

rep.nr.

2011/435

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 10 FEBRUARI 2011

7e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk
gedeeltelijk definitief en heropening van de debatten

in de zaak:

D **NV**, met maatschappelijke zetel te
ingeschreven in de K.B.O. onder het nummer
appellante, vertegenwoordigd door mr. DEMEESTER
Hubert, advocaat te 9000 GENT, Kortrijksesteenweg 535

tegen:

1. **RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID**, openbare instelling, met
zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein, 11, eerste geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. SMET W. loco mr. DE GEEST Bart, advocaat
te 1700 DILBEEK, Broekstraat 37 b

2. **D** **M**
tweede geïntimeerde,

3. **D** **BVBA**, met maatschappelijke zetel te
derde geïntimeerde,

beiden vertegenwoordigd door mr. LATEUR S. loco mr. VANDEN
ABEELE Antoine, advocaat te 1170 BRUSSEL, Terhulpesteenweg 166

*

Na beraad, spreekt het Arbeidshof te Brussel het hiernavolgend arrest uit:

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken op tegenspraak op 23-10-2009 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 27e kamer (A.R. 5497/99).

- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 6 januari 2010;
- de conclusies die voor de partijen ter griffie werden neergelegd;
- de voorgelegde stukken.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 18 november 2010, waarna de debatten werden gesloten. Het openbaar ministerie heeft op 30 november 2010 zijn schriftelijk advies ter griffie van dit arbeidshof neergelegd. De termijn om een repliekconclusie op dat schriftelijk advies ter griffie neer te leggen verstreek op 16 december 2010, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld 13 januari 2011. Wegens niet beëindiging van het beraad, werd de uitspraak in deze zaak verdaagd op heden.

*

I. FEITEN

De BVBA P - C werd opgericht op 30 september 1985 door mevrouw E en haar echtgenoot, de heer P, die beiden zaakvoerder waren, en door de heer Marc C die 75 van de 750 aandelen bezat.

De heer C is tevens gedelegeerd bestuurder van de NV D

Het maatschappelijk doel van de BVBA D was enerzijds de uitbating van een apotheek, gelegen aan de te Dworp (activiteit van mevrouw D) en anderzijds een loodgieterbedrijf (activiteit van de heer P).

In 1991 werd de apotheek te Dworp verkocht aan de NV D, waarna de BVBA D de apotheek verder uitbaatte voor rekening van NV D, met mevrouw D als apothekeres. De BVBA D schreef maandelijks facturen uit aan de NV D voor de uitbating van de apotheek te Dworp.

Op 27 november 1991 werd de naam van vennootschap gewijzigd in BVBA D en werd ontslag verleend aan de heer P als statutair zaakvoerder, en bleef mevrouw D statutair zaakvoerder.

Op 1 juli 1991 zouden de NV D en de BVBA D een handelshuurovereenkomst voor de handelshuis gelegen aan de Alsebergsesteenweg 595 gesloten hebben. Merkwaardig is dat de handelshuurovereenkomsten in de dossiers van partijen wel ondertekend zijn, doch dat de handtekeningen op beide exemplaren niet dezelfde zijn. Overigens ontkent mevrouw D dat in 1991 een handelshuurovereenkomst gesloten zou zijn en dat zij huur betaald zou hebben.

Vanaf medio oktober 1997 voerde de sociale inspectie van het ministerie van sociale zaken, volksgezondheid en leefmilieu een onderzoek uit bij de apotheek.

Tijdens dit onderzoek stelden de BVBA Dewaet en de NV D op 24 november 1997 een exploitatieovereenkomst op 'om de jarenlange samenwerking te officialiseren en ze schriftelijk vast te leggen voor de toekomst'.

Met aangetekende brief van 21 december 1998 aan de NV D en gewone brief van dezelfde datum aan mevrouw C, meldde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (hierna genoemd de RSZ) dat op basis van de gegevens in het verslag SI/09/746796 van 17 juni 1998, de RSZ van oordeel was dat mevrouw C onderworpen diende te worden aan het stelsel voor sociale zekerheid voor werknemers.

De dienst baseerde zich hiervoor op het vermoeden van artikel 3bis van de Arbeidsovereenkomstenwet en op het feit dat in de exploitatieovereenkomst een aantal bepalingen werden opgenomen die erop wezen dat er een gezagsverhouding bestond tussen de NV D en mevrouw D.

Op 18 december 1998, 31 december 1998 en 10 februari 1999 werden berichten van wijziging van bijdragen aan de NV D overgemaakt, waarbij de regularisaties gebeurden over de periode van vierde kwartaal 1993 tot en met het vierde kwartaal 1997, en op basis van de facturen van de BVBA D.

Met brief van 4 januari 1999 verklaarde de NV D zich bereid om mevrouw D als bediende te beschouwen, doch vroeg zij om de socialezekerheidsbijdragen niet te bepalen op basis van de facturen van de BVBA D doch wel op basis van de reële lonen van mevrouw D.

Tevens meldde de NV D dat mevrouw D ingeschreven was als bediende vanaf 1 januari 1998, en vroeg zij om de boetes en intrest te laten vallen.

Met brief van 8 januari 1999 antwoordde de RSZ dat de NV D mocht aantonen dat de bedragen slechts gedeeltelijk als loon beschouwd konden worden.

Met telefax gedateerd op 7 januari 1998 doch verzonden op 8 januari 1999 bezorgde de NV D aan de RSZ de winst- en verliesrekeningen van de BVBA D voor de jaren 1993 tot en met 1997, en de lijst van de aftrekbare kosten voor 1997.

Met brief van 2 februari 1999 antwoordde de RSZ van mening te zijn dat een gedeelte van de bedragen die door de sociale inspectie als loon werden beschouwd, in werkelijkheid kosten eigen de werkgever zijn, doch werd gevraagd een onderscheid te maken tussen de kosten die mevrouw D had gedragen als apotheker en haar privé-kosten.

Tevens werd medegedeeld dat niet kon worden ingegaan op de vraag om de bijdrageopslagen en de intrest te laten vallen, met dien verstande dat de bijdragen proportioneel zouden verminderd worden wanneer zou overgegaan worden tot een gedeeltelijke annulering van de eerdere regularisatie.

Ook na uitvoerige verdere briefwisseling werd geen volledige regeling gevonden. Wel betaalde NV D een bedrag van 2.500.000 BEF.

II. RECHTSPLEGING

a.-

Met inleidende dagvaarding van 20 juli 1999 vorderde de RSZ voor de Arbeidsrechtbank te Brussel betaling door de NV D van 1.696.092 BEF (42.045,02 EUR) te vermeerderen met de wettelijke intrest op 742.532 BEF

(18.406,89 EUR) vanaf 4 juni 1999 tot de dag der laatste betaling, onder aftrek van een bedrag van 520 BEF (12,89 EUR) betaald op 22 juni 1999.

Hij vorderde tevens de verwijzing van de NV D tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding en de voorlopige uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

b.-

Met conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 31 juli 2003 stelde de NV D een tegeneis en vorderde zij terugstorting (door de RSZ) van de reeds betaalde bedragen, te vermeerderen met de vergoedende intrest.

In haar conclusie, neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank op 19 september 2008, bepaalde de NV D het teruggevorderde bedrag op 2.500.000 BEF (61.973,38 EUR).

c.-

Met dagvaarding in tussenkomst en vrijwaring van 1 september 2003 vorderde de NV D dat mevrouw D en de BVBA D solidair of elk voor het geheel gehouden zouden zijn de NV D te vrijwaren voor elke veroordeling en kosten die ten haren laste zouden worden uitgesproken in de zaak tussen de RSZ en de NV D en tot betaling van de reeds aan de RSZ overgemaakte bedragen in hoofdsom, intrest en bijdrageopslagen, kosten als naar recht, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

De NV vorderde tevens de uitvoerbaarheid van het vonnis zonder enige reserve.

d.-

Met vonnis van 23 oktober 2009 verklaarde de arbeidsrechtbank de hoofdvordering van de RSZ ontvankelijk en gegrond, en veroordeelde zij de NV D tot betaling aan de RSZ van 42.045,02 EUR, te vermeerderen met de wettelijke intrest op 18.406,89 EUR vanaf 5 juni 1999 tot de dag der laatste betaling, onder aftrek van de betalingen van tweemaal 12,89 EUR op 22 juni 1999, 2.547,11 EUR op 12 juli 1999 en 176,51 EUR op 31 januari 2001, en onder voorbehoud van de gedane betalingen voor de berekening van de intrest.

De NV D werd tevens veroordeeld tot de kosten van het geding, waarbij de begroting van de rechtsplegingsvergoeding werd aangehouden.

De tegenvordering van de NV D werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

De vordering in tussenkomst en vrijwaring van de NV D werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard.

De NV D werd tevens veroordeeld tot de kosten van het geding, waarbij de begroting van de rechtsplegingsvergoeding werd aangehouden.

d.-

Er wordt geen melding gemaakt van een betekening van dit vonnis.

e.-

Met verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Arbeidshof te Brussel op 6 januari 2010 tekende de NV D hoger beroep aan tegen dit vonnis.

Zij vorderde de oorspronkelijke vordering van de RSZ in hoofdorde af te wijzen en deze te veroordelen tot terugbetaling van de te veel betaalde sommen; in ondergeschikte orde een herberekening van de socialezekerheidsbijdragen te bevelen.

Tevens vorderde zij de oorspronkelijke vordering in vrijwaring gegrond te verklaren ten belope van de reeds betaalde en eventueel nog te betalen bedragen.

III. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

IV. BEOORDELING

A. De oorspronkelijke vordering van de RSZ ten opzichte van de NV D

1. Bestond tussen de NV D en mevrouw D vóór 1 januari 1998 een arbeidsovereenkomst?

a.-

In de juridische verhouding tussen partijen werd vanaf 1991 de uitbating van de apotheek die door de BVBA D werd verkocht aan de NV D, door de NV D toevertrouwd aan de BVBA D, waarvan mevrouw D zaakvoerder was.

Aan de orde is dan de vraag of aangetoond kan worden dat in werkelijkheid een overeenkomst bestond tussen mevrouw D en de NV D als exploitatievennootschap, waarbij de NV D de uitbating van de apotheek toevertrouwde aan mevrouw D zelf.

Inderdaad is het de werkelijkheid en niet de door partijen geschapen schijntoestand die bepalend is voor het al dan niet verschuldigd zijn van de socialezekerheidsbijdragen.

(vgl. Arbh. Gent 24 december 2001, onuitg., AR 213/01; Arbh. Antwerpen, afdeling Hasselt, 22 maart 2006, onuitg., AR 2050076)

In voorliggende betwisting moet worden vastgesteld dat de exploitatieovereenkomst die werd gesloten tussen de NV D en de BVBA D in werkelijkheid werd gesloten met mevrouw D zelf. Dit blijkt uit inhoud van de overeenkomst en uit de wijze waarop de samenwerking verliep, zoals deze naar voor komt uit de verklaringen die zowel door de heer C als door mevrouw D werden afgelegd in het kader van het onderzoek door de sociale inspectie.

De termen van de exploitatieovereenkomst die tussen de NV D en de BVBA D werd gesloten na meer dan zes jaar samenwerking en tijdens het onderzoek van de sociale inspectie, dienen inderdaad zo te worden gelezen dat de verplichtingen die de BVBA op zich neemt, in werkelijkheid verplichtingen zijn die werden opgenomen door mevrouw D zelf.

Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat binnen de BVBA D mevrouw D de enige statutaire zaakvoerder was van de BVBA na 27 november 1991, en

overigens ook de enige apotheker, zodat zij als enige de verbintenissen die aan de BVBA werden opgelegd kon uitvoeren.

Bijgevolg moet geen rekening worden gehouden met de vennootschapsrechtelijke constructie die door partijen in het leven werd geroepen.

b.-

Nu de BVBA D als exploitatievennootschap opzij geschoven dient te worden, staat vast dat dat mevrouw D zelf door de NV D belast werd met de uitbating van de apotheek.

Artikel 3quater van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat iedere apotheker die beroepsarbeid verricht in een voor het publiek opengestelde apotheek, geacht wordt verbonden te zijn door een arbeidsovereenkomst voor bedienden ten aanzien van de natuurlijke of rechtspersoon die eigenaar of huurder is van de apotheek, tenzij het tegendeel wordt bewezen.

Ook de RSZ kan zich op dit wettelijk vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst beroepen.

(vgl. inzake het vermoeden van artikel 4 van de Arbeidsovereenkomstenwet: Cass. 27 januari 1992, R.W. 1992-93, 91; Cass. 23 november 1992, J.T.T. 1993, 64; Cass. 17 november 1997, J.T.T. 1998, 234 en 396)

Vermits het vermoeden van artikel 3quater van de Arbeidsovereenkomstenwet een weerlegbaar vermoeden is, kan de NV het tegenbewijs leveren.

Het vermoeden wordt omgekeerd door het bestaan van gegevens die niet verenigbaar zijn met een gezagsverhouding.

(vgl. Cass. 9 juni 2008, S.07.0022.F)

In dit verband sluit het arbeidshof zich aan bij de bevinding in het advies van het auditoraat-generaal, dat niet enkel de NV E het wettelijk vermoeden niet weerlegt, doch dat een groot aantal elementen het dienstverband bevestigen, elementen die overigens ook terecht worden aangehaald in het bestreden vonnis, en die hier als herhaald worden beschouwd.

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank oordeelde dat mevrouw D in de periode waarover socialezekerheidsbijdragen als werknemer worden gevorderd (van het eerste kwartaal 1994 tot en met het tweede kwartaal 1998) met de NV E verbonden was door een arbeidsovereenkomst.

2. De verschuldigde bedragen

Met toepassing van artikel 14 § 1 van de RSZ-Wet worden de bijdragen voor sociale zekerheid berekend op grond van het loon van de werknemer.

Artikel 14 § 2 van de RSZ-wet voegt hieraan dat het begrip loon wordt bepaald bij artikel 2 van de Loonbeschermingswet, doch dat de Koning het aldus bepaalde begrip bij in ministerraad overlegd besluit kan verruimen of beperken.

Dit betekent dat ook na herkwalificatie op grond van schijnzelfstandigheid de tussen partijen oorspronkelijk bepaalde vergoeding, niet zomaar als loon beschouwd mag worden.

De RSZ zal enkel bijdragen kunnen heffen op het loon van de werknemer, dit is in de zin van artikel 2 van de Loonbeschermingswet, het loon in geld of de in geld waardeerbare voordelen waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

De bedongen vergoeding voor de zelfstandige arbeid zal enkel als basis kunnen dienen voor de berekening van de socialezekerheidsbijdragen in de mate dat de vergoeding aangezien kan worden als een loon in geld of een in geld waardeerbaar voordeel waarop de werknemer ingevolge zijn dienstbetrekking recht heeft ten laste van de werkgever.

(vgl. Cass. 10 maart 2005, S.03.0039.N)

In dit verband wijst het auditoraat-generaal er in zijn advies, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 30 november 2010, terecht op dat het voor weinig betwisting vatbaar is dat wanneer een bedrag wordt overeengekomen ter compensatie van (geleverde) prestaties in het kader van een zelfstandige activiteit, de kosten verbonden aan de uitoefening van de zelfstandige activiteit grotendeels zullen ingecalculeerd worden in de prijs die de zelfstandige bekomt voor zijn werk.

Het auditoraat-generaal wijst hierbij terecht op volgende elementen:

- de huurprijs die mevrouw D diende te betalen voor de apotheek
- de kosten van verwarming, water, telefoon, onderhoud van de apotheek die door mevrouw D gedragen moesten worden

Even terecht maakt het auditoraat-generaal de bemerking dat bij het beoordelen van deze kosten een onderscheid gemaakt moet worden tussen de kosten die geen verband houden met de uitbating van de apotheek, en de kosten die wel verband houden met de uitbating van de apotheek.

Het was dan ook ten onrechte dat de arbeidsrechtbank de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen berekende op de volledige vergoeding die aan mevrouw D werd betaald; het hoger beroep is in deze zin gedeeltelijk gegrond.

Het past de debatten te heropenen teneinde partijen toe te laten omtrent de samenstelling van het loon waarop socialezekerheidsbijdragen betaald moeten worden, standpunt in te nemen.

B. De oorspronkelijke tegenvordering

Vermits de tegenvordering tot terugbetaling van te veel betaalde socialezekerheidsbijdragen, bijdrageopslagen en intrest verband houdt met het bedrag van de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen, bijdrageopslagen en intrest, kan de tegenvordering pas behandeld worden wanneer over de hoofdvordering definitief uitspraak wordt gedaan.

C. De vordering in tussenkomst en vrijwaring

a.-

Uit de bewoordingen van de op 1 september 2003 betekende dagvaarding in tussenkomst van vrijwaring blijkt dat de NV D aan de BVBA D en haar statutair zaakvoerder mevrouw D verwijt niet het nodige te hebben gedaan om

mevrouw D als bediende in te schrijven, hoewel dit uitdrukkelijk was voorzien in de statuten van de BVBA D (voorheen BVBA D -P).

b.-

Op de eerste plaats moet worden vastgesteld dat uit de bewoordingen van de statuten van de BVBA D helemaal niet kan worden afgeleid dat deze de verplichting op zich heeft genomen om mevrouw D als bediende in te schrijven.

In artikel 3 van de op 30 september 1985 opgestelde statuten wordt het maatschappelijk doel van de BVBA omschreven als 'het voeren van activiteiten die normaal behoren tot deze van plaatsvervangings-apotheker, assistentie, provisoraat en beheer van officina apotheken toegankelijk voor het publiek en dit in dienstverband'.

Van enige verplichting die op de BVBA D zou rusten om mevrouw D als bediende in de BVBA in te schrijven is geen sprake.

c.-

De zaakvoerder van de BVBA kan met de BVBA door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn, indien hij een activiteit uitoefent met een voor de arbeidsovereenkomst kenmerkende ondergeschiktheid.
(vgl. Cass. 24 december 1979, R.W. 1980-81, 872)

Opdat een zaakvoerder van een BVBA als bediende werkzaam zou kunnen zijn onder het gezag van de vennootschap, is vereist dat hij slechts beperkte bevoegdheden heeft, wat uitgesloten is wanneer de betrokkene – zoals mevrouw D vanaf 27 november 1991 – de enige zaakvoerder van de BVBA is die over alle bevoegdheden beschikt.

(vgl. Arbrb. Brussel 16 november 1987, J.T.T. 1988, 103)

Mevrouw D zou dan ook geen bediende kunnen zijn in de BVBA D.

d.-

Het was dan ook terecht dat de arbeidsrechtbank de vordering in tussenkomst en vrijwaring als ongegrond heeft afgewezen.

OM DEZE REDENEN

HET ARBEIDSHOF

Gelet op de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, zoals tot op heden gewijzigd, inzonderheid op artikel 24;

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben:

Gelet op het schriftelijk advies van advocaat-generaal J.-J. André, neergelegd ter griffie van dit Arbeidshof op 30 november 2010;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis in de mate dat het de hoofd- en tegenvordering ontvankelijk verklaarde en oordeelde dat mevrouw D in de periode waarover

socializekerheidsbijdragen als werknemer worden gevorderd (van het eerste kwartaal 1994 tot en met het tweede kwartaal 1998) met de NV D verbonden was door een arbeidsovereenkomst;

Heropent de debatten teneinde partijen toe te laten omtrent de samenstelling van het loon waarop socializekerheidsbijdragen betaald moeten worden, standpunt in te nemen;

Zegt dat partijen hieromtrent zullen worden gehoord op de zitting van **22 september 2011** om **14u** voor een gezamenlijke pleitduur van **20 minuten**;

Bevestigt het bestreden vonnis eveneens voor zover het de vordering in tussenkomst en vrijwaring ontvankelijk doch ongegrond verklaarde;

Houdt de beslissing met betrekking tot de kosten aan.

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

Daniel RYCKX,
Ivo VAN DAMME,
Karel GACOMS,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN,

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

griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Karel GACOMS



Ivo VAN DAMME



Daniel RYCKX

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 10 februari 2011 door:

Daniel RYCKX, raadsheer,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Daniel RYCKX