

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 3 SEPTEMBER 2012

9e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT ZELFSTANDIGEN - bijdragen zelfstandigen
tegensprekelijk
heropening van de debatten

in de zaak:

M C

appellant, vertegenwoordigd door mr. VAN DER MAELEN W. loco mr.
VAN LANDUYT Rurik, advocaat te 9500 GERAARDSBERGEN, Astridlaan
83

tegen:

RIJKSINSTITUUT VOOR DE SOCIALE VERZEKERINGEN DER
ZELFSTANDIGEN, openbare instelling, met zetel te 3000 LEUVEN,
Vaartstraat, 54, geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. SOBRIE Anne-
Marie, advocaat te 3012 WILSELE, Albert Woutersstraat 126

*

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 28-06-2011 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 29e kamer (A.R. 07/15148),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 14 september 2011,
- de neergelegde conclusies,

- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 11 mei 2012 door advocaat-generaal ANDRE,
- de repliek op dit advies, neergelegd ter griffie op 4 juni 2012 door het RIJKSINSTITUUT VOOR DE SOCIALE VERZEKERINGEN DER ZELFSTANDIGEN,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 7 mei 2012, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen van Zelfstandigen (hierna aangeduid als RSVZ) ontving op 28 februari 2007 een aanvraag van de heer C M voor een gelijkstelling van een periode van ziekte met een periode van beroepsbezigheid als zelfstandige vanaf 1 oktober 2006.

2. De heer M werkte en was (afgevaardigd) bestuurder van de NV Le Gourmet, maar hij werd het slachtoffer van een hartfalen, waarvoor hij op 24 september 2006 een harttransplantatie onderging. Hij werd door het RIZIV voor meer dan 66% invalide erkend.

Hij houdt voor dat hij na 12 september 2006 in zijn handelszaak niet meer heeft kunnen werken. De vennootschap zou in een eerste periode voortgezet zijn door zijn toenmalige echtgenote en door 2 bedienden. Wegens onmogelijkheid om het handelsfonds te verkopen, is de zaak uiteindelijk failliet gegaan op 19 januari 2010.

3. Bij beslissing van het RSVZ van 24 juli 2007 werd de aanvraag tot gelijkstelling afgewezen omdat hij als bestuurder en afgevaardigd bestuurder van de NV Le Gourmet mandataris bleef van een actieve onderneming onderworpen aan de vennootschapsbelasting.

4. Bij een op 24 oktober 2007 aangetekend verzonden verzoekschrift, toegekomen ter griffie van de arbeidsrechtbank te Brussel op 25 oktober 2007, tekende de heer M beroep aan tegen deze beslissing en hij vroeg de vernietiging ervan.

5. Bij vonnis van 28 juni 2011 van de arbeidsrechtbank te Brussel werd dit beroep afgewezen en werd de beslissing bevestigd.

6. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 14 september 2011, heeft de heer M hoger beroep aangetekend en hij handhaafde zijn oorspronkelijk verzoek tot vernietiging van de beslissing van het RSVZ, waarbij hem de gelijkstelling werd geweigerd.

II. BEOORDELING.

1. Nu geen betekeningakte van het bestreden vonnis wordt voorgelegd, kan worden aangenomen dat het hoger beroep tijdig werd ingesteld. Het is regelmatig naar vorm

en ook aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan. Het is daardoor ontvankelijk.

De gelijkstelling en de wettelijke vermoedens van art. 3 §1 van het KB nr. 38 en van art. 2 van het KB van 19 december 1967

2. Krachtens artikel 28 § 3 van het K.B. van 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, kan geen enkele periode worden gelijkgesteld indien de belanghebbende in de loop hiervan een beroepsbezigheid heeft uitgeoefend.

Het RSVZ stelt terecht dat de vermoedens, ingesteld door of krachtens het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen eveneens gelden voor de gelijkstellingregeling.

Het Openbaar Ministerie verwijst met reden naar het lezenswaardig arrest van de 10^{de} kamer van het arbeidshof Brussel van 9 september 2011 (JTT, 2012, 86)

3. Art. 2 van het KB van 19 december 1967 houdende het algemeen reglement luidt in zijn huidige versie:

Voor de toepassing van art. 3 van het koninklijk besluit nr. 38 (...) wordt de uitoefening van een mandaat in een vereniging of vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, op onweerlegbare wijze vermoed de uitoefening te zijn van een bedrijvigheid die verzekeringsplicht aan het statuut der zelfstandigen met zich brengt.

Met verwijzing naar talrijke rechtspraak wordt in het arrest van het arbeidshof Brussel van 9 september 2011 uitgelegd dat dit onweerlegbaar vermoeden werd ingevoerd door het KB van 1 juli 1992, dat als onwettelijk moet worden beschouwd omdat het niet onderworpen werd aan het advies van de Raad van State zonder dat de vereiste hoogdringendheid was aangetoond en omdat het een ongerechtvaardigde discriminatie inhield.

Ook het RSVZ aanvaardt dit, maar wenst voor de weerlegbaarheid van het vermoeden terug te grijpen naar de toestand van voor het KB van 20 september 1983 (BS 8 oktober 1983)

In zijn mercuriale van 7 september 2010 voor het arbeidshof te Gent heeft eerste advocaat generaal P. Bricout er echter terecht op gewezen dat weliswaar ook het KB van 20 september 1983 niet aan het advies van de Raad van State was onderworpen, maar dat toen de hoogdringendheid wel aanwezig was en afdoende werd gemotiveerd. (P. Bricout, *Het weerlegbaar onweerlegbaar vermoeden aan het sociaal statuut der zelfstandigen – Uitoefening van mandaten in vennootschappen en verenigingen*, RW 2010-11, 1117)

Het KB van 20 september 1983 bepaalde dat het vermoeden kan worden weerlegd op voorwaarde dat de kosteloosheid van het mandaat bewezen wordt. *Belanghebbende mag dat bewijs leveren door elk rechtsmiddel, uitgezonderd de getuigenis, behalve wanneer de Administratie der Directe Belastingen bedrijfsinkomsten heeft weerhouden uit hoofde van de uitoefening van zijn mandaat.*

Terecht concludeert het Openbaar Ministerie dan ook dat het vermoeden kan weerlegd worden door het gratis karakter van het mandaat aan te tonen of het niet

regelmatig karakter van de bezigheid. (Arbh. Brussel 9 september 2011, JTT, 2012, 87, randnummer 9)

Verkeerdelijk komt het RSVZ in haar repliek hiertegen op door te verwijzen naar rechtspraak, die nog uitging van het onweerlegbaar karakter van het vermoeden (Arbh. Brussel 8 januari 1999 en Arbrb. Brussel 7 juli 1997 en 18 maart 1997) of naar het arrest van het arbeidshof Gent van 12 juni 2007, dat wel de weerlegbaarheid van het vermoeden vaststelde, maar onder meer in de feiten vaststelde dat als gevolg van het mandaat regelmatig beheersdaden (bv. in verband met de opvolging van de bouwactiviteiten) werden gesteld. (zie verder randnummers 5 en 7)

4. Daarnaast moet rekening gehouden worden met het fiscaal (art. 3 §1 tweede lid) en het mandaatvermoeden (art. 3 §1 vierde lid) van het KB nr. 38 van 27 juli 1967.

Men is het erover eens dat de sociologische werkelijkheid primeert op het fiscaal criterium (G. Van Limberghen e.a. *Sociaal statuut der zelfstandigen (1996-2005)*, TSR 2006, 263, nr. 38); het fiscaal vermoeden kan dus worden weerlegd door het bewijs van het niet regelmatig karakter van de activiteit. (Arbh. Brussel 9 september 2011, JTT, 2012, 87, randnummer 11)

Als gevolg van het arrest van het Arbitragehof 167/2004 van 3 november 2004 aanvaardt het RSVZ de onwettelijkheid van het onweerlegbaar vermoeden van het mandaatvermoeden (art. 3 §1 vierde lid) van het KB nr. 38 van 27 juli 1967, voor zover het betrekking heeft op een Belgische vennootschap die niet vanuit het buitenland wordt bestuurd.

Ook hier kan het vermoeden weerlegd worden door het gratis karakter van het mandaat aan te tonen of het niet regelmatig karakter van de bezigheid. (Arbh. Brussel 9 september 2011, JTT, 2012, 87, randnummer 10)

5. Terecht wijst het RSVZ in dat verband op het niet gepubliceerde arrest van het arbeidshof Gent van 12 juni 2007, waarin gewezen wordt op het feit dat men niet al te lichtzinnig mag omspringen met het opnemen van een mandaat, omdat een mandataris steeds juridisch in de mogelijkheid blijft om rechtshandelingen in naam van de vennootschap te stellen en hij ook geacht wordt zich op een permanente wijze met het bestuur in te laten.

Om dezelfde reden wordt in randnummer 18 van het arrest van het arbeidshof Brussel van 9 september 2011 ook gezegd dat de uitoefening van een vennootschapsmandaat *in beginsel* een regelmatige en gewoontelijke activiteit is. Maar gelet op de weerlegbaarheid van het vermoeden, wordt in randnummer 20 van dit arrest wel aanvaard dat de afwezigheid van de regelmatigheid van de mandaatactiviteit zou kunnen afgeleid worden uit de afwezigheid van vennootschapsactiviteit.

Het als gevolg van het hierboven aangehaalde arrest 167/2004 is het vermoeden weerlegbaar t.a.v. een Belgische vennootschap die niet vanuit het buitenland wordt bestuurd. De weerlegging heeft betrekking op het in België uitoefenen van een zelfstandige beroepsbezigheid.

Vraag blijft dan ook of in dat verband de afwezigheid van een regelmatige en gewoontelijke activiteit het gevolg kan zijn van een ernstige ziekte-toestand, die elke

arbeid met een gewoon en continu karakter onmogelijk maakt en of dit kan volstaan om het mandaatvermoeden te weerleggen.

Toepassing

6. De voorgelegde aanslagbiljetten, persoonsbelasting en aanvullende belastingen wijzen uit dat de heer M tot 2006 een vergoeding ontving voor zijn werkzaamheden in de schoot van de vennootschap. Het aanslagbiljet m.b.t. het aanslagjaar 2007 vermeldt een nettobedrag van 8.132,92 euro als bedrijfsleider. De aanslagbiljetten m.b.t. de aanslagjaren 2008 en 2009 vermelden geen bezoldigingen van bedrijfsleider.

Verder kan vastgesteld worden dat de laatste jaarrekening die bij de Nationale Bank werd neergelegd het boekjaar 2005 betrof en dat nadien geen jaarrekeningen meer werden neergelegd, dat de BTW aangiftes niet meer werden ingediend, dat aan de heer M geen bezoldiging als bedrijfsleider meer werd uitgekeerd in 2007 en 2008 en dat men er ook niet in slaagde het handelsfonds over te laten, zodat de vennootschap uiteindelijk failliet werd verklaard.

7. Het RSVZ vergelijkt de situatie van de heer M herhaaldelijk met de casus die voorlag bij het arbeidshof Gent in de betwisting die geleid heeft tot het arrest van 12 juni 2007. Die zaak had betrekking op een eenmansvennootschap met slechts één vennoot en één zaakvoerder. (zie randnummer 3.3 op blz. 4)

In de NV Le Gourmet was naast de heer M ook mevrouw L N bestuurder en voorzitter van de raad van bestuur. De gewoonlijke en regelmatige activiteiten, die verbonden zijn aan het bestuur van de vennootschap, konden dus door haar worden voortgezet ondanks de ernstige ziekte van de heer M. Hierover liggen echter geen gegevens voor.

De heer M vermeldt dat hij gescheiden is van mevrouw N. Vraag is dan ook in hoeverre ze zich na de ziekte met het bestuur heeft ingelaten.

Uit het dossier blijkt wel dat ze nog bestuurder bleef tot minstens 17 november 2009 aangezien zij het verslag van de algemene vergadering op deze laatste datum tekende in haar hoedanigheid van bestuurder.

Evenmin is duidelijk wie de verantwoordelijkheid gedragen heeft in verband met de pogingen om het handelsfonds over te dragen.

8. Terecht vraagt het Openbaar Ministerie zich af in hoeverre en gedurende welke periodes de heer M na zijn harttransplantatie op 24 september 2006 nog redelijkerwijs zijn mandaat heeft kunnen uitoefenen.

Men kan zich terecht vragen stellen of iemand die herstellend is van een harttransplantatie, een vennootschap kan besturen en zijn beroepsbezigheid als zelfstandige kan verder zetten.

Dergelijke heelkundige ingrepen gaan inderdaad gepaard met controles en een intensieve revalidatie van verschillende maanden waarvoor de patiënten meerdere keren per week naar het ziekenhuis moeten gaan.

In zijn gedinginleidend verzoekschrift van 25 oktober 2007 vermeldt de heer M. dat hij lichamelijke en moreel niet in staat is te werken. Zij geschrift is onzeker.

9. Gelet op de voortzetting van de activiteiten tijdens zijn ziekte, volstaan deze elementen niet om met zekerheid vast te stellen dat de heer M. zijn mandaat niet meer uitgeoefend heeft na september 2006 en dat hij niet meer actief was in de handelszaak, uitgebaat door de N.V. Le Gourmet.

Teneinde hierover meer zekerheid te bekomen gaat het hof in op het voorstel van het Openbaar Ministerie om het medisch dossier van de heer M. bij het RIZIV op te vragen.

Ook de heer M. kan een medisch verslag voorleggen dat toelicht of en in hoeverre zijn gezondheidstoestand hem toeliet zijn mandaat als bestuurder van een vennootschap verder uit te oefenen.

De curator van het faillissement van de N.V. Le Gourmet kan in beginsel eveneens bevestigen of de elementen waarover hij beschikt, toelaten te stellen dat de vennootschap Le Gourmet zonder bestuur is gebleven of minstens zonder bestuur door de heer M. in de periode september 2006 - januari 2010.

10. Het hof heropent de debatten om aan het Openbaar Ministerie toe te laten deze inlichtingen in te winnen en toe te voegen aan het dossier van de rechtspleging.

De heer M. kan toelichting geven en bewijsstukken voorleggen in verband met wat gezegd werd in de randnummers 7 en 9, waarna verder kan nagegaan worden in hoeverre het vermoeden van beroepsbezigheid weerlegd is, rekening houdend met wat gezegd werd in randnummer 5.

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,

Gelet op het eensluidend schriftelijk advies van advocaat-generaal J. J. André, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 11 mei 2012 waarop het RSVZ heeft gerepliceerd op 4 juni 2012;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch alvorens verder te gronde te beslissen

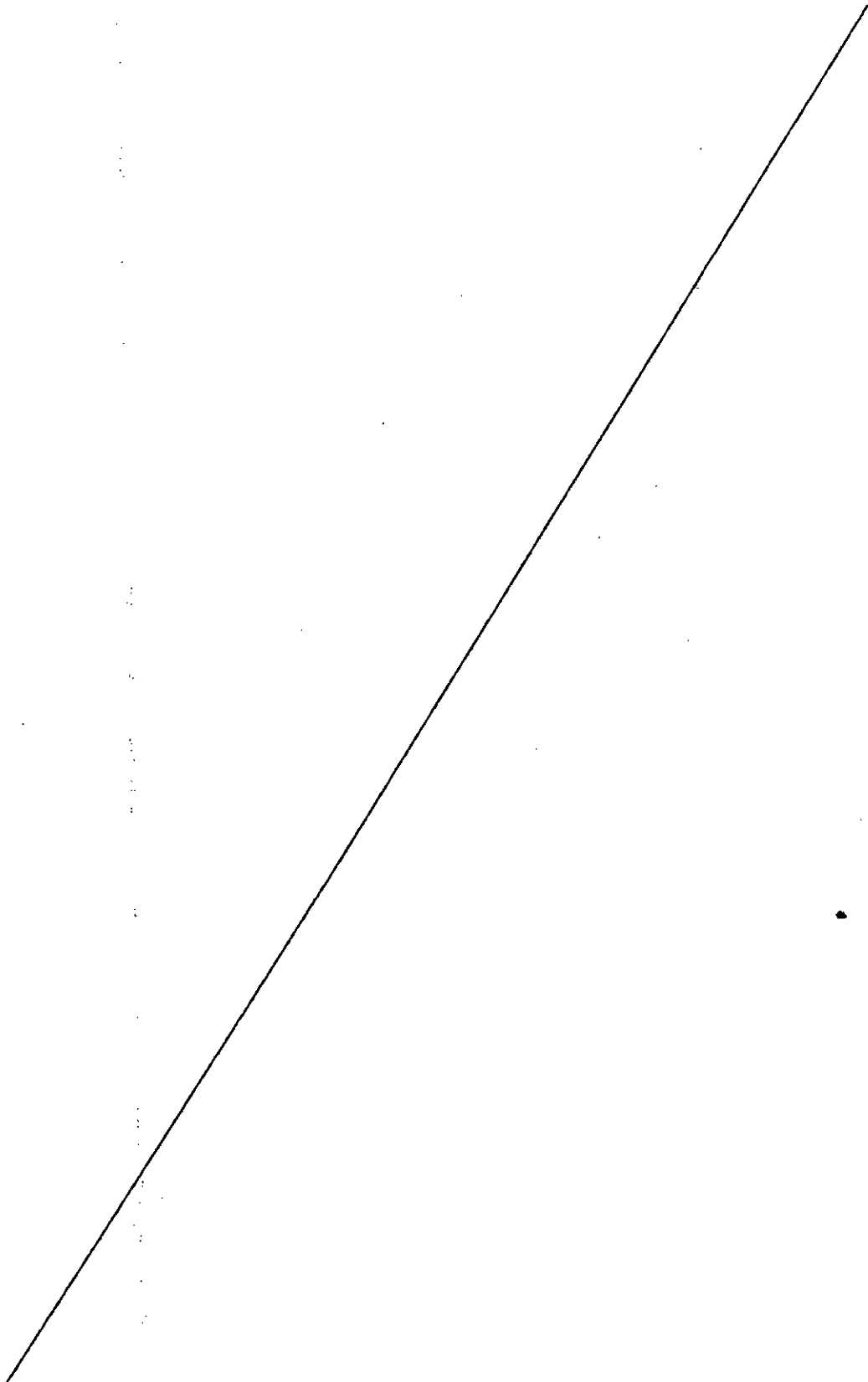
Heropent de debatten om

- het Openbaar Ministerie toe te laten de inlichtingen in te winnen, vermeld in randnummer 9
- de heer M. toe te laten te antwoorden op wat gesteld is in randnummer 7, 9 en 10
- het RSVZ toe te laten haar visie hierover mee te delen.

Stelt de zaak voor verdere behandeling op de openbare terechtzitting van de 9de kamer van dit Hof op maandag 3 december 2012 om 14.30 u., zaal 08, Poelaertplein, 3 te 1000 Brussel.

Om nadien verder te oordelen als naar recht;

Houdt de beslissing omtrent de proceskosten aan.



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

Beatrix CEULEMANS,
Lieven LENAERTS,
Anton VAN ASSCHE,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN,

eerste voorzitter,
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, zelfstandige,
griffier.



Sven VAN DER HOEVEN

Anton VAN ASSCHE



Lieven LENAERTS



Beatrix CEULEMANS

De heer Anton VAN ASSCHE, raadsheer in sociale zaken, benoemd als zelfstandige, die aan het beraad heeft deelgenomen, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig art. 785 Ger. W. wordt het arrest ondertekend door Beatrix CEULEMANS, eerste voorzitter en Lieven LENAERTS, raadsheer.



Sven VAN DER HOEVEN, griffier.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van maandag 3 september 2012 door:

Beatrix CEULEMANS, eerste voorzitter,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Beatrix CEULEMANS