



Uitgifte

Repertoriumnummer 2020 /
Datum van uitspraak 4 februari 2020
Rolnummer 2018/AB/924
Beslissing waartegen beroep 16/1317/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

derde kamer

Arrest

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk arrest
definitief

R., wonende te

appellant op hoofdberoep,
geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. COOMANS Catherine loco mr. GUTMER Virginie, advocaat te
1050 BRUSSEL, Emile Duraylaan 4

tegen

LUCIAD NV, met maatschappelijke zetel te 3001 HEVERLEE, Gaston Geenslaan 11,
(KBO nr. 0465.607.621)
geïntimeerde op hoofdberoep,
appellante op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. PLASSCHAERT Emmanuel, advocaat te
1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7.

**

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel het volgend arrest uit:
Gelet op de stukken van de rechtspleging, in het bijzonder op:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de arbeidsrechtbank te Leuven op 13 september 2018, 1^{ste} B kamer (A.R. 16/1317/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 13 november 2018,
- de conclusies voor de appellant,
- de conclusies voor de geïntimeerde,
- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 7 januari 2020, waarna de debatten werden gesloten.

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. De heer R. was van 1 juli 2009 tot 30 juni 2011 in dienst van de nv Luciad als commercieel directeur voor Frankrijk met een arbeidsovereenkomst naar Frans recht. Partijen maakten in onderling overleg een einde aan deze tewerkstelling, omdat de echtgenote van de heer R. als arts in Brazilië wilde kunnen werken.
2. In de loop van de maand juni 2013 namen de heer R. en de nv Luciad terug contact op met elkaar. Luciad wilde via de heer R. nagaan of er commerciële mogelijkheden waren op de Braziliaanse markt. Hij maakte ter voorbereiding een PowerPoint, waarin hij eerst een prospectiefase en vervolgens een verkoopfase voorstelde.
3. Naar aanleiding hiervan startten er onderhandelingen tussen partijen, waarbij klaarblijkelijk verschillende afwegingen werden gemaakt, die als een schaduw over de latere samenwerking en haar beëindiging zouden blijven hangen. Zou de heer R. als zelfstandige samenwerken met Luciad of zou een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd worden afgesloten? Zou de tewerkstellingsovereenkomst naar Frans of Belgisch recht worden opgemaakt? Vanuit welk land zou de activiteit plaats vinden?
4. Feit is alleszins dat partijen op 21 augustus 2013 een in het Engels opgestelde zelfstandige samenwerkingsovereenkomst naar Belgisch recht ondertekenden voor een duur van 6 maanden met een bevoegdheidsclausule voor de rechtbanken te Leuven. De heer R. zou als consultant werken zonder dat de functieopdracht verder nader werd omschreven.
5. Met e-mail van 17 januari 2014 vroeg de heer R. een verlenging van deze dienstverleningsovereenkomst tot augustus 2014.
6. Met brief van 25 augustus 2014 beëindigde Luciad de overeenkomst met een te presteren opzeggingstermijn van 20 augustus 2014 tot 31 november 2014.
7. Met antwoordbrief van 27 augustus 2014 drukte de heer R. zijn verbazing uit over deze beëindiging en overliep hij zijn bezigheden en prestaties; hij benadrukte de schade die hij leed door deze onverwachte beslissing en hij stelde een transactionele vergoeding van € 60.000 voor, bij gebreke waaraan hij zich op een arbeidsrelatie als werknemer zou beroepen.

8. Hierna beëindigde Luciad de samenwerking met onmiddellijke ingang op 3 september 2014 wegens een vertrouwensbreuk na collusiebeschuldigingen van de heer R. tegen de heren Jesiram en Pelnado. De navolgende briefwisseling bevestigt voornamelijk de spanning tussen partijen.
9. Op 22 december 2014 leidde de heer R. een procedure in voor de werkrechtshof van Albi in Frankrijk; hij vroeg de herkwalificatie van de dienstverleningsovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst en vorderde betaling van de dienovereenkomstige vergoedingen. Met vonnis van 26 oktober 2015 verklaarde de werkrechtshof van Albi zich territoriaal onbevoegd met verzoek zich tot de bevoegde rechtbank te wenden.
10. Er volgden nog een aantal andere procedures in Frankrijk, voornamelijk rond niet concurrentie, maar deze hebben voor huidig geschil geen belang; ze hadden betrekking op de eerste arbeidsovereenkomst van de heer R.
11. Na een ingebrekestelling van 30 mei 2016, legde de heer R. op 21 september 2016 een tegensprekelijk verzoekschrift neer bij de arbeidsrechtbank te Leuven en vroeg hij de herkwalificatie van de dienstverleningsovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst en vorderde hij betaling van:
 - Een vervangende opzeggingsvergoeding van € 45.527,29
 - Een eindejaarspremie 2014 van € 6.422,28
 - Een bedrag van € 8.400 wegens 20 niet opgenomen vrije dagen
 - Een uitwinningsvergoeding van € 31.150,25
 - Een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag van € 40.734,94
 - Een compensatoire niet concurrentievergoeding van € 62.300,50
 - Een schadevergoeding van € 18.081,02 wegens het verstoken blijven van werkloosheidsuitkeringen
 - Een schadevergoeding van € 30.394 provisioneel wegens de verschuldigdheid tot het betalen van Franse sociale zekerheidsbijdragen,Telkens te vermeerderen met de toepasselijke intresten en de gerechtskosten.

De nv Luciad stelde een tegenvordering tot terugbetaling van alle op basis van de dienstverleningsovereenkomst uitbetaalde vergoedingen van € 131.309,97, te vermeerderen met de toepasselijke intresten.
12. Met tussenvonnis van 19 oktober 2017 heropende de arbeidsrechtbank te Leuven de debatten en stelde vragen over de toepassing van het taaldecreet en de verjaring gelet op art. 2246 BW; meer bepaald vroeg de rechtbank verduidelijking over de Franse procedure en over het voorwerp en de oorzaak van deze procedure.
13. Met eindvonnis van 13 september 2018 verklaarde de arbeidsrechtbank te Leuven de hoofd- en de tegenvordering ontvankelijk, doch niet gegrond en sloeg de gerechtskosten om. In essentie beschouwde de arbeidsrechtbank de vorderingen niet verjaard, maar aanvaardde

ze niet de herkwalificatie van de dienstverleningsovereenkomst als arbeidsovereenkomst. De overeenkomst was evenmin nietig omwille van bedrog.

14. Met verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 13 november 2018, tekende de heer R. hoger beroep aan en hernam hij zijn oorspronkelijke vorderingen. Ook Luciad tekende incidenteel beroep aan in verband met haar afgewezen tegenvordering; tevens vorderde ze betaling van de maximale rechtsplegingsvergoeding.

II. BEOORDELING

15. Het hoger beroep van de heer R. werd, gelet op het ontbreken van betekening van het bestreden vonnis, tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist. Hetzelfde geldt voor het incidenteel beroep.

De verjaring

16. De heer R. stelde zijn vorderingen op grond van een beweerde arbeidsovereenkomst. Hierdoor is de verjaringstermijn van art. 15 van de arbeidsovereenkomstenwet van toepassing, dat bepaalt: *De rechtsvorderingen die uit de overeenkomst ontstaan, verjaren één jaar na het eindigen van deze overeenkomst of vijf jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan, zonder dat deze termijn één jaar na het eindigen van deze overeenkomst mag overschrijden.*
17. Terecht verwijzen de eerste rechter in het tussenvonnissen, alsook de partijen naar art. 2246 BW, dat bepaalt dat ook de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit. Artikel 2246 Burgerlijk Wetboek maakt geen onderscheid naargelang is gedagvaard voor een Belgische dan wel voor een buitenlandse rechter. Een dagvaarding voor een onbevoegde buitenlandse rechter stuit dus de verjaring (Cass. 13 oktober 2011, *RABG* 2012, 1030, noot M. SOMERS; *RW* 2013-14, 500; Antwerpen 29 maart 2010, *RABG* 2012, 1032). Dit is ook het geval wanneer een buitenlandse rechter zich territoriaal onbevoegd verklaart (Arbh. Luik, 26 maart 2010, *JTT* 2010, 269). De verjaring wordt niet alleen gestuit voor de in de dagvaarding geformuleerde vorderingen maar tevens voor de vorderingen en aanspraken die virtueel in de dagvaarding zijn begrepen. Het is daarbij wel vereist dat de oorzaak en het voorwerp van de vorderingen dezelfde zijn. Indien dit niet het geval is, zal ook de verjaring van de "virtuele" vordering niet worden gestuit (SOMERS, *RABG* 2012, 1041).
18. Luciad betwist dat de vordering voor de werkrechtensraad te Albi, besproken in randnummer 9, hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak heeft dan huidig geschil. In de Franse procedure beriep de heer R. zich op het Franse recht, terwijl thans de vordering gesteund is op een arbeidsovereenkomst naar Belgisch recht en op de toepassing van de zgn. arbeidsrelatieswet. Tevens gebeurde de procedure voor de Franse rechter volgens Luciad

met procesmisbruik, omdat de heer R. daar deloyaal voorhield dat hij het grootste deel van zijn activiteiten in Frankrijk uitvoerde en kunstmatig een aanknopingspunt met Frankrijk wilde creëren; dit misbruik dient in natura te worden hersteld door geen rekening te houden met deze procedure.

19. De omstandigheid dat de heer R. voor de Franse rechter zich beriep op een arbeidsverhouding naar Frans recht, is niet bepalend om het voorwerp en de oorzaak van de vorderingen te omlijnen; het Hof van Cassatie is immers afgestapt van het klassieke concept dat de rechter gehouden is uitspraak te doen op grond van de aangevoerde feiten en met inachtneming van de juridische omschrijving die de partijen daaraan gegeven hebben (Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 659 met noot VAN COMPERNOLLE; *JLMB* 2005, 8 156 met noot DE LEVAL; *RABG* 2005, 1663 met noot VERBEKE; *Pas* 2005, 862 met conclusie O.M.; *Jaarverslag Hof van Cassatie* 2005, 90). Zowel het voorwerp als de oorzaak van de vordering worden feitelijk (factueel) ingevuld (W. VAN ECKHOUTTE, "Schuifelen op de rechterstoel" in *Preadviezen 2015*, Den Haag, BJU, 2015, 266 en 281).
20. Door de aangevoerde feiten te herkwalficeren wijzigt de rechter niet de oorzaak van de vordering, noch miskent hij het beschikkingsbeginsel (Cass. 20 april 2009, *RW* 2009-10, 876 met conclusie O.M.).
21. Zowel in de Franse als in de Belgische procedure vorderde de heer R. de herkwalficatie van de dienstverleningsovereenkomst naar een arbeidsovereenkomst en de betaling van de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende vergoedingen; beide procedures hadden derhalve hetzelfde (factuele) voorwerp en oorzaak.
22. Evenmin werd de Franse procedure gevoerd met rechtsmisbruik, wat de werkrechtensraad te Albi op p. 5 en in het beschikkend gedeelte van het vonnis van 26 oktober 2015 uitdrukkelijk stelde.
23. Dit vonnis stuitte dan ook de verjaring, zodat na 26 oktober 2015 een nieuwe verjaringstermijn van één jaar begon te lopen. (Arbh. Luik, 26 maart 2010, *JTT* 2010, 269) Het tegensprekelijk verzoekschrift van 21 september 2016 werd tijdig neergelegd en de vorderingen van de heer R. zijn niet verjaard.

Hoedanigheid en belang

24. Evenzeer ten onrechte betwist Luciad de hoedanigheid en het belang van de heer R. om de dienstverleningsovereenkomst te zien herkwalficeren naar een arbeidsovereenkomst, die met een natuurlijke persoon moet worden gesloten.
25. Enerzijds sloot de heer R. deze overeenkomst als eenmanszaak of een Franse onderneming natuurlijke persoon, als dusdanig ingeschreven in het SIRENE-register, zonder dat hij daarbij een afzonderlijke rechtspersoon had gecreëerd.

26. Anderzijds is het correct dat een overeenkomst tussen 2 vennootschappen principieel uitsluit dat de prestaties die krachtens die overeenkomst worden geleverd aangemerkt kunnen worden als de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, doch tenzij ingeval er sprake is van een wilsgebrek of veinzing (Arbeidshof Brussel, 26 september 2008, *JTT*, 2008, 468). Er is sprake van veinzing wanneer de werkelijke wil van de partijen erin bestaat om een rechtstreekse contractuele relatie tot stand te brengen tussen een fysiek persoon en een vennootschap (Arbeidsrechtbank Brugge, 28 december 1994, *JTT*, 1995, 305). Het is dit laatste dat de heer R. beoogt, zodat hij alleszins de vereiste hoedanigheid en belang heeft om zijn vorderingen te stellen.
27. De middelen van onontvankelijkheid van de oorspronkelijke vorderingen kunnen niet worden weerhouden.

De toepasselijkheid van het Belgische recht en de bevoegdheidsclausule

28. In art. 14 van de dienstverleningsovereenkomst wordt een uitdrukkelijke rechtskeuze gedaan voor het Belgische recht voor alle betwistingen die uit deze overeenkomst konden voortvloeien. Tevens worden de Leuvense rechtbanken bevoegd verklaard voor de oplossing van geschillen.
29. De rechtskeuze is in overeenstemming met art. 8.1 van de Verordening 593/2008 van 17 juni 2008, de zgn. Rome I Verordening. Luciad is als verweerder gevestigd te Leuven, zodat de rechtbanken aldaar bevoegd zijn gelet op art. 21 van de Verordening 1215/2012 van 12 december 2012, de zgn. verordening Brussel I-bis; de overeenkomst is ook aldaar ontstaan, zodat ook de art. 96 en 97 Wetboek IPR kunnen toegepast worden.

Werkte de heer R. in het kader van een arbeidsovereenkomst? In de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger?

30. De heer R. houdt voor dat hij werkte als handelsvertegenwoordiger en dat er derhalve een vermoeden van gezag en dus van een arbeidsovereenkomst is.
31. Artikel 4 tweede lid van de Arbeidsovereenkomstenwet bepaalt dat, niettegenstaande elke uitdrukkelijke bepaling van de overeenkomst of bij het stilzwijgen ervan de overeenkomst tussen opdrachtgever en tussenpersoon, welke ook de benaming zij, beschouwd wordt als een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers, tenzij het tegendeel wordt bewezen.
32. Uit art. 4, eerste lid en tweede lid, art. 87 en art. 88 arbeidsovereenkomstenwet alsmede uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 4, tweede lid arbeidsovereenkomstenwet, met het oog op het voorkomen van misbruiken, een vermoeden instelt dat de

tussenpersoon die voor een opdrachtgever een activiteit van handelsvertegenwoordiging uitoefent, niet als zelfstandige maar als werknemer is tewerkgesteld. Het vermoeden slaat derhalve op het bestaan van het voor een arbeidsovereenkomst kenmerkende gezag. De werknemer moet daarentegen bewijzen dat zijn overeenkomst de handelsvertegenwoordiging als voornaamste voorwerp heeft en kan zich daartoe niet beroepen op het vermoeden ingesteld door art. 4, tweede lid Arbeidsovereenkomstenwet (Cass. 5 mei 2014, *JTT* 2014, 316; *RW* 2014-15, 1261 met conclusie O.M. en noot K. NEVENS “Wettelijk vermoeden van arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is vermoeden van gezag”).

In zijn conclusie bij dit arrest schrijft advocaat-generaal VANDERLINDEN zeer duidelijk dat de werknemer die zich wenst te beroepen op de hoedanigheid van handelsvertegenwoordiger het bewijs dient te leveren dat hij de handelingen verricht die eigen zijn aan deze activiteit, namelijk: cliënteel opsporen en bezoeken met het oog op het onderhandelen en het sluiten van zaken (art. 4, eerste lid arbeidsovereenkomstenwet) en dat hij dit doet op bestendige wijze (art. 88 arbeidsovereenkomstenwet).

33. Dit bewijs levert de heer R. op geen enkele wijze. Zijn eigen voorstellingswijze wijst eerder op het tegendeel.
34. Er werd een contract afgesloten voor consulting; dit gebeurde op zeer algemene wijze zonder enige precisering. Er werd niet eens uitdrukkelijk bepaald dat hij hetzij vanuit België, hetzij vanuit Frankrijk, hetzij in Brazilië zijn activiteit diende te ontplooiën; de vereiste om klanten te bezoeken werd dus nergens opgelegd. Wanneer Luciad alles zeer open laat, kan ze moeilijk bij het afspringen van de samenwerking plots bedrog gaan voorwenden.
35. Luciad maakt door middel van de PowerPoint-voorbereiding van de heer R. wel aannemelijk dat de tewerkstelling in een eerste fase gericht was op prospectie en geenszins hoofdzakelijk op de eigenlijke vertegenwoordiging. De heer R. van zijn kant benadrukt dat het afsluiten van zaken gelet op de hoge specialisatie van het product lange tijd vergde; nochtans werd er slechts een contract voor 6 maanden afgesloten (zie verder randnummer 48).
36. Anderzijds vordert hij een compensatoire vergoeding voor niet concurrentie wat art. 104 van de arbeidsovereenkomstenwet voor handelsvertegenwoordigers niet voorziet, anders dan voor bedienden, waar dit wel bepaald is in art. 86 §1 juncto art. 65 van deze wet.
37. De heer R. kan een gezagsverhouding dan ook niet afleiden uit een hoofdzakelijke activiteit van vertegenwoordiging, die Luciad betwistte en die door hem niet bewezen wordt.

Als bediende uitgaande van de criteria van de arbeidsrelatieswet?

38. De art. 331 tot 33 van de Programmawet (I) van 27 december 2006 (BS 28 december 2006 (derde uitg.)), zoals gewijzigd – gewoonlijk aangeduid als *arbeidsrelatieswet*), bepalen:

Art. 331 Zonder de openbare orde, de goede zeden en de dwingende wetten te kunnen overtreden, kiezen de partijen vrij de aard van hun arbeidsrelatie waarbij de effectieve uitvoering van de overeenkomst moet overeenkomen met de aard van de arbeidsrelatie. Er moet voorrang worden gegeven aan de kwalificatie die uit de feitelijke uitoefening blijkt indien deze de door de partijen gekozen juridische kwalificatie uitsluit.

Art. 332 Hetzij wanneer de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die, beoordeeld overeenkomstig de bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten, onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door de partijen aan de arbeidsrelatie wordt gegeven, hetzij wanneer de kwalificatie die door de partijen aan de arbeidsrelatie wordt gegeven niet overeenstemt met de aard van de arbeidsrelatie zoals deze wordt vermoed overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk V/1 en dit vermoeden niet wordt weerlegd, gebeurt er een herkwalificatie van de arbeidsrelatie en wordt er een overeenstemmend stelsel van sociale zekerheid toegepast, zonder evenwel afbreuk te doen aan de volgende bepalingen:

1)artikel 2, § 1, 1° en 3°, van de wet van 27 juni 1969, artikel 2, § 1, 1° en 3°, van de wet van 29 juni 1981 en artikel 3, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit nr. 38, alsook iedere bepaling die op basis van deze bepalingen genomen werd;

2)in algemene zin, elke wettelijke of reglementaire bepaling die de uitoefening van een beroep of een bepaalde activiteit in de hoedanigheid van zelfstandige of werknemer in de zin van deze wet oplegt of onweerlegbaar vermoedt.

De elementen die in het eerste lid worden bedoeld, worden beoordeeld op basis van de algemene criteria zoals gedefinieerd in artikel 333 en, desgevallend, van de specifieke criteria van juridische of socio-economische aard die overeenkomstig de adviesprocedure van hoofdstuk V worden vastgesteld.

Art. 333 § 1 De algemene criteria waarvan sprake in vorig artikel en die het mogelijk maken het bestaan of de afwezigheid van een gezagsband te beoordelen zijn:

–de wil der partijen zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt, voor zover deze laatste overeenkomstig de bepalingen van artikel 331 wordt uitgevoerd;

–de vrijheid van organisatie van de werktijd;

–de vrijheid van organisatie van het werk;

–de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen.

§ 2 ..

§ 3 De volgende elementen zijn, op zichzelf genomen, niet bij machte om de arbeidsrelatie adequaat te kwalificeren:

–de titel van de overeenkomst;

–de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid;

–de inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen;

–de inschrijving bij de administratie van de BTW;

–de wijze waarop de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven.

De wil der partijen betreffende de kwalificatie

39. Er is vanaf juni 2013 een intense gedachtewisseling geweest over de wijze van samenwerking tussen de heer R. en Luciad; hierbij werden verschillende opties overwogen, waarbij kan aangenomen worden dat de heer D. van Luciad meer voelde voor een arbeidsovereenkomst en dit ook in e-mails verwoordde. De heer R. had laten kennen dat hij zowel openstond voor een samenwerking als zelfstandige als voor een tewerkstelling met een arbeidsovereenkomst. Die onderhandeling doet er niets aan af dat de uiteindelijke verantwoordelijke voor de samenwerking een dienstverleningsovereenkomst van zelfstandige samenwerking heeft voorgelegd, die op 21 augustus 2013 door de heer R. ondertekend werd en die duidelijk zijn wil tot het sluiten van een zelfstandige dienstverlening bevestigde. De artikelen van deze overeenkomst zijn hiermee niet in tegenstrijd.
40. Zijn bewering achteraf als zou de heer R. gedwongen zijn om deze samenwerking te aanvaarden, wordt door niets ondersteund en wordt tegengesproken door de voorafgaande onderhandelingen en zijn hoog opleidings- en functieniveau.
41. De in de overeenkomst vastgelegde aard van de arbeidsrelatie (zelfstandige) werd door hem vrij gekozen en overigens nadien nog door hem bevestigd wanneer hij een verlenging van zijn zelfstandigencontract vroeg. De keuze voor een zelfstandige samenwerking vormt het uitgangspunt. Wanneer de heer R. wil voorhouden dat de feitelijke situatie de gekozen juridische relatie uitsluit, moet hij voldoende onverenigbare elementen met een kwalificatie als zelfstandige aanbrengen.

De vrijheid van organisatie van de werktijd

42. In art. 6 van de dienstverleningsovereenkomst wordt voorzien dat de consultant op voltijdse basis voor Luciad functioneert, waarna wordt omschreven wat hiermee bedoeld wordt (5 dagen per week, met uitzondering van de publieke feestdagen plus 28 werkdagen per jaar, tijdens dewelke de consult mag kiezen om niet ter beschikking te zijn van Luciad - er was dus geenszins bepaald dat deze dagen slechts mits akkoord op voorhand van Luciad mochten worden genomen; de heer R. had volgens de overeenkomst immers een autonoom keuzerecht).
43. Anders dan de heer R. leest het arbeidshof daarin niet een opgelegde organisatie van de arbeidstijd; integendeel de keuze om al dan niet gebruik te maken van de 28 werkdagen wijst in de andere richting (de stukken 13 en 54 van de heer R. spreken deze vrijheid niet tegen, doch zijn eerder een mededeling van hoe hij zijn arbeidstijd wou invullen en een overleg hierover). Terecht merkte de eerste rechter ook op dat door het tijdsverschil met Brazilië en de geografische verre afstand de heer R. zijn arbeidstijd- en organisatieregeling zelf kon bepalen.

44. De heer R. bevestigt overigens dat hij voor zijn vrije dagen niet aan de vakantieregeling van de geregistreerde werknemers gebonden was, die een aanvraag moesten doen via het platform *Myworkandme*.
45. Voor de organisatie van de werktijd verwijst de memorie van toelichting bij de arbeidsrelatieswet immers naar het vrij organiseren van de tijdsbesteding, zoals volgt uit de vrijheid om zich niet te moeten *schikken naar een precieze en dwingende werktijdregeling*; dit kan tegengesproken worden door *het feit de verlof- en vakantiedagen niet vrij te kunnen bepalen, de verplichting zijn afwezigheden te verantwoorden, te prikken, te verwittigen in geval van afwezigheid, enz.* De memorie vervolgt zeer specifiek: *Evenzo geldt voor de partij die als ondernemer in een aannemingsovereenkomst wordt gekwalificeerd, die inderdaad over een bepaalde graad van vrijheid met betrekking tot de organisatie en de praktische uitvoering van het werk beschikt, maar die rekenschap over haar tijdsgebruik moet afleggen aan de opdrachtgever, als dusdanig geen band van ondergeschiktheid (Parl. St. Kamer, 2006-07, 51 2773/1, 216; vgl. W. VAN EECKHOUTTE en G. DEMAESENEIRE, "Arbeidsrelatieswet", NJW 2007, 98-119, 110, nr.57).*
46. Door het ontbreken van een precieze en dwingende tijdregeling wordt de gekozen kwalificatie als zelfstandige niet tegengesproken.

De vrijheid van organisatie van het werk

47. De heer R. wil het ontbreken van een voldoende vrijheid aantonen door te verwijzen naar een reeks e-mails tussen hemzelf en het hoofdkantoor.
48. Uit de PowerPoint die de heer R. bij wijze van kandidatuurstelling voor de functie van consultant had opgesteld volgt dat hij een strategie in 2 fasen voorstelde. De eerste fase, die voorzien was voor 6 maanden en indien nodig kon verlengd worden (wat gebeurde met 6 maanden), betrof een opstartfase in een nieuwe markt en de prospectie of marktverkenning; de eigenlijk verkoop volgde dan in een tweede fase. Het feit dat de heer R. tijdens de opstartfase ook reeds contact nam met commerciële verkopers ter plaatse, spreekt dit niet tegen en is logisch gelet op de marktverkenning naar lokale partners. Het is evenmin onlogisch dat de heer R. in deze periode concrete verkoopopportunities niet moest laten liggen en hij maakt dienaangaande gewag van 2 effectieve klanten (AMS Kepler en Rustcom).
- De dienstverleningsovereenkomst van 6 maanden, die éénmaal werd verlengd, komt overeen met de opstartfase, waarin de heer R. als consultant werkte. Maar voor de eigenlijke verkoopfase was zeker een langere termijn nodig; immers de heer R. geeft zelf aan dat door de hoog gespecialiseerde aard van het product een eerder lang verkoopproces nodig was, reden waarom hij een vast commissieloon had. (p. 38, nr. 56 van zijn tweede syntheseberoepsbesluiten en p. 50, nr. 72 waar hij zelfs spreekt over *een extreem lang* verkoopproces) Dit lange verkoopproces bevestigt de initiële opstartfase, die slechts over een beperkte periode ging.

49. Deze opstartfase in de vorm van een overeengekomen consulting-activiteit als zelfstandige noodzaakte uiteraard tot een intens overleg met het moederbedrijf in België; maar de e-mails die daarover worden voorgelegd, tonen daarbij niet aan dat de heer R. niet vrij was in de organisatie van het werk. Wanneer er een opportuniteit in zicht was, kan men het Luciad ook niet kwalijk nemen dat ze de heer R. aanmoedigde of nadere uitleg vroeg, maar dit zegt nog niet dat ze uitdrukkelijke instructies gaf m.b.t. de organisatie van het concrete werk.
50. Uit stuk 76 van de heer R. volgt dat hij via Salesforce overzichten gaf van zijn consulting activiteiten met eerste contacten en voorstellen tot meeting met bedrijven in Brazilië, maar uit dit stuk blijkt nergens dat dit gebeurde op basis van precieze werkinstructies of controletussenkomsten van Luciad.
51. Al te gemakkelijk maakt de heer R. daarbij een parallel met zijn vroegere functie van verkoopdirecteur voor Frankrijk, die hij inderdaad als bediende met een Franse arbeidsovereenkomst uitvoerde. Daar bewerkte hij een bestaande markt, waarbij hij ingeschakeld was in het globale verkoopnet van Luciad. Ook de opstartfase van een verkoopentiteit in Brazilië vereiste voorzeker afspraken (en/of gezamenlijke vergaderingen) met de verkoopstructuur van Luciad, zodat er e-mails zijn met medewerkers/verkopers die bedienden waren. (zie bv stuk 14 van de heer R. gericht aan de *sales managers*, maar waaruit nergens blijkt dat er precieze verplichtingen werden opgelegd aan de heer R., die een andere opdracht had). Maar de noodzaak tot synergie leidt er niet toe dat alles over één kam kon geschoren worden en dat de consultantopdracht van de heer R. in Brazilië identiek was aan het werk in ondergeschikt verband van andere bedienden of aan het werk dat hij voordien in Frankrijk verrichtte; indien de heer R. vrijwillig bleef rapporteren zoals hij vroeger gewoon was als Frans verkoopdirecteur, betekent dit nog niet dat dit hem door Luciad was opgelegd.
52. De eerste rechter kon in de door de heer R. aangebrachte stukken terecht parallelen terugvinden met het verkoopwerk in andere landen of continenten, maar vond geen afdoende stringente werkinstructies voor de consultantopdracht van de heer R. in Brazilië; het arbeidshof treedt dit bij. Het onderling overleg en de aanmoedigingen vanuit het moederhuis doen daaraan geen afbreuk.
53. Er moet immers voor dit criterium rekening gehouden worden met wat toegelicht wordt in de memorie van toelichting van de arbeidsrelatieswet:
De precieze omschrijving van de taken die door de medecontractant vervuld dienen te worden evenals het bestaan van precieze onderrichtingen en van beslissingen van een hiërarchische meerdere zijn aanwijzingen voor het bestaan van een band van ondergeschiktheid.
In de mate waarin de zelfstandige evenwel een resultaatverplichting op zich neemt, kunnen de algemene onderrichtingen, verplichtingen en richtlijnen verenigbaar

zijn met een aannemingsovereenkomst indien zij het gevolg zijn van de aard van de uitgeoefende activiteit of indien zij noodzakelijk zijn met het oog op de verwezenlijking van een vastgesteld resultaat. In deze omstandigheden zijn praktijken zoals, bijvoorbeeld, de verplichting tot het opstellen van verslagen of het invullen van timesheets niet automatisch kenmerkend voor een band van ondergeschiktheid.

(Parl. St. Kamer, 2006-07, 51 2773/1, 217 eigen onderlijning).

54. Een dergelijke precieze taakomschrijving of specifieke onderrichtingen worden gezien vanuit de uitgeoefende activiteit niet afdoende aangetoond; de voorgelegde stukken sluiten een werkzaamheid als zelfstandige niet uit.

De hiërarchische controle

55. In de memorie van toelichting bij de arbeidsrelatieswet wordt de nadruk gelegd op het hiërarchisch karakter van de controle en wordt bij wijze van voorbeeld verwezen naar de mogelijkheid van tuchtsancties (*Parl. St. Kamer, 2006-07, 51 2773/1, 217-218*). De auteurs W. VAN EECKHOUTTE en G. DEMAESENEIRE (*a.w.*, p. 110, nr. 60) omschrijven dit verder pertinent als volgt:

Controle wordt in de wet beperkt tot hiërarchische controle, dit wil zeggen controle die steunt op een rang, een positie. Komt aldus alleen in aanmerking, controle die is ingegeven door het feit dat men als 'meerdere' het recht daartoe heeft. Bestaat tussen de contractpartijen geen hiërarchisch verband, dan is per definitie geen hiërarchische controle mogelijk. Ook mag men de vergissing niet begaan uit het bestaan van controle een hiërarchisch verband af te leiden.

56. De heer R. meent verkeerdelijk dat er op hem een hiërarchische controle werd uitgevoerd; de stukken die hij hiervoor aanbrengt, wijzen veeleer op een communicatie binnen een samenwerkingsverhouding. Bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar zijn stuk 44, dat aanvangt met een suggestie van hemzelf, waarover hij feedback vraagt, waarna woord en wederwoord volgt. Dit alles resulteert in een suggestie van de heer D. om over een eerste succes intern te communiceren met de vraag hierover een voorstel op te maken. Dergelijke uitwisseling wijst niet op een hiërarchische verhouding of controle. (zie in dezelfde zin de stuk 50, dat geen vraag tot toelating is, maar een overleg over een *opportuiniteit* en stuk 58 met een overleg over een presentatie). Stuk 17 dan weer is een communicatie met het sales departement – zie daarover hierboven de randnummers 49 tot 52. De stukken die de heer R. in de voetnoten 147 en 148 p. 54 van zijn tweede syntheseberoepsbesluiten) aanduidt tonen geen hiërarchische controle aan. Ook de andere door de heer R. aangebrachte elementen wijzen niet op dergelijke controle.
57. **Besluitend**, kan dan ook vastgesteld worden dat de heer R. geen voldoende elementen aanbrengt die toelaten vanuit de feitelijke situatie de door hem onderschreven kwalificatie van zelfstandige uit te sluiten.

Wanneer Luciad de opstartfase voor een verkoopentiteit in Brazilië stopzette, heeft hij overigens in eerste instantie een transactionele schadevergoeding van € 60.000 gevraagd bij gebreke waaraan hij een schijnzelfstandigheid zou inroepen (zie zijn brief van 27 augustus 2014; vgl. randnummer 7).

De overige elementen die partijen aanbrengen en grotendeels berusten op eigen inkleuring, zijn niet bij machte aan deze beoordeling afbreuk te doen.

58. Hieruit volgt dat de vorderingen die hij stelde op basis van een beweerde arbeidsovereenkomst, ongegrond zijn. Zijn hoger beroep is daardoor ongegrond.

Het incidenteel beroep

59. Terwijl de heer R. zonder enig bewijs daaromtrent voorwendt dat hij gedwongen zou zijn om de dienstverleningsovereenkomst te ondertekenen (zie hierover randnummers 40 en 41), beweert Luciad dan weer dat er bedrog zou zijn gepleegd doordat het de bedoeling zou geweest zijn om de overeenkomst in Brazilië uit te oefenen, terwijl de heer R. in de Franse procedure voorhield dat hij vanuit dat land werkte.
60. Zoals reeds aangemerkt in randnummer 34, wordt op dit punt geen bedrog aangetoond; de overeenkomst voorziet immers niets over een plaats van tewerkstelling, terwijl uit het dossier blijkt dat vanuit Brazilië werd gewerkt. Er was geen daadwerkelijk aanknopingspunt met Frankrijk.
61. Luciad stelde geen tegeneis wegens tergend en roekeloos geding, maar vorderde de maximale rechtsplegingsvergoeding, omdat ze door de procedures in Frankrijk en in België gedwongen werd uitgebreid te concluderen.
62. Voor de vaststelling van de rechtsplegingsvergoeding is de Franse procedure irrelevant. Enkel met huidige procedure kan rekening gehouden worden. De beoordelingscriteria voor het toekennen van de maximale rechtsplegingsvergoeding zijn vastgelegd in art. 1022 derde lid Ger.W. Deze criteria kunnen hier niet toegepast worden, maar gelet op het feit dat beide partijen deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld, kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen in de zin dat ieder zijn eigen kosten draagt.
63. Het incidenteel beroep is ongegrond.

OM DEZE REDENEN,

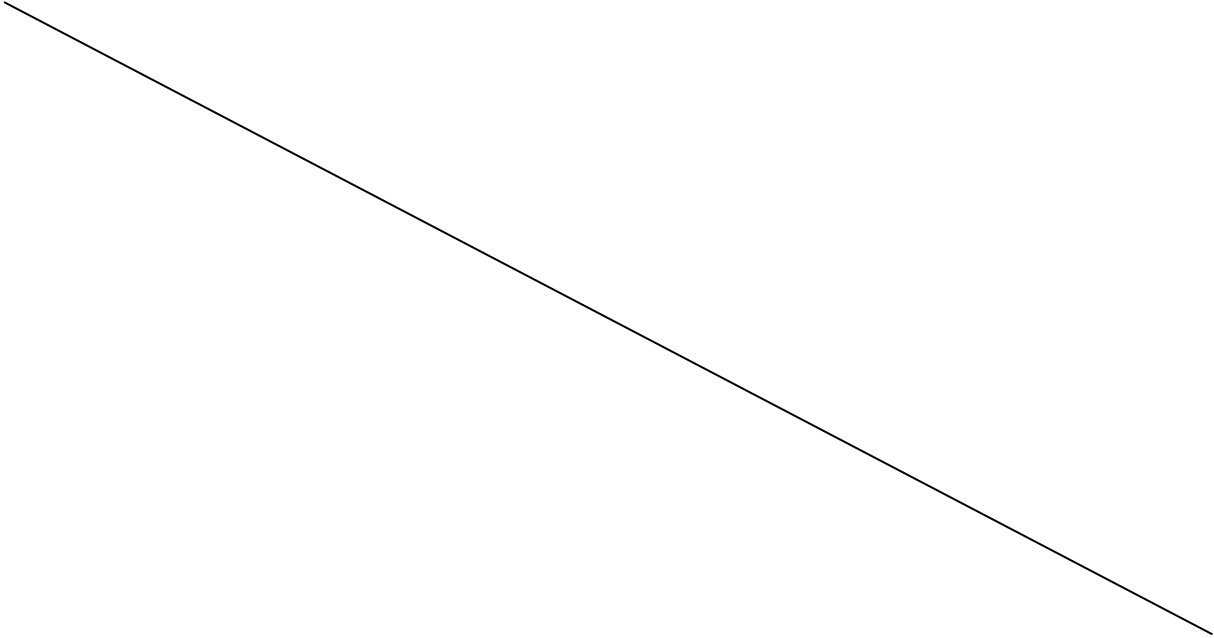
HET ARBEIDSHOF,

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

Rechtsprekend op tegenspraak,

Verklaart zowel het hoger beroep als het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond,
Bevestigt integraal het bestreden vonnis.

Slaagt de gerechtskosten van het hoger beroep om in de zin dat elke partij zijn eigen kosten draagt.



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

L. LENAERTS, kamervoorzitter,
P. CLERINX, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
D. HEYVAERT, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door K. CUVELIER, griffier

K. CUVELIER,

D. HEYVAERT,

P. CLERINX,

L. LENAERTS.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 4 februari 2020 door

L. LENAERTS, kamervoorzitter,

K. CUVELIER, griffier

K. CUVELIER,

L. LENAERTS.