informatiedragers. Zij beschikken over deze bevoegdheden wanneer dit noodzakelijk is voor de opsporing, voor het onderzoek of voor het leveren van het bewijs van de inbreuken of wanneer het gevaar bestaat dat met deze informatiedragers de inbreuken worden voortgezet of nieuwe inbreuken zullen worden gepleegd.

Wanneer de inbeslagneming materieel onmogelijk is, worden deze gegevens, evenals de gegevens noodzakelijk om deze te kunnen verstaan, gekopieerd op dragers, die toebehoren aan de overheid. In geval van noodgeval of om technische redenen, kan gebruik gemaakt worden van dragers, die ter beschikking staan van personen die gerechtigd zijn om het informaticasysteem te gebruiken.”

De in het tweede lid van artikel 35 Soc.Sw. voorziene voorwaarde om rechtmatig tot inbeslagname te besluiten, concretiseren het proportionaliteitsprincipe

Toepassing

De RSZ-inspectie maakte gebruik van de haar door artikel 28 § 3 Soc.Sw. verleende opsporings- en onderzoeksbevoegdheid, maar ze miskende de basisvoorwaarden om tot een zoeking over te gaan, bovendien wordt niet aangetoond dat tijdens de uitvoering ervan de wettelijke contouren werden geëerbiedigd. Er is dus sprake van een onwettige zoeking en van machtsoverschrijding.

De inbeslagneming die werd uitgevoerd naar aanleiding van de onwettige zoeking is hetzelfde lot beschoren. Terzijde kan in dit verband verwezen worden naar artikel 53 §3 lid 2 Soc.Sw. waarin wat de supplementaire verplichte vermeldingen betreft *“de in artikel 28 § 3 bedoelde opsporingsmaatregelen en, in voorkomend geval, op de onderzoeksmaatregelen die eruit voortvloeien en welke op die plaats werden uitgevoerd”* worden gekoppeld.

Bovendien werden de voorwaarden van artikel 35 Soc.Sw. geschonden.

Om de hierna uiteengezette redenen miskende de RSZ-inspectie miskende bij de zoeking van 10 februari 2022 de grenzen van haar wettelijke bevoegdheid, meer bepaald bewijst de RSZ niet dat ze het getrapte systeem eerbiedigde waarbij pas tot opsporing en onderzoek kan worden overgegaan nadat om overlegging van concreet omschreven informatiedragers werd verzocht en al evenmin toont ze aan dat alleen informatiedragers werden opgespoord, gekopieerd en in beslag genomen die het voorwerp kunnen uitmaken van een zoeking. De zoeking kan onder meer om die redenen als een ongeoorloofde *fishing expedition* worden gekwalificeerd (*infra*). De RSZ maakt bovendien

niet aannemelijk dat er een gevaar bestond dat naar aanleiding van de controle, deze informatiedragers of de gegevens die ze bevatten verdwijnen of worden gewijzigd.

Voorrang overlegging

Vooreerst wordt vastgesteld dat het discours van de RSZ ambigu is en daardoor incoherent. De RSZ stelt dat ze de heer EV voor de zoeking verzocht om stukken voor te leggen, maar ze voert gelijktijdig aan:

“(...) Teneinde tegemoet te komen aan de wettelijke vereiste van artikel 28 §3 1° van het Sociaal Strafwetboek, diende onder andere de werkgever te worden gevraagd of hij de informatiedragers vrijwillig voorlegde, dan wel of hij zich verzette tegen de opsporing. Hij heeft zich niet verzet, zodat de sociaal inspecteurs konden overgaan tot zoeking.(...)” (pagina 9 syntheseconclusie).

De RSZ schijnt daarmee te kennen te geven dat het gebrek aan verzet volstaat om tot een rechtsgeldige zoeking over te gaan.

De RSZ blijft in haar syntheseconclusie eerder vaag over de formulering van het beweerde verzoek aan de heer V tot overlegging van informatiedragers. De RSZ stelt: *“(...) De inspecteurs lichtten hem in met betrekking tot het onderzoek naar mogelijke sociale fraude en vroegen hem daaromtrent de nodige stukken voor te leggen. Concreet werd de vraag gesteld naar de aanwezigheid van werknemers/documenten van de Luxemburgse firma M. De zaakvoerder ontkende dat er sociale fraude zou gepleegd worden, en zei dat hij geen stukken kon voorleggen. Vervolgens werd de vaste vertegenwoordiger van één van de 2 zaakvoerders (nl. EV) dan in kennis gesteld dat zou worden overgegaan tot een zoeking. De heer EV verzette zich niet tegen de controle, waarop de zoeking van start ging. (...)”* (syntheseconclusie p. 3).

Waarop de RSZ zich meent te kunnen steunen om deze allegatie over een expliciet betwist feit aan te tonen, wordt niet verhelderd. Zoals al werd uiteengezet berust de bewijslast en het bewijsrisico van dit feit op de RSZ en vormt het aan de hand van geen enkel stuk of ander bewijsmiddel verifieerbaar postuleren geen valabel bewijs.

Er werd al vastgesteld dat in de geschreven vaststelling de verplichte vermelding van artikel 53 §3 lid 2, 4° Soc.Sw. ontbreekt. Er wordt in het attest zoeking met geen woord gerept over de nochtans voor een geldige zoeking wezenlijk vereiste voorafgaande vraag om welbepaalde informatiedragers voor te leggen, gericht aan de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber.

De RSZ voert ook aan dat de zoeking pas is gestart nadat de heer EV arriveerde en weigerde om de gevraagde documenten te overleggen. De RSZ oppert dat het onwaarschijnlijk is dat de RSZ-inspecteurs geen 20 minuten zouden hebben kunnen wachten op diens aankomst.

Deze feiten wordt gecontesteerd en worden niet aangetoond door de RSZ. De RSZ brengt geen bewijsmateriaal voor, buiten de geschreven vaststellingen op basis van artikel 53 Soc.Sw.

Er moet worden herhaald dat de schriftelijke vaststellingen ex artikel 53 Soc.Sw. geen bijzondere bewijskracht hebben. Voor zover betwist, moeten de erin weergegeven materiële vaststellingen dan ook worden bewezen, in de context van deze civiele procedure.

Terzijde wordt opgemerkt dat de RSZ verkeerdelijk interpreteert dat de bv G aanvoert dat de zoeking en de inbeslagneming al werden uitgevoerd voor de aankomst van de heer EV. De bv G voert wel aan dat de zoeking werd gestart voor de aankomst van de heer EV en dat hem geen vraag tot overlegging van documenten werd gesteld.

In haar derdenverklaring verklaart mevrouw V onder meer “(...) *Na mijn telefoontje met E stond het platform op kantoor vol met inspecteurs. Ik telde er een 15tal. (...) Al snel verspreidden de inspecteurs zich over het hele kantoor. Ik zag dat mijn collega MA apart werd genomen, hoe ze zich rond mijn collega’s W en H omsingelden en dat ze alle kasten begonnen open te trekken. Ook werden de computers afgeschermd om te kopiëren. Het leek wel zoals in de film waar ze een inval doen bij criminelen. Ik heb zoiets nog nooit meegemaakt en was hierdoor helemaal van slag. Er kamen onmiddellijk 2 inspecteurs naar mijn kantoor, een man en een vrouw. Ze vroegen me of ze een aantal vragen mochten stellen, maar ik kreeg niet de indruk dat dit een vraag was. Deze man zette zich aan de bureau over mij met zijn laptop om mijn antwoorden te noteren en de vrouw stelde de vragen. (...)*” (p. 1).

De assumptie dat de RSZ-inspecteurs 20 minuten zouden hebben gewacht om de zoeking aan te vatten wordt niet hardgemaakt aan de hand van stukken of andere bewijsmiddelen.

Het betoog van de RSZ is niet alleen in strijd met de verklaring van mevrouw V, het is ook moeilijk te rijmen met het attest zoeking en met de onbetwiste feiten.

In het attest zoeking is over het tijdsverloop te lezen “*datum van de controle: 10/02/2022 om 9.55*”. De inspecteur de heer W vermeldt “(...) *om 10.15 uur te zijn overgegaan tot de opsporing en/of het onderzoeken van informatiedragers bij toepassing van artikel 53 van de wet van 6 juni 2010 van het Sociaal Strafwetboek, van de hieronder vermelde stukken, documenten en informatiedragers: geen inbeslagname wel kopienamen (...)*”. Het attest vermeldt dat de heer EV aanwezig was bij de aanvang van de zoeking.

Zoals al werd opgemerkt betwist de RSZ niet dat het attest zoeking ongeveer 30 minuten na diens aankomst aan de heer EV werd overhandigd. Welke handelingen de RSZ-inspecteurs zouden hebben verricht tussen de beweerde start van de zoeking om 10.15 u en 10.30 u werd niet gepreciseerd door de RSZ. Dat ze op amper een kwartier de in het

attest zoeking opgesomde informatiedragers zouden hebben opgespoord en gekopieerd lijkt weinig waarschijnlijk.

Een interpretatie waarin het deels onleesbare attest zoeking alleen de vraag tot overlegging voorafgaand aan de opsporing, het onderzoek en de kopienamen beoogde weer te geven, is niet te verzoenen met de vermelding van de specifieke documenten “rode en blauwe kافت M SARL”.

Het in het advies van het arbeidsauditoraat gemaakte onderscheid tussen de “actieve” opsporing en het onderzoek van informatiedragers en de daaraan voorafgaande uitoefening van andere bevoegdheden zoals het inwinnen van inlichtingen en identificeren van personen, ziet zich niet weerspiegeld in de attesten van vaststellingen, noch in de derdenverklaringen.

De onzorgvuldige en onduidelijke redactie van het attest zoeking en het uitblijven van verdere gespecificeerde opheldering door de RSZ in de loop van de debatten over hoe de zoeking volgens haar dan wel plaatsvond en de staving daarvan, laten geen verificatie van de beweringen van de RSZ toe.

Daarbij komt dat niet alleen onbewezen blijft dat voorrang werd gegeven aan een verzoek tot overlegging, maar dat de RSZ ook nalaat te specificeren welke concrete informatiedragers ze beweerdelijk opvroeg aan de heer EV.

De in de syntheseconclusie van de RSZ aangehaalde beschrijving van “*de nodige stukken*” en “*documenten van de Luxemburgse firma M*” betreft geen welbepaalde concreet en duidelijk omschreven stukken. De “*aanwezigheid van werknemers*” van M valt evident niet onder de definitie van informatiedragers van artikel 16,11° Soc.Sw.

Zelfs in de hypothese dat de RSZ zou aantonen dat een dergelijk verzoek tot voorlegging werd geformuleerd, blijkt daaruit dat er sprake was van een ongeoorloofde *fishing expedition (infra)*.

De vaststelling dat niet wordt aangetoond dat aan de zoeking een vraag tot overlegging van welbepaalde stukken voorafging en dat pas werd overgegaan tot de opsporing en het onderzoek van informatiedragers in aanwezigheid van de heer EV, na een weigering, leidt tot het besluit dat de RSZ niet aantoont dat de voorwaarden van de aan de inspectie verleende opsporings- en onderzoeksbevoegdheid van artikel 28 § 3 Soc.Sw. werden geëerbiedigd.

Uitvoeringswijze opsporen en onderzoeken

De bv G voert aan dat de inspecteurs bij aankomst in de burelen onmiddellijk alle kasten, burelen en schuiven zijn beginnen onderzoeken, naast het kopiëren van alle aanwezige pc's en de volledige server.

De bv G verwijst naar de verklaring van mevrouw V, die verklaart dat de inspecteurs zich bij aankomst verspreiden over het hele kantoor en dat ze zag dat ze alle kasten begonnen open te trekken (zie citaat *supra*). Mevrouw V geeft ook aan dat ze door de inspecteurs verplicht werd om kasten te openen: “(...) *Het gesprek werd even stopgezet omdat ze in de kasten wilden kijken. Toen ze me vroegen of ik een kast wou opendoen zei ik dat ze dat zelf konden doen, ze zei hierop dat ik dit moest doen.(...)*”.

De bv G refereert ook naar de volgende passage uit de verklaring van mevrouw S: “(...) *Ik zei haar dat ze gesloten kasten toch niet mochten opendoen, dit was reeds gebeurd zag ik bij de collega’s in het grote kantoor ernaast, waarop ze antwoordde dat ze ‘Alles’ mochten. Ze vroeg waarom ik dat dacht, ik zei van een recente cursus die ik had gevolgd, ze vroeg me om de documenten te zien en vroeg wie de docent was, ze noteerde z’n naam. (...)*”.

De RSZ claimt “formeel” dat de sociale inspectie geen kasten heeft geopend. Volgens de RSZ kan de inspectie kasten doorzoeken als ze geopend kunnen worden omdat er bijvoorbeeld een sleutel op zit.

Het Sociaal Strafwetboek verleent de sociale inspecteurs niet uitdrukkelijk de bevoegdheid om (slotvaste) kasten te openen, laat staan open te breken (zie S. VAN DE PERRE en B. ELIAS, *o.c.*, nr. 148, p. 86; J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 29).

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in een arrest van 27 juni 2019: “*In tegenstelling tot de officieren van gerechtelijke politie die een huiszoeking in het kader van een gerechtelijk onderzoek uitvoeren, worden de sociaal inspecteurs door het Sociaal Strafwetboek niet ertoe gemachtigd geweld of dwang te gebruiken om de plaatsen binnen te gaan die zij willen visiteren indien de eigenaar of de bewoner afwezig is of hun de toegang ertoe weigert. Zij mogen niet fouilleren of geen gesloten kasten openen*” (GwH 27 juni 2019, nr. 102/2017, B. 7.1.).

Dat artikel 28 § 3 Soc.Sw. werd geschonden, omdat de RSZ-inspecteurs de grenzen van hun bevoegdheid om “op te sporen en te onderzoeken” te buiten gingen, doordat de RSZ-inspecteurs eigenhandig al dan niet slotvaste kasten en kasten en schuiven openden, wordt op basis van de beschikbare elementen niet voldoende sluitend aangetoond. Geen van beide partijen levert toereikend bewijs van de ingeroepen feiten, zodat er geen rekening mee kan worden gehouden.

Uit de derdenverklaringen waarop de bv G zich steunt, kan alleen worden afgeleid dat er kasten en lades werden geopend en doorzocht, maar niet dat deze handelingen werden uitgevoerd door de RSZ-inspecteurs. Het is evenzeer mogelijk dat deze handelingen door de inspecteurs van Financiën werden gesteld.

Als kanttekening wordt opgemerkt dat de gevolgen van het schenden van de legitimatieplicht (*supra*) en de wijze waarop de visitatie gezamenlijk door meerdere

inspectiediensten werd uitgevoerd, wel een beoordelingselement zijn bij het afwegen van de proportionaliteit.

Opsporing en inbeslagneming informatiedragers

Bovendien wordt niet aangetoond en kan niet worden onderzocht of de zoeking en de inbeslagneming zich limiteerde tot de informatiedragers die het er het voorwerp van kunnen uitmaken, zoals opgesomd in artikel 28 § 1 Soc.Sw.

Of de RSZ het nochtans fundamentele onderscheid tussen de informatiedragers die mogen worden opgespoord in toepassing van artikel 28 Soc.Sw. en de “informatiedragers met andere gegevens” bedoeld in artikel 29 Soc.Sw. onderkent is niet duidelijk. De RSZ voert immers aan: “(...) *De sociaal inspecteurs hebben uitsluitend gehandeld vanuit hun bevoegdheid om informatiedragers voor te leggen (sic) en/of op te sporen. (artikel 28- 29 SSW) (...) (syntheseconclusie p. 8).*

Bij de controle van de naleving van artikel 53 Soc.Sw. werd al geoordeeld dat de schriftelijke vaststellingen onvoldoende gepreciseerd werden opgegeven. De handgeschreven toevoegingen op het attest zoeking zijn niet alleen deels onleesbaar, maar ook onbegrijpelijk. Dat attest vermeldt naast de deels onleesbare passages, onder andere “*documenten v. M SARL (rode en blauwe kaft)*” en het attest inbeslagneming somt zes mappen op met algemene omschrijvingen, zonder verdere duiding over de inhoud ervan.

Dergelijke beschrijvingen laten niet toe te onderzoeken of het informatiedragers betreffen die onder artikel 28 § 1 Soc.Sw. kunnen worden gecatalogeerd en dus of het sociale gegevens of wettelijk verplichte andere gegevens betreffen.

Dat mappen beschreven als betrekking hebbend op kantoor-, kwaliteits-, safety-management en maandelijkse meetings en “management of change” onder de noemer van “*gegevens die nodig zijn voor de toepassing van de wetgeving betreffende het arbeidsrecht en de sociale zekerheid*” in de zin van artikel 16,11° Soc.Sw. vallen, lijkt eerder twijfelachtig. Het tegendeel kan louter op basis van deze vermeldingen alleszins niet worden achterhaald.

Voor zover de RSZ-inspecteurs zich toegang verschaften tot digitale informatiedragers en ze deze kopieerden, wat kan worden afgeleid uit de syntheseconclusie van de RSZ, waarin wordt verwezen naar de “*kopijname van de server of andere PC-bestanden*” (*supra*), ontbreekt elke mogelijkheid om na te gaan of het informatiedragers betroffen bedoeld in artikel 28 § 1 Soc.Sw.

De RSZ voert aan: “(...) *Het is een onmogelijke taak voor de sociale inspectie om hierin te gaan ‘filteren’, en het wordt bovendien ook niet opgelegd door het Sociaal Strafwetboek. Alleszins zal de sociale inspectie mogelijks aangetroffen privé-informatie niet gebruiken*

/misbruiken in het kader van haar controle met zoeking, en inbeslagname.(...)'
(syntheseconclusie p. 15).

Deze stelling miskent apert de grenzen van de opsporings- en onderzoeksbevoegdheid van artikel 28 § 3 Soc.Sw., dat de toegang tot elektronische informatiedragers evenzeer beperkt tot de in artikel 28 § 1 eerste Soc.Sw. bedoelde informatiedragers, zoals in deze wettekst wordt geëxpliciteerd. De sociale inspecteurs hebben met betrekking tot andere dan de in artikel 28 § 1 Soc.Sw. omschreven informatiedragers geen onderzoeksbevoegdheid op basis van artikel 28 § 3 Soc.Sw. en kunnen op die basis met betrekking tot deze informatiedragers geen maatregelen treffen. Dergelijke opsporingsverrichtingen kunnen slechts worden uitgevoerd in het kader van een strafonderzoek, op basis een gerechtelijke huiszoeking, bevolen door de onderzoeksrechter.

Met toepassing van artikel 29 Soc.Sw. kunnen de sociale inspecteurs zich tevens de informatiedragers die gelijk welke andere gegevens bevatten ter inzage doen overleggen wanneer zij dit nodig achten voor het volbrengen van hun opdracht en overgaan tot het onderzoek ervan.

Het is frappant dat de RSZ zich ook in de loop van de debatten niet de moeite getrooste om inhoudelijk gepreciseerd te verduidelijken welke informatiedragers werden opgespoord, gekopieerd en in beslag genomen.

Ook deze vaststellingen zijn indicatief voor het kwalificeren van deze zoeking als een *fishing expedition (infra)*.

Een inbeslagneming kan overeenkomstig artikel 35 Soc.Sw. slechts betrekking hebben op de informatiedragers bedoeld in artikel 28 Soc.Sw. De inbeslagneming van informatiedragers met andere gegevens miskent artikel 8 EVRM (zie J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 34).

Het gebrek aan bewijs dat de inbeslagneming zich beperkt tot deze informatiedragers heeft dan ook als gevolg dat ook deze maatregel onwettig is.

Voorwaarden voor de opsporing- en onderzoeksmaatregelen en de inbeslagneming

Ten overvloede, omdat uit wat voorafgaat al volgt dat de zoeking en de daaruit voortvloeiende inbeslagneming onwettig zijn en derhalve nietig kunnen worden verklaard, wordt ook vastgesteld dat de RSZ evenmin aantoonde dat ze de voorwaarden om tot een zoeking en inbeslagneming over te gaan respecteerde.

Deze basisvoorwaarden vormen een explicitering van het finaliteits- en proportionaliteitsbeginsel specifiek voor deze maatregelen en de naleving van deze voorwaarden wordt dan ook gezamenlijk onderzocht.

4.4.1.2.2. De zoeking en de inbeslagneming beantwoorden niet aan de voorwaarden van artikel 19 Soc.Sw.

Artikel 18 Soc.Sw. luidt: *“Finaliteitsbeginsel. De sociaal inspecteurs oefenen de in dit hoofdstuk bedoelde bevoegdheden uit met het oog op het toezicht op de naleving van de bepalingen van dit Wetboek, van de wetten bedoeld in Boek 2 van dit Wetboek en van de andere wetten waarvoor zij belast zijn met het toezicht op de naleving ervan, alsmede met het oog op het toezicht op de naleving van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek en van voormelde wetten.”*

Artikel 19 Soc.Sw. bepaalt: *“Proportionaliteitsbeginsel. Bij de uitoefening van de in dit hoofdstuk bedoelde bevoegdheden dienen de sociaal inspecteurs er voor te zorgen dat de middelen die zij aanwenden passend en noodzakelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van dit Wetboek, van de wetten bedoeld in Boek 2 van dit Wetboek en van de andere wetten waarvoor zij belast zijn met het toezicht op de naleving ervan, alsmede voor het toezicht op de naleving van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek en van voormelde wetten.”*

Voor de omschrijving van het proportionaliteitsbeginsel baseerde de wetgever zich op de terminologie van onder meer richtlijnen van de Raad van de Europese Unie met betrekking tot gelijke behandeling, die geïnspireerd zijn op de rechtspraak van het Hof van Justitie. “Passend” verwijst naar “toereikend en terzake dienend” en “noodzakelijk” naar “niet overmatig” (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/01-1667/01, p. 108-109).

De sociaal inspecteurs dienen bij iedere controle strikt te waken over de naleving van deze beginselen van finaliteit en proportionaliteit. Ze moeten niet alleen rechtvaardigen dat hun optreden kadert in het toezicht, maar ook dat de middelen die zij gebruiken gepast en noodzakelijk zijn.

Doorgaans wordt aangenomen dat *“(…) de toepassing van de proportionaliteitsregel (...) een drievoudig onderzoek (impliceert) waarvan het voorwerp de beoordeling van de legitimiteit van een welbepaalde handeling bij de uitoefening van een bevoegdheid is.*

– Het eerste onderzoek betreft het nut van de handeling en van de ingezette middelen in functie van het nagestreefde doel.

– Het tweede onderzoek betreft het onontbeerlijk karakter van de genomen of beoogde maatregelen in die zin dat ze niet vervangen kunnen worden door andere maatregelen die toelaten hetzelfde doel te bereiken met een identieke doeltreffendheid die meer respectvol is voor de vrijheden, het belang of het aldus aangeraakte recht.

– Het derde onderzoek waarborgt dat de aantasting van de betrokken vrijheden bij de genomen maatregelen niet onevenredig was ten opzichte van het nagestreefde doel” (zie J.C. HEIRMAN en G. VAN DE MOSSELAER, o.c., nr. 189, p. 92, met verwijzing naar H. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Brussel, Die Keure, 2005, 58).

Deze uitgangspunten zien zich ook deels gereflecteerd in artikel 53 § 3 lid 2 Soc.Sw., dat deze insluit in de verplichte vermeldingen van de schriftelijke vaststelling bij de

uitoefening van de opsporings- en onderzoeksbevoegdheid van artikel 28 § 3 Soc.Sw. (*infra*).

In artikel 25 Soc.Sw. worden de bevoegdheden van de sociale inspecteurs zeer ruim omschreven: “ *Onverminderd de bepalingen van dit hoofdstuk mogen de sociaal inspecteurs overgaan tot elk onderzoek, elke controle en elk verhoor, alsook alle inlichtingen inwinnen die zij nodig achten om zich ervan te vergewissen dat de bepalingen van de wetgeving waarop zij toezicht uitoefenen, werkelijk worden nageleefd*”.

Het spreekt voor zich dat deze handelingen niet in strijd met de wet mogen worden uitgeoefend en dat alle onderzoeksverrichtingen onderworpen zijn aan de principes van finaliteit en proportionaliteit. De beslissingsvrijheid inherent aan die ruime discretionaire bevoegdheid is geen vrijbrief voor willekeur. Een sociale inspecteur moet steeds de beslissing om te opteren voor een bepaalde onderzoeksverrichting kunnen motiveren en moet kunnen verklaren waarom die keuze in de gegeven omstandigheden kan worden verantwoord (zie J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 13; T. DRIESSE, *o.c.*, p. 22).

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd met betrekking tot artikel 24 Soc.Sw. uitgebreid verwezen naar een arrest van het EHRM en een daarbij gepubliceerde noot (EHRM 16 april 2002, *Stes Colas Est t. Frankrijk*; D. TORFS, noot onder EHRM 16 april 2002, TSR 2003/3, p.454). In deze zaak werden meer dan 50 bedrijven gelijktijdig bezocht op basis van een lijst met onduidelijke origine, met inbeslagname van vele documenten. Deze maatregel, ingegeven door het motief dat bewijsmateriaal zou kunnen verdwijnen werd disproportioneel geacht en strijdig met artikel 8 EVRM onder meer door het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke toetsing. Er wordt onder meer aangehaald dat steeds moet worden nagegaan met welk doel de inspectiediensten gebruik maken van hun verregaande bevoegdheden en dat grote acties, louter op grond van vage vermoedens en enkel gemotiveerd door het mogelijk verdwijnen van bewijsmateriaal, het risico lopen als buitenproportioneel te worden aanzien. Bovendien moet steeds geverifieerd worden of het onaangekondigd binnenvallen in een bedrijf wel noodzakelijk was en of hetzelfde doel niet met andere middelen kon worden bereikt (zie Memorie van toelichting *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/001-1667/001, p. 114-115).

Er werd in verband met artikel 28 § 2 Soc.Sw. tevens op gewezen dat:“(…) *Wanneer men echter controles uitvoert waarbij men met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid weet dat er zware inbreuken worden gepleegd en dat het gevaar bestaat dat bewijsmateriaal kan worden gemanipuleerd op het ogenblik van de controle wanneer men eerst de afwezige werkgever contacteert, dienen andere maatregelen te worden genomen (onderzoeksrechter) (...)*” (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52-1666/001-1667/001, p. 129).

Op basis van het bewezen feitenverloop en de aangereikte elementen rechtvaardigt de RSZ niet overtuigend dat de actie van 10 februari 2022 beantwoordt aan de voorwaarden van de artikelen 28 § 3, 35 en aan artikel 19 Soc.Sw.

Het behoort niet tot de bevoegdheid van de voorzitter in het kader van de wet van 2 juni 2010 om te oordelen over de toepasselijke socialezekerheidsregeling ten aanzien van de personen werkzaam op de schepen van M. Deze beoordeling komt eventueel een burgerlijke of strafrechter toe, voor zover het RSZ-onderzoek zou resulteren in een geschil. De context dient evenwel beknopt te worden geschetst, om het door de RSZ ingeroepen drijfveer van het onderzoek van 10 februari 2022 te duiden.

De RSZ verwijst naar het Rijnvaartakkoord (Overeenkomst krachtens artikel 16, eerste lid, van Verordening (EG) 883/2004 betreffende de vaststelling van de op rijnvarenden toepasselijke wetgeving, BS 19 april 2012, vanaf 1 mei 2010 van kracht en waartoe België, Nederland, Luxemburg, Frankrijk en Duitsland en Zwitserland met ingang van 1 april 2012 toetraden). De rijnvarende is de werknemer, zelfstandige of gelijkgestelde, die behorend tot het varend personeel zijn beroepsarbeid verricht aan boord van een gecertificeerd schip dat met winstooiwerk in de Rijnvaart wordt gebruikt (artikel 1 a). Volgens artikel 4 van dit akkoord is de wetgeving van toepassing van de Staat op het grondgebied waarvan zich de zetel bevindt van de onderneming of vennootschap die het betrokken schip exploiteert, ongeacht of deze eigenaar van het schip is of niet, aan boord waarvan deze rijnvarende zijn beroepsarbeid verricht. Deze overeenkomst is niet van toepassing op personen die hun beroepsarbeid aan boord van een schip uitoefenen dat uitsluitend of hoofdzakelijk in een binnen- of zeehaven wordt gebruikt (artikel 2, 2 b).

De RSZ haalt aan dat in de bv G en M dezelfde personen bestuurder of aandeelhouder zijn. De bv G heeft als bestuurders de bv, sinds 13 september 2021 vertegenwoordigd door de heer TV en de nv V, sinds 23 december 2011 vertegenwoordigd door de heer EV. Voorheen omvatte de bedrijfsleiding van de bv G onder meer de heer EV (van 31 oktober 2005 tot 23 december 2011) De nv V met als vaste vertegenwoordiger de heer EV was sinds 23 november 2007 zaakvoerder van de bv B ("""). De bv B werd op een buitengewone algemene vergadering van 11 december 2009 ontbonden en de vereffening werd onmiddellijk gesloten.

De RSZ wijst erop dat in de periode maart en april 2017 een vijftigtal werknemers "wegvloeiden" uit de Belgische vennootschappen bv G en de bv B naar M. Omdat een groot aantal van de werknemers Belgische ingezetenen zijn en de bunkeringschepen waarop zij tewerkgesteld worden actief zijn in de havens van Amsterdam, Rotterdam en Antwerpen, stelt zich de vraag of het Luxemburgse of het Belgische socialezekerheidsstelsel van toepassing is en of de werkelijke bedrijfsvoering gebeurt vanuit Luxemburg. De RSZ geeft aan dat de controle het onderzoek betrof naar de verwevenheid tussen de Belgische firma's gevestigd op te en voornamelijk de bv G en M en dat het doel van de controle zich toespitste "(...) op het vinden van aanwijzingen dat de werkelijke bedrijfsvoering zich in België bevindt, op de zetel van G, het aantreffen van

Luxemburgse documenten en loonadministratie, personeelsleden, en dergelijke meer. Dit alles in het kader van mogelijke 'detacheringsfraude' (...)" (pagina 4 syntheseconclusie).

In de syntheseconclusie is als verantwoording van de RSZ voor het optreden van haar inspecteurs te lezen dat de inbeslagneming dienstig is voor de opsporing, het onderzoek en voor het leveren van bewijzen van sociale fraude in het algemeen en detacheringsfraude in het bijzonder. De RSZ haalt aan dat de inspectie vermoedens had dat ze op de zetel van de bv G werknemers van M zou aantreffen, mogelijk gewezen werknemers van bv G en wettelijk verplichte documenten van M, waaruit blijkt dat de personeelszaken en -administratie geleid worden vanuit België. Verder laat de RSZ gelden dat ze ernstige aanwijzingen heeft dat gewezen werknemers van de bv G uitsluitend of minstens hoofdzakelijk tewerkgesteld worden aan boord van een schip dat uitsluitend of hoofdzakelijk in een binnen-of zeehaven wordt gebruikt. De inbeslagname was noodzakelijk voor het leveren van bewijs van sociale fraude begaan door M. De RSZ voert tevens aan ze een verrassingseffect beoogde en dat het vooraf opvragen van informatie, de vondst onwaarschijnlijk had gemaakt (syntheseconclusie respectievelijk p. 9, 12, 15).

In het verhoor van de RSZ worden de vermoedens en al dan niet ernstige aanwijzingen gefundeerd op de overgang in 2017, vijf jaar voor de actie, van een vijftigtal werknemers van bv G en van de bv B, waarvan de heer EV zaakvoerder was, naar M en dat de heren Ek en TV, vaste vertegenwoordigers van de bestuurders-vennootschappen van de bv G, ook aandeelhouder zijn van M.

Eventuele bijkomende elementen werden door de RSZ niet prijsgegeven. Aldus doet de RSZ niet uit de doeken waarop ze de beweerd ernstige aanwijzingen baseert dat de schepen waarop de gewezen werknemers van de bv G hoofdzakelijk worden tewerkgesteld hoofdzakelijk of uitsluitend binnen havengebied actief zijn.

Er wordt herhaald dat er slechts rekening kan worden gehouden met de gegevens die de inspectiedienst bekend waren op het ogenblik van de controle.

Doorgaans zal het optreden van de sociale inspectie, dat erop gericht is de sociale wetgeving te doen naleven, een legitiem doel hebben. Artikel 18 Soc.Sw. expliciteert dat de sociaal inspecteurs hun bevoegdheden enkel uitoefenen in het raam hun toezichtopdracht (zie K. SALOMEZ, *l.c.*, nr 18, p.139).

Het uitvoeren van een onderzoek naar mogelijke detacheringsfraude strookt met het finaliteitsbeginsel.

Er moet evenwel ook voldaan zijn aan de specifiek aan de betrokken dwangmaatregelen gekoppelde finaliteit en proportionaliteit.

Een zoeking moet vereist zijn omwille van de aard van het onderzoek of omwille van het gevaar dat de informatiedragers zouden verdwijnen of worden gewijzigd. Een rechtmatige inbeslagneming onderstelt dat ze noodzakelijk is voor het onderzoek of het leveren van

bewijs of dat het gevaar bestaat dat de inbreuk wordt voortgezet of nieuwe inbreuken worden begaan.

De sociale inspecteurs moeten kunnen verantwoorden dat er voldoende gegronde vermoedens zijn van een sociaalrechtelijke inbreuk, om de ingezette dwangmaatregelen te benutten.

De RSZ argumenteert dat geen inbreuk moet voorliggen die ofwel onbetwist is, ofwel in rechte is vastgesteld vooraleer tot inbeslagneming kan worden gegaan en dat een dergelijke strikte interpretatie ingaat tegen de mogelijkheid om de door artikel 38 Soc.Sw. op te treden indien er gevaar bestaat voor de voortzetting van inbreuken, met verwijzing naar rechtspraak in een casus die op een verzegeling van een schip betrekking had en dus van “andere goederen” dan informatiedragers bedoeld in artikel 38 Soc.Sw. (Arbh. Antwerpen afdeling Antwerpen 3 juni 2020, RW 2021-2022, 1346).

Deze verwijzing naar een niet analoog toepassingsgeval gaat niet op, de RSZ verduidelijkt immers niet waarin het gevaar zou kunnen bestaan dat er met de bij de bv G in beslag genomen informatiedragers inbreuken zouden kunnen worden voortgezet of nieuwe inbreuken gepleegd, zoals artikel 35 Soc.Sw. bepaalt. Hoe de in beslag genomen mappen met onbekende inhoud dienstig zouden zijn om inbreuken te begaan of voort te zetten is allerminst duidelijk.

Er werd al uiteengezet, met verwijzing naar de parlementaire wetsvoorbereiding, dat de wetgever, gevolg gevend aan de rechtspraak van het EHRM *fishing expeditions* wou uitsluiten.

Deze term slaat op situaties waarin sociaal inspecteurs opsporingen verrichten om stukken te verkrijgen waarvan zij het bestaan vermoeden. Het betreft quasi blind uitgevoerde opsporingen die op een zoeking lijken (zie J.-C. HEIRMAN, M. GRATIA en G. VAN DE MOSSELAER, *o.c.*, p. 29).

Terecht voert de bv G aan dat de visitatie met zoeking die op 10 februari 2022 werd uitgevoerd, als een *fishing expedition* kan worden gekwalificeerd. Niet alleen werden de grenzen van de onderzoeks- en opsporingsbevoegdheid manifest overschreden, de door de RSZ ingeroepen rechtvaardiging voor het opteren voor deze onderzoeksverrichtingen wegen al te licht en de wijze waarop de visitatie met zoeking en inbeslagneming werd uitgevoerd is met een huiszoeking gelijk te stellen.

De RSZ betoogt dat ze op zoek was naar wettelijk verplichte documenten, zodat er geen sprake kan zijn van een *fishing expedition*. Dit verweer loopt mank, alleen al omdat de RSZ niet aantoonde dat ze de zoeking en inbeslagneming beperkte tot de in artikel 28 § 1 Soc.Sw. omschreven informatiedragers.

Er werd al op gewezen dat de RSZ niet hardmaakt dat de cascadereregeling van artikel 28 § 3 Soc.Sw. werd geëerbiedigd, de inspecteurs gingen over tot zoeking zonder voorafgaande vraag tot voorlegging. De RSZ slaagt er zelfs in de loop van de debatten niet in te specificeren van welke voldoende gedetailleerd beschreven informatiedragers ze de voorlegging zou hebben gevraagd, ook al hamert ze erop dat het “wettelijk verplichte” documenten van M betroffen.

De feitelijke elementen waarop de RSZ de vermoedens grondt die haar tot de actie bewogen, zijn niet van aard om een optreden van die omvang te verantwoorden. De aangereikte gegevens, namelijk de overgang vijf jaar eerder van werknemers naar M en de beweerde verwevenheid tussen de bv G en M, vormen op zich geen aanwijzingen van detacheringsfraude.

De RSZ heeft ook in de loop van de debatten geen justificatie gegeven voor de keuze voor een grootschalige visitatie met zoeking en inbeslagneming, en waarom andere minder ingrijpende maatregelen niet werden overwogen. De motivering ontbrak evenzeer in het attest zoeking (*supra*).

De RSZ maakt niet plausibel dat de zoeking vereist was omwille van de aard van het onderzoek, of omwille van het gevaar dat de informatiedragers zouden verdwijnen of worden gewijzigd.

Aldus gaat de RSZ niet in op het middel van de bv G waarom een voorafgaande schriftelijke vraag tot overlegging van stukken niet aan de orde was, de dooddoener dat er een verrassingseffect werd beoogd volstaat niet als verantwoording in de gegeven context.

De RSZ liet ook de vraag onbeantwoord waarom geen onderzoek naar de vaartijdenboeken werd verricht, dit betreffen de documenten die verplicht aanwezig moeten zijn aan boord van de schepen, en die wettelijk verplichte informatiedragers zijn in de zin van artikel 28 § 1,2° Soc.Sw., ingevolge artikel 15 van het KB van 9 maart 2007 houdende bemanningsvoorschriften op de scheepvaartwegen van het Koninkrijk. De RSZ maakt niet aannemelijk dat deze onderzoeksverrichtingen niet evenzeer doeltreffend hadden kunnen zijn, maar minder intrusief ten aanzien van de rechten en vrijheden van de betrokkenen.

Daarbij komt dat de visitatie met zoeking die activiteiten van M als voorwerp had, bij een -in de visie van de RSZ weliswaar gelieerde- derde werd uitgevoerd en daar nagenoeg een volledige werkdag in beslag nam. De RSZ spreekt verder niet tegen dat de actie en handelswijze door de aanwezige personen als intimiderend kon worden ervaren.

Bovendien betrof het een simultaan met de fiscale inspectiediensten uitgevoerd onderzoek en was het opvolgen van alle uitgevoerde onderzoeksdaden uitgesloten door het grote aantal inspecteurs, dat het aantal aanwezige personen ruimschoots

overschreed. Doordat niet alle RSZ-inspecteurs hun legitimatieplicht nakwamen werd het onmogelijk gemaakt na te gaan en op te volgen welke handelingen door welke inspectiedienst werden uitgevoerd.

Al deze omstandigheden leiden tot de slotsom dat het proportionaliteitsbeginsel werd miskend. Op basis van onvoldoende onderbouwde vermoedens werd beslist tot een daarmee in wanverhouding zijnde grootscheepse actie, die bovendien werd uitgevoerd met miskenning van de wettelijke krijtlijnen van de onderzoeksbevoegdheden en waarbij wel degelijk werd “gevist” naar bezwarende informatie.

Uit deze overwegingen vloeit evenzeer voort dat de RSZ-inspectie het zorgvuldigheidsbeginsel niet respecteerde, haar optreden beantwoordt niet aan de maatstaf van een normaal en zorgvuldige overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert.

Besluit

Op basis van de beschikbare gegevens wordt geoordeeld dat de RSZ niet aantoont dat de zoeking en inbeslagneming in overeenstemming met de voorschriften van de artikelen 28 § 3, 35 en 19 Soc.Sw. werd uitgevoerd en dat ze derhalve onwettig zijn.

Uit de vastgestelde onwettigheid volgt automatisch het daaraan door artikel 2 § 5 van de wet van 2 juni 2010 verbonden rechtsgevolg van de nietigheid van de opsporings- en onderzoeksmaatregel op grond van artikel 28 § 3 Soc.Sw. en van de inbeslagneming.

Op de overige middelen van de partijen, die geen afbreuk kunnen doen aan deze besluitvorming, wordt niet dieper ingegaan.

4.4.2. De teruggave van de in beslag genomen en gekopieerde documenten en data wordt bevolen

De bv G vordert dat de integrale teruggave wordt bevolen van alle in beslag genomen en gekopieerde documenten en data, met inbegrip van alle digitale en papieren kopieën, op straffe van een dwangsom.

Op de zitting antwoordde de raadsman van de RSZ op een vraag van de heer afdelingsarbeidsauditeur dat het behoud van de in beslag genomen documenten niet langer vereist is voor het onderzoek. De auditeur adviseert dat er geen betwisting meer bestaat over deze vordering en dat de teruggave kan worden bevolen.

In haar repliek op het advies merkt de bv G op dat de RSZ verklaart dat ze zich niet langer verzet tegen de teruggave, maar dat deze nog niet heeft plaatsgevonden.

Er blijkt geen wezenlijk dispuut over te bestaan dat de RSZ het aanhouden van het beslag niet langer noodzakelijk acht voor het onderzoek, voor het leveren van het bewijs of om inbreuken te vermijden.

De inbeslagneming is in beginsel tijdelijk en moet een einde nemen wanneer het doel is bereikt, onder meer omdat de bewijselementen werden vergaard (zie E. CLESSE, o.c., nr. 258, p. 210).

Het in beslag genomen goed moet worden teruggegeven zodra het niet meer nodig is voor de opsporing, het onderzoek of vaststelling van het bewijs van misdrijven of zodra geen gevaar meer bestaat dat de misdrijven voortduren of dat nieuwe misdrijven worden begaan. Het beslag mag niet worden gebruikt als een drukingsmiddel ten aanzien van de rechtsonderhorige (zie Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2008-2009, 52 1666/01-1667/01, p. 137).

Omdat nergens uit blijkt dat de RSZ tot dusver spontaan deze teruggaveverplichting nakwam, wordt ingegaan op de eis tot teruggave.

De RSZ liet geen geconcretiseerde verweermiddelen gelden over de formulering van deze eis.

De gevorderde teruggave wordt dan ook bevolen.

Er worden evenwel geen redenen aangevoerd die het aannemelijk maken at de RSZ deze hoofdveroordeling niet vrijwillig zal nakomen, zodat er geen dwangsom aan wordt gekoppeld.

4.4.3. Voorlopige tenuitvoerlegging

De bv G vordert dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard niettegenstaande enig rechtsmiddel en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement.

Artikel 2 § 4 van de wet van 2 juni 2010 bepaalt dat het vonnis uitgesproken door de voorzitter van de arbeidsrechtbank uitvoerbaar is bij voorraad, niettegenstaande elk rechtsmiddelen zonder borgstelling, indien de rechter deze niet heeft bevolen.

Over de uitvoerbaarheid bij voorraad van dit vonnis, die van rechtswege is voorzien, hoeft dan ook geen uitspraak te worden gedaan.

5. Beslissing

De voorzitter, zetelend zoals in kort geding oordeelt op tegenspraak, beslist als volgt.

De voorzitter:

- verklaart de vordering van bv G ontvankelijk en in de volgende mate gegrond;
- zegt voor recht dat de onderzoeksmaatregelen verricht door de RSZ-inspectie op 10 februari 2022 op het adres, inbegrepen de zoeking en de inbeslagname van informatiedragers, onwettig zijn en verklaart deze onderzoeksmaatregelen nietig;
- beveelt de integrale teruggave van alle in beslag genomen en gekopieerde documenten en data, met inbegrip van alle digitale en papieren kopieën, binnen een termijn van vijf dagen te rekenen vanaf de kalenderdag volgend op de betekening van het vonnis;
- stelt vast dat het vonnis uitvoerbaar is bij voorraad;
- legt de kosten van het geding ten laste van de RSZ;
- bepaalt de kosten tot op heden
 - aan de zijde van de bv G op € 136,22 dagvaardingskosten inbegrepen € 22 bijdrage Begrotingsfonds juridische tweedelijnsafstand en € 1 680 rechtsplegingsvergoeding
 - aan de zijde van de RSZ op € 1 680 rechtsplegingsvergoeding.

Dit vonnis werd gewezen door:

P. Marcelis, dienstdoende afdelingsvoorzitter van de arbeidsrechtbank Antwerpen, met bijstand van CK, griffier.

C. K

P. Marcelis

en uitgesproken op **dertien september tweeduizend tweeëntwintig** in de openbare terechtzitting zoals in kort geding door P. Marcelis, dienstdoende afdelingsvoorzitter, met bijstand van CK, griffier.

C. K

P. Marcelis