



Repertoriumnummer 2015 /
Datum van uitspraak 9 september 2015
Rolnummer 2014/AH/97

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof Antwerpen

Afdeling Hasselt

Kamer 9

Arrest

DE RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, Openbare instelling, met maatschappelijke zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein 11, ingeschreven met KBO-nummer 0206731645,

met als raadsman mr. DERVEAUX Pieter, advocaat te 1930 ZAVENTEM,
voor wie pleit mr. DE KERPEL Sven, advocaat te 1930 ZAVENTEM,

tegen:

S.K., wonende te *,

met als raadsman *,
die zelf pleit.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 11 februari 2014 van de arbeidsrechtbank Hasselt, thans de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt.

K.S. stelt incidenteel beroep in.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

Substituut-generaal F.S. gaf namens het openbaar ministerie mondeling advies op 10 juni 2015.

ONTVANKELIJKHEID

Het hoger beroep en het incidenteel beroep zijn naar termijn en vorm regelmatig ingesteld. De ontvankelijkheid ervan wordt niet betwist.

Beide beroepen zijn dan ook ontvankelijk.

FEITEN EN WAT VOORAFGAAT

K.S. heeft steeds prestaties voor de nv S. geleverd.

Op 30 januari 2013 schreef de RSZ aangetekend aan haar:

Op basis van de elementen uit het dossier waarover wij beschikken is de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van oordeel dat u voor uw tewerkstelling bij Nv S. ten onrechte onderworpen wordt aan het stelsel der sociale zekerheid voor werknemers in toepassing van artikel 1 §1 van de Wet van 27 juni 1969 tot herziening van de Besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders. Eén van de constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst, m.n. gezag, ontbreekt immers.

Derhalve zal de rijksdienst overgaan tot ambtshalve schrapping van de voor u door Nv S. aangegeven prestaties voor de periode vanaf 01/10/2009. Conform de verjaringstermijn voor invorderingen wordt de schrapping beperkt tot 3 jaar vanaf heden, d.i. voor de periode vanaf het 4^{de} kwartaal 2009.

De destijds ten onrechte ingehouden werknemersbijdragen dient u van Nv S. terug te vorderen.

De door de RSZ getroffen beslissing werd heden eveneens aan het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen, Jan Jacobsplein 6, 1000 Brussel, meegedeeld, dit om genoemde instelling toe te laten te kunnen nagaan of u in bovenvermelde periode al dan niet als zelfstandige diende beschouwd te worden.

De inspectiediensten bij de RSZ hadden de feitelijke elementen die tot deze beslissing hebben geleid, als volgt samengevat:

Vanaf datum huwelijk - 05/09/1986 - met D.S. is S.K. onrechtstreeks betrokken bij de dagelijkse werking-dagelijks bestuur van de NV S..

Zij treedt op 01/05/1988 in dienst als bediende bij de NV en wordt aangeworven door de stichter van de bouwmaterialenhandel E.S..

Tijdens 1994 wordt zij benoemd als bestuurder bij de Nv S. samen met haar echtgenoot D. en schoonbroer I..

Vervolgens wordt zij aangesteld vanaf 11/09/2001 als afgevaardigd bestuurder, dit mandaat voert zij tot op heden toe nog uit.

Door haar scheiding op datum van 28/10/2003 komt zij in het bezit van 25% aandelen van de Nv S.. Zij heeft zodoende volmacht op de rekeningen van de NV, beheert de boekhouding en administratie en beslist mee in de dagelijkse werking van de NV.

I. S. bevestigt dit door het feit dat hij niet deelneemt en of heeft deelgenomen aan het bestuur van de NV. Zijn vrouw D. is aangesteld als bestuurder in zijn plaats om zijn 50% aandelen te vertegenwoordigen – en dit zonder beleidsdaden te stellen.

Gezien er geen bestuursvergaderingen meer gebeuren is de feitelijke werking en dagelijks bestuur van de NV in handen van S.K. en D.S., zodoende kan er geen sprake zijn van de factor gezag ten opzichte van S.K..

Op 25 april 2013 dagvaardde K.S. de RSZ voor de arbeidsrechtbank om aldus zijn beslissing van 30 januari 2013 te horen vernietigen.

DE BESTREDEN BESLISSING

De eerste rechters, in een vonnis van 11 februari 2014, verklaarden de vordering van K.S. gegrond en ze vernietigden de beslissing van schrapping door de RSZ van 30 januari 2013.

EISEN IN HOGER BEROEP

De RSZ tekende op 21 maart 2014 hoger beroep aan tegen het vonnis.

Hij vraagt om het vonnis te hervormen en om zijn beslissing van 30 januari 2013 te bevestigen.

K.S. stelt incidenteel beroep in en vraagt 1 euro provisioneel schadevergoeding.

Wat het hoofdberoep betreft vraag zij om dit als ongegrond af te wijzen.

De RSZ vraagt om het incidenteel beroep ongegrond te verklaren.

VOLGENS HET RECHT

HET HOOFDBEROEP

K.S. houdt vol én (afgevaardigde) bestuurder én bediende te zijn bij de nv S..

De elementen van het dossier ondersteunen deze dualiteit.

Aan de sociaal controleur verklaarde zij dat zij in de hoedanigheid van bediende is belast met de verkoop van tegels, de administratie en de boekhouding.

De RSZ spreekt deze realiteit niet tegen. Hij doet ook geen poging om een andere werkelijkheid te bewijzen.

Anderzijds volgt uit de elementen van het dossier dat de KMO S. is ontstaan uit een eenmanszaak op naam van E.S.. Bij zoverre er personeel in dienst van deze eenmanszaak was, oefende E.S. de functie van werkgever uit. Hij oefende ook het werkgeversgezag uit.

Nadien is de eenmanszaak uitgegroeid tot een vennootschap, eerst een bvba, later een nv.

Toen traden ook de beide zonen van E.S. op het voorplan: D. en I..

D. was de gedoodverfde opvolger van E.S., terwijl I. eerder als werknemer aan de slag ging in het familiebedrijf en zich niet met het bestuur van de firma inliet.

K.S. werd nog aangeworven door vader, E.S., en zij is later met de zoon, D.S. getrouwd. Om te voldoen aan de vennootschapswetgeving is zij deel gaan uitmaken van de algemene vergadering en van de raad van bestuur. Op een bepaald moment kreeg ze de titel van afgevaardigde bestuurder.

Nadat vader E.S. zich uit het bedrijf had teruggetrokken, werden de aandelen tussen zijn zonen D. en I. verdeeld, ieder voor de helft.

Toen nog later K.S. scheidde van D.S. kwam zij in de vereffening en verdeling 25% van de aandelen.

Ten gevolge enerzijds van deze echtscheiding en anderzijds ten gevolge van een desinteresse van I. S. in het beleid van de zaak, werd het bestuur van de firma eerder een theoretisch gegeven. Dit werd het des te meer toen I. S. ernstig ziek werd en op het bedrijfsterrein verdween. In de boeken werd hij vervangen door zijn echtgenote: N.R..

De realiteit die overbleef, was dat het bedrijf draait op automatische piloot, op een dagelijkse routine, waarbij D.S. de rol van bedrijfsleider, in de voetsporen van zijn vader, op zich neemt en K.S. de bediende op “den bureau” is, die “de papieren” voor haar rekening neemt. Zij krijgt daarbij assistentie van een andere bediende.

Dergelijk (klein) familiebedrijf kan op een zo’n dagelijkse routine (waarbij iedereen zijn taken kent) draaien, zonder dat er veel bestuurlijk werk/instructie aan te pas komt. De boekhouder van het bedrijf zorgt dat (op papier) alles in orde is conform de wet en de statuten.

De conclusie uit deze feitelijke gegevens is dat, wat K.S. betreft, er sprake is van een dualiteit in haar relatie tot de nv S.. Zij is enerzijds daadwerkelijk full-time bediende en ze is anderzijds op papier afgevaardigde bestuurder van de vennootschap.

Als het op beslissingen aankomt, die in de dagelijkse werking van het bedrijf nodig zijn, dan geeft K.S. in haar verklaring aan dat deze collegiaal vooral met D.S. worden getroffen. Wat personeelszaken betreft, heeft zij, naar eigen zeggen, geen zeggenschap. Om praktische redenen heeft zij ook een volmacht op de rekeningen van het bedrijf.

D.S. verklaarde ter zake: *“Sedert aanvang ziekteperiode van I.* heb ik geen overleg meer gehad met I.. Vanaf dat ogenblik neem ik eigenlijk zelf de belangrijke beslissingen. Ik neem dus de technische kant waar in de nv S. en andere administratieve taken behalve de boekhouding en bestellen tegels – kleine hoeveelheden – dit gebeurt door mijn ex-echtgenote Kathleen.”*

*I. S. is in 2010 ziek geworden.

De RSZ deed geen onderzoek op het terrein, onderzoek dat een andere realiteit aan het licht heeft gebracht.

Zodoende gaat het hof voort op de realiteit, zoals deze blijkt uit de verklaringen van K.S., D. en I. S..

Wat het dagelijks beslissingsrecht betreft, ligt het zwaartepunt volgens deze verklaringen bij D.S., die zich ook als een echte bedrijfsleider gedraagt. Hij heeft het statuut van zelfstandige en hij werkt van 6h in de vroege ochtend tot 20h ’s avonds.

K.S. kan zelfstandig beslissen over kleinere aankopen en participeren in beslissingen van grotere bestellingen. Op personeelsvlak is zij onmondig en zij werkt in een typisch werknemer schema van 9h tot 17h.

Conclusie

Er is in deze zaak duidelijk sprake van de uitvoering door K.S. van typische werknemerstaken, los van enige bestuursfunctie.

Toch aanvaardt de RSZ het bestaan van een ondergeschikt verband tussen K.S. en de nv S. niet om reden dat er geen werkgeversgezag over K.S. zou worden uitgeoefend.

Omdat de betwiste tewerkstelling betrekking heeft op een periode na 1 januari 2007, wordt een probleem van schijnwerknemerschap, zoals het zich in deze zaak stelt, het best benaderd vanuit de principes en voorschriften, die zijn terug te vinden in titel XIII van de programmawet van 27 december 2006, genaamd: aard van de arbeidsrelaties, in voege dus vanaf 1 januari 2007. We spreken over de ArbeidsRelatieWet of ARW.

Allereerst bepaalt artikel 331 ARW dat de partijen vrij de (rechts)aard van hun arbeidsrelatie kiezen, zonder daarbij de openbare orde, de goede zeden en de dwingende wetten te kunnen overtreden.

Sinds haar aanwerving in 1983 of 1984 door de vader E.S., heeft men binnen het bedrijf er nooit moeite mee gehad dat K.S. er onder een bediendenstatuut in ondergeschikt verband werkte. Aldus hebben de uitvoering van de samenwerking en de praktijk duidelijk gemaakt dat deze partijen deze samenwerking als een samenwerking in ondergeschikt verband hebben gekwalificeerd.

In deze zaak kan er, enkel bij het kwalificeren van de samenwerking in die zin, ook geen overtreding van de openbare orde, de goede zeden of van dwingende wetten worden vastgesteld.

Artikel 331 ARW schrijft voor dat de effectieve uitvoering van de overeenkomst met de rechtsaard van de gekozen arbeidsrelatie moet overeenkomen.

Artikel 332 ARW legt de verplichting op om tot herkwalificatie van de aard van de arbeidsrelatie over te gaan, indien de uitoefening van deze arbeidsrelatie voldoende elementen oplevert, die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die de betrokken partijen aan die arbeidsrelatie gaven. Aan de hand van dit artikel kan de RSZ ook het bestaan zelf van enige arbeidsrelatie verwerpen.

De overeenstemming tussen de voorgehouden keuze van de betrokken partijen en de effectieve uitvoering van deze keuze moet worden onderzocht aan de hand van elementen, die in uitoefening van de relatie tussen deze partijen zijn terug te vinden.

Deze elementen moeten worden aangereikt door diegene die twijfels heeft bij het bestaan van de arbeidsovereenkomst of bij de overeenstemming tussen de keuze voor en de uitvoering van de arbeidsrelatie in het geding. In deze zaak is deze twijfelende partij de RSZ.

Het hof is van oordeel dat de bewijslast bij de RSZ berust. Hij is diegene die, ondanks de aangiften die bij hem zijn gedaan, het bestaan van de arbeidsrelatie in twijfel trekt. Hij moet zijn gelijk bewijzen.

De RSZ vindt deze elementen vooral terug in het onderzoek dat hij ter zake doorvoerde en waarvan de weerslag grotendeels in zijn stukken 2-7 is terug te vinden.

Volgens de RSZ illustreren en ondersteunen deze elementen geen samenwerking in ondergeschikt verband.

Bij de beoordeling of de RSZ hierin gelijk heeft, mag niet uit het oog worden verloren dat er sprake is van een ondergeschikt verband wanneer de opdrachtgever en de medewerker door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden.

Voor de definitie van het begrip 'arbeidsovereenkomst', dient er te worden verwezen naar de artikelen 2 en 3 van de wet van 3 juli 1978 (wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, afgekort WAO), waar dit begrip omschreven wordt als *'de overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt tegen loon, onder het gezag van een werkgever handarbeid of hoofdarbeid te verrichten.'*

De constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst zijn inderdaad de arbeid, het loon en het gezag of het ondergeschikt verband.

Het zijn deze drie constitutieve elementen die noodzakelijk samen aanwezig moeten zijn in de relatie tussen de vermoedelijke werkgever en de werknemer.

Ter zake betwist de RSZ dat er werkgeversgezag over K.S. werd uitgeoefend. Zodoende ontbreekt volgens hem één van de drie constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst.

Wat juridisch werkgeversgezag is, kan worden afgeleid uit de volgende, ietwat moeilijke maar correcte definitie van een arbeidsovereenkomst:

"Het geviseerde maatschappelijk fenomeen dat door artikel 2 en 3 arbeidsovereenkomstenwet geregeld wordt, betreft deze economische relaties waarbij een 'werknemer' in de 'onderneming van zijn werkgever' een taak op zich neemt en met daadwerkelijke arbeidskracht invult die vanuit organisatorisch standpunt intern georganiseerd wordt en een onmisbare schakel is binnen de aaneensluitende productieprocessen om samen het maatschappelijk doel van de onderneming te

verwezenlijken en over welke taak de werkgever, vanuit zijn eigendomsrecht, beleidsrecht en binnen de grenzen van de contractueel verworven aanvaarding door de werknemer het recht heeft deze taakomschrijving concreet en normerend voor de werknemer in te vullen.”

Het juridisch gezag is dan precies deze mogelijkheid voor de werkgever om te bepalen welke taken de werknemer moet uitvoeren en hoe, waar en wanneer hij die moet uitvoeren. De band van ondergeschiktheid laat daardoor aan de werkgever toe de werknemer om het even welke arbeid te doen uitvoeren, in de sfeer van zijn beroepsbekwaamheid, op de door hem bepaalde wijze en tijd (C. Engels, De managementvennootschap en het sociaal recht, Oriëntatie 1995, 202-203).

De nadruk bij de huidige beoordeling ligt op de mogelijkheid om dit juridisch werkgeversgezag over K.S. uit te oefenen, niet op de effectieve uitvoering ervan (er werd op automatische piloot gewerkt).

Hogerop in dit arrest kwam het hof reeds tot de conclusie dat D.S., in de voetsporen van zijn vader, als bedrijfsleider fungeert.

Het hof is overtuigd dat D.S. in de mogelijkheid is om het werkgeversgezag over K.S. uit te oefenen. Hij zit aan het roer van het bedrijf en hij heeft de mogelijkheid om de prioriteiten van het bedrijf te laten doorwegen op de taken die K.S. voor het bedrijf uitvoert. In die zin kan hij bepalen welke taken zij moet uitvoeren, hoe ze die moet uitvoeren, waar en wanneer zij die moet uitvoeren.

Hij kan dit doen omdat hij de “S.” van het bedrijf is en de opvolger van zijn vader, van wie niemand betwist dat deze, zeker toen het bedrijf nog een eenmanszaak was, de baas was, de man van wie het werkgeversgezag uitging.

K.S. is door die vader in het bedrijf aangenomen en zij heeft de dominantie van de S. familie sindsdien altijd ervaren. Zij aanvaardt en respecteert deze dominantie ook. Zij aanvaardt dat er over haar werkgeversgezag kan worden uitgeoefend.

Anderzijds heeft ook de echtscheiding van D.S. haar allicht weer in een ondergeschikte positie geplaatst. Waar ze zich voorheen nog min of meer als behorende tot de S. familie kon rekenen, is dat na de echtscheiding niet meer het geval. Ze is meer een derde geworden. Uitoefening van werkgeversgezag over haar ligt dan meer voor de hand.

K.S. heeft in haar verklaring bovendien benadrukt dat ze in personeelszaken geen inbreng had, wat opnieuw een aanwijzing is dat D.S. deze personeelszaken benaastigt en het werkgeversgezag bij hem berust.

Het hof is ook overtuigd dat D.S. dit werkgeversgezag via de raad van bestuur kan doordrukken, moest hij op dat vlak weerstand ondervinden. Hij kan namelijk, gesteund door

zijn schoonzuster, N.R., een beslissing doordrukken. Het is onwaarschijnlijk dat deze laatste, die eerder pro forma I. S. in de raad van bestuur vervangt, het voor K.S. zal opnemen.

Het hele betoog van K.S. zelf in haar conclusies ondersteunt deze realiteit.
De RSZ brengt geen tegenstrijdige elementen uit de dagelijkse praktijk aan.

Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het gegeven dat noch de algemene vergadering noch de raad van bestuur van de nv actief schijnen te functioneren.
Ook het feit dat de nv S. als rechtspersoon geen rol speelt in de huidige procedure bewijst het gelijk van de RSZ niet.

Als deze passiviteit of slaperigheid van deze vennootschapsorganen dan al een probleem bij de bedrijfsactiviteit van de nv S. vormt, dan is dat geen probleem van het sociaal recht maar van het vennootschapsrecht en ontstijgt dit het kader van de huidige beoordeling.

Het hof besluit dan ook dat de eerste rechters terecht oordeelden dat de vordering van K.S. gegrond is. Zodoende is het hoofdberoep ongegrond.

De RSZ had geen afdoende reden om een realiteit die al tientallen jaren bestond, die hij in het verleden niet bekritiseerde en die voldoende gegrond was, plots op de helling te zetten omwille van een mogelijk vennootschapsrechtelijk probleem.

HET INCIDENTEEL BEROEP

K.S. tekent incidenteel beroep aan tegen de beslissing van de eerste rechters, waarbij zij van haar vordering in betaling van een schadevergoeding werd afgewezen.

Zij is van mening dat de RSZ in de fout gaat wanneer hij beslist om haar het statuut van werknemer te ontzeggen maar aan de andere kant geen initiatief neemt om de bijdragen die dan ten onrechte bij hem werden betaald, spontaan terug te betalen.

Als gevolg van de beslissing van de RSZ wordt K.S. immers geconfronteerd met terugvorderingen van sociale zekerheidsinstellingen (zie bijvoorbeeld haar stukken 6 en 8) en met vorderingen van een sociale verzekeringskas voor zelfstandigen (zie haar stuk 7).
Gewis brengt dit haar in een lastig parket.

Nu het hof de beslissing tot vernietiging door de eerste rechters van de kwestieuze beslissing van de RSZ bekrachtigt, mist de vordering in schadevergoeding van K.S. haar doel.

Immers de facto bestaat de beslissing van de RSZ van 30 januari 2013 niet langer en is de RSZ ertoe gehouden de gevolgen die zijn beslissing heeft teweeggebracht, ongedaan te maken.

Zo is er voor de sociale zekerheidsinstellingen geen grond meer om terugvorderingen te doen. Bij zoverre K.S. in het kader van het sociaal verzekeringsstelsel voor zelfstandigen bijdragen heeft betaald, zijn deze betalingen onverschuldigd en moeten deze haar deze worden terugbetaald. Volgens de regels die op deze terugbetaling betrekking hebben, heeft zij recht op intrest.

In principe moeten alle redelijke negatieve financiële gevolgen, die de beslissing van de RSZ voor K.S. heeft meegebracht, door toedoen van de RSZ worden recht gezet.

Het hof leest de vordering van K.S. niet als een vordering in schadevergoeding in oorzakelijk verband met de beslissing zelf van de RSZ om haar van het werknemersstatuut uit te sluiten. In die zin is deze vordering trouwens ongegrond want de RSZ heeft, in het licht van de gegevens die hij had verzameld, zich niet als een kennelijk onredelijke overheidsinstelling opgesteld, die daardoor in de fout ging.

Het hof bevestigt het oordeel van de eerste rechters en wijst het incidenteel beroep als ongegrond af.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond.

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk maar eveneens ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 11 februari 2014 van de arbeidsrechtbank Hasselt, thans de arbeidsrechtbank Antwerpen , afdeling Hasselt.

Voegt er aan toe dat de RSZ ertoe gehouden is alle gevolgen van zijn beslissing van 30 januari 2013, bij welke instantie ook, ongedaan te maken en K.S. in haar rechtspositie van vóór deze beslissing te herstellen.

Veroordeelt in toepassing van artikel 1017, lid twee van het Gerechtelijk Wetboek de RSZ tot de gerechtskosten in hoger beroep.

Vereffent deze kosten aan de zijde van de RSZ op 160,36 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Vereffent deze kosten aan de zijde van K.S. op 160,36 EUR rechtsplegingsvergoeding hoger beroep.

Aldus gewezen door:

J.V., raadsheer,

C.B., raadsheer in sociale zaken, werkgever,

G.C., raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

en uitgesproken door de voorzitter van de negende kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, zitting houdend te Hasselt in openbare terechtzitting van 9 september 2015 met bijstand van griffier-hoofd van dienst S.W.