

rep.nr.

2011/1383

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 12 MEI 2011

7e KAMER

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - werkloosheid
tegensprekelijk
definitief
kennisgeving art. 580, 2°, Ger. W.

in de zaak:

P wonende te
appellante op hoofdberoep, geïntimeerde op incidenteel beroep,
vertegenwoordigd door mr. DE MEIRSMAN Lucas, advocaat te 9840 DE
PINTE, J. Anthierenslaan 2

tegen:

RIJKSDIENST VOOR ARBEIDSVOORZIENING, openbare instelling, met
zetel te 1000 BRUSSEL, Keizerslaan, 7, geïntimeerde op hoofdberoep,
appellant op incidenteel beroep, vertegenwoordigd door mr. SLEIGERS P.
loco mr. DE KETELAERE Jacques, advocaat te 3000 LEUVEN,
Bondgenotenlaan 155 A

*

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

Gelet op de stukken van rechtspleging, inzonderheid:

- het voor eensluidend verklaard afschrift van de bestreden vonnissen, uitgesproken op tegenspraak op 08-06-2009 en op 14-12-2009 door de arbeidsrechtbank te Leuven, 2e kamer (A.R. 08/1818/A).
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 14 januari 2010;

- de ter griffie neergelede conclusies;
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie van dit arbeidshof op 29 maart 2011 door advocaat-generaal J.-J. André;
- de voorgelegde stukken.

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 3 maart 2011. De zaak werd in voortzetting gezet op de openbare terechtzitting van 24 maart 2011, waarna de debatten werden gesloten. Het openbaar ministerie heeft op 29 maart 2011 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 14 april 2011, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

I. DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING.

1.

De echtgenoot van mevrouw P is loodgieter. In 1994 richtte hij samen met een andere loodgieter de bvba V G op. Omdat geen van beide loodgieters beschikte over de nodige attesten inzake bedrijfsbeheer werd op dat ogenblik de echtgenote van de heer V, die wel over dit attest beschikte, aangesteld als zaakvoerder. In het jaar 1996 werd deze vennootschap geherstructureerd en gingen beide partners blijkbaar uit elkaar. De broer van de heer G werd zaakvoerder, maar beschikte evenmin over een attest bedrijfsbeheer. In die omstandigheden werd in 1996 mevrouw P, die wel over het nodige attest beschikte, als onbezoldigd zaakvoerder van de bvba aangesteld. Zij bleef op dat ogenblik haar fulltime tewerkstelling als werknemer behouden.

In de loop van het jaar 2005 verloor mevrouw P echter haar betrekking en op 1 maart 2005 vroeg zij werkloosheidsuitkeringen aan, die zij genoot van 1 maart 2005 tot en met 4 november 2006. Vanaf die laatste datum werkt zij terug als werkneemster. Op het ogenblik van de aanvraag van de werkloosheidsuitkeringen maakte mevrouw P geen melding van haar zaakvoerderschap in de vennootschap van haar echtgenoot.

2.

Bij nazicht van de databanken stelde een inspecteur van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening vast dat mevrouw P onbezoldigd zaakvoerder was van de bvba van H -G, terwijl dit niet vermeld was op de aanvraag tot het bekomen van de werkloosheidsuitkeringen.

Op 29 september 2008 besliste de Gewestelijke Directeur van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening om mevrouw P uit te sluiten uit het recht op werkloosheidsuitkeringen voor de periode van 1 maart 2005 tot en met 4 november 2006, en de werkloosheidsuitkeringen voor die periode terug te vorderen. Verder werd mevrouw P uitgesloten uit het recht op uitkeringen voor een periode van

vijf weken, die inging op 1 september 2008, omdat zij een verplichte verklaring niet had afgelegd.

3.

Bij verzoekschrift van 14 oktober 2008 heeft mevrouw P deze beslissing betwist voor de arbeidsrechtbank te Leuven.

Bij tussenvonnis van 8 juni 2009 heropende de arbeidsrechtbank de debatten ten einde mevrouw P toe te laten stukken neer te leggen van de boekhouding van de bvba, met name facturen en alle andere dienstige stukken, waardoor het tegenbewijs zou kunnen geleverd worden dat zij geen effectieve activiteit uitoefende binnen de vennootschap, zoals zij voorhield.

Bij vonnis van de 14 december 2009, ter kennis gebracht op 24 december 2009, oordeelde de arbeidsrechtbank dat mevrouw P niet slaagde in het op haar rustende tegenbewijs dat aan de uitvoering van haar mandaat geen effectieve activiteit beantwoordde. De bestreden administratieve beslissing werd dan ook bevestigd in de mate dat zij mevrouw P uitsloot uit het recht op werkloosheidsuitkeringen en de werkloosheidsuitkeringen terugvorderde. De opgelegde uitsluiting voor een periode van vijf weken werd echter aangepast in die zin dat de sanctie voor een periode van vier weken met uitstel werd opgelegd.

4.

Bij verzoekschrift van 14 januari 2010 heeft mevrouw P hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis.

Bij besluiten heeft de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening een incidenteel beroep ingesteld tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank in zoverre dit vonnis de opgelegde administratieve sanctie herleid had.

II. DE ONTVANKELIJKHEID.

Het hoger beroep is regelmatig naar de vorm. Het is ingeleid binnen de maand na de kennisgeving van de bestreden beslissing en is aldus tijdig. Het beroep is ontvankelijk.

Het incidenteel beroep is eveneens ontvankelijk.

III. BEOORDELING.

1. Het hoofdberoep.

1.

Mevrouw P roept in de eerste plaats de schending in van de rechten van verdediging in het kader van de procedure voor de arbeidsrechtbank. Zij wijst erop dat, naar aanleiding van de eerste behandeling van de zaak voor de arbeidsrechtbank, op haar vraag op het zittingsblad een verklaring geacteerd werd van een aangestelde van de Hulpkas voor Werkloosheid, waarbij zij aangesloten was, en die toevallig ter zitting aanwezig, op haar vraag bevestigd had dat bij de aanvraag tot het bekomen van werkloosheidsuitkeringen door de Hulpkas nooit het toelichtend formulier in verband met de activiteiten die dienden aangegeven te worden aan de aanvrager werd medegedeeld. Deze verklaring werd echter niet

vermeld op het definitieve zittingsblad en de eerste rechter zou er geen rekening mee gehouden hebben.

Mevrouw P voert verder aan dat zij de "functie" van onbezoldigd zaakvoerder in de vennootschap van haar echtgenoot, louter pro forma had opgenomen, meer dan negen jaar geleden, en dat daar nooit enige activiteit aan beantwoord had. Aldus had zij op, het ogenblik dat zij werkloosheidsuitkeringen aanvroeg, er ook op geen enkel moment aan gedacht had dat zij deze functie diende te vermelden. Mevrouw P stelt ook dat het formulier, zoals dat haar ter ondertekening werd voorgelegd, op geen enkele wijze liet blijken dat zij van deze functie melding diende te maken. Op dit formulier werd immers enkel de vraag gesteld of zij een nevenactiviteit uitoefende of een zelfstandige hielp, wat niet het geval was. Mevrouw P stelt dat de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening tekort gekomen is aan zijn informatieverplichting door niet uitdrukkelijk op de aanvraagformulieren te vermelden dat eveneens kennis diende gegeven te worden van ieder mandaat in een vennootschap, ook als dit niet bezoldigd is. Door deze tekortkoming werd zij in een situatie van overmacht geplaatst, wat volgens haar zou uitsluiten dat zij tot terugbetaling van de genoten werkloosheidsuitkeringen zou kunnen veroordeeld worden.

2.

De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening wijst erop dat de uitoefening van een mandaat in een vennootschap een wettelijk vermoeden inhoudt dat een dergelijke mandataris in België een zelfstandige beroepsbezigheid uitoefent en dat de bestuurder van een vennootschap bijgevolg geacht wordt een activiteit te verrichten voor zichzelf, die ingeschakeld kan worden in het economische ruilverkeer van goederen en diensten, en niet beperkt is tot het gewone beheer van het eigen bezit. Een dergelijk mandaat kan daarom niet met werkloosheidsuitkeringen gecumuleerd worden.

De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening stelt verder dat, indien er een tekortkoming zou geweest zijn aan de informatieverplichting, deze tekortkoming haar niet toerekenbaar was maar enkel toerekenbaar was aan de uitbetalingsinstelling, in casu de Hulpkas voor Werkloosheidsuitkeringen. De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening wijst erop dat een tekortkoming in de informatieverplichting er nooit toe kan leiden dat aan de werkloze een recht zou toegekend worden, waarop hij volgens de wettelijke bepalingen geen aanspraak kan maken.

3.

In tegenstelling met wat mevrouw P voorhoudt heeft de eerste rechter in zijn vonnis van 14 december 2009 wel degelijk rekening gehouden met de informatie die verzameld werd bij de instructie van de zaak op de zitting van 11 mei 2009. Het vonnis vermeldt immers uitdrukkelijk bij de beoordeling van de opgelegde sanctie: "Het is enkel op het formulier C1- Infoblad dat de nodige informatie wordt verschaft. Ter zitting bleek dat dit formulier niet spontaan aan de rechthebbende wordt overhandigd, althans toch niet door de Hulpkas waarbij betrokkene was aangesloten en betrokkene dan ook nooit kennis gekregen heeft van dit infoblad." De eerste rechter steunt op deze vaststelling om de opgelegde sanctie gedeeltelijk met uitstel op te leggen. De omstandigheid dat deze verklaring niet werd opgenomen op het definitieve zittingsblad was dan ook niet van aard om de rechten van de verdediging te schenden, of een vermoeden te scheppen dat de eerste rechter de zaak niet op onpartijdige wijze zou beoordeeld hebben. De niet-vermelding op het zittingsblad, in de vorm zoals dit door mevrouw P gevraagd was, hield ongetwijfeld verband

met de vaststelling dat juridisch de verklaring die door een derde partij spontaan ter zitting wordt afgelegd, geen bewijsmiddel kan vormen dat tot stand gekomen is volgens de procedure van een tegensprekelijk getuigenverhoor. Er is dan ook geen reden om de zaak terug te verzenden naar de eerste rechter, wat overigens door artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek uitgesloten wordt.

4.

Indien het in de regel aan de uitbetalingsinstelling toekomt om de werkloze volledig in te lichten over zijn rechten en verplichtingen, dan kan de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zich nochtans in deze zaak niet volledig verschuilen achter de verplichting van de verzekeringsinstelling. Het is de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening die het formulier C1 heeft opgemaakt. De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening weet uit de praktijk, en uit de veelvuldige betwistingen die zich daarover stellen voor de arbeidsrechtbank en voor het arbeidshof, dat veel werklozen zich niet realiseren dat het begrip "nevenactiviteit", waarnaar verwezen wordt in het aangifteformulier, ook betrekking kan hebben op de uitoefening van een onbezoldigd mandaat binnen een vennootschap (gelet op de wettelijke vermoedens die terzake ingelast zijn in de wetgeving op de onderwerping aan het sociaal statuut van de zelfstandige). Verschillende vonnissen hebben de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening reeds op dit probleem attent gemaakt. Ook ter zitting van dit hof heeft de heer advocaat-generaal herhaaldelijk de diverse raadslieden van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening gewezen op het probleem dat zich ter zake stelde, zonder dat blijkbaar de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zich de moeite getroost om zijn formulier terzake aan te passen, wat toch maar een kleine moeite zou zijn. Aldus zouden heel veel problemen voor de werklozen vermeden kunnen worden, vermits het vaak gaat om "activiteiten", waarvan de cumulatie zou kunnen toegestaan worden. De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zou op die manier ook kunnen bijdragen tot een vermindering van het aantal rechtszaken.

De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening dient echter gevolgd te worden waar hij stelt dat de enkele tekortkoming aan de informatieverplichting, zoals aan andere beginselen van behoorlijk bestuur, er nooit toe kan leiden dat een werkloze rechten verwerft, waarop hij wettelijk geen aanspraak kan maken. De verplichting tot aangifte van een nevenactiviteit - ook als het gaat om een nevenactiviteit die kan toegelaten worden en ook geen aanleiding geeft tot een vermindering van het bedrag van de uitkering - is noodzakelijk om de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening in ieder concreet geval toe te laten na te gaan het inderdaad om een nevenactiviteit gaat, en welke inkomsten daaruit desgevallend kunnen voortvloeien.

5.

Overeenkomstig artikel 44 van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991 op de werkloosheidsuitkeringen dient te werkloze, om uitkeringen te kunnen genieten, zonder arbeid en zonder loon te zijn.

Overeenkomstig artikel 45, 1^o van hetzelfde besluit wordt als arbeid beschouwd de ~~activiteit verricht voor zichzelf die ingeschakeld kan worden in het economisch~~ ruilverkeer van goederen en diensten en die niet beperkt is tot het gewone beheer van het eigen bezit. Opdat er sprake is van arbeid in de zin van art. 44 en 45 van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991 is vereist enerzijds dat er sprake is van een daadwerkelijke activiteit en anderzijds dat deze activiteit kan ingeschakeld worden in het economische ruilverkeer van goederen en diensten.

In de regel kan daarbij aangenomen worden (cfr. Cass. 3.01.2005, J.T.2005, 233) dat een bestuurder van een vennootschap, die effectief aan het bestuur deelneemt en

bovendien een financieel belang heeft in de vennootschap doordat hij op enige wijze, kan genieten van het resultaat van de activiteit van deze vennootschap, arbeid verricht in de zin van de bepalingen van art. 44 en 45 van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991, ook al is zijn mandaat als dusdanig onbezoldigd. Deze activiteit wordt dan immers op indirecte wijze uitgeoefend met het oog op het verkrijgen van een opbrengst.

Overeenkomstig artikel 48 § 1 van het besluit kan de werkloze, die op bijkomstige wijze een activiteit uitoefent in de zin van artikel 45, verder uitkeringen genieten op voorwaarde dat (1) hij daarvan aangifte doet bij zijn aanvraag; (2) hij deze activiteit reeds uitoefende terwijl hij tewerkgesteld was als werknemer en dit ten minste gedurende de drie maanden voorafgaand aan de aanvraag; (3..); (4,b) het geen activiteit betreft in een beroep dat valt onder het hotelbedrijf, met inbegrip van de restaurants en de drankgelegenheden, tenzij de activiteit van gering belang is.

Overeenkomstig art. 4 van de wet van 10 februari 1998 tot bevordering van het zelfstandig ondernemerschap moet elke KMO, natuurlijke persoon of rechtspersoon die een activiteit uitoefent die in het handels- of ambachtsregister moet worden ingeschreven, bewijzen over de basiskennis van het bedrijfsbeheer te beschikken. Overeenkomstig art. 4 § 2 van deze wet is aan deze verplichting voldaan als het bewijs van de basiskennis van het bedrijfsbeheer geleverd wordt door het zelfstandig ondernemingshoofd, door zijn echtgenoot of de wettelijk samenwonende, of door de partner met wie hij minstens zes maanden samenwoont of door de natuurlijke persoon, die het dagelijks bestuur daadwerkelijk uitoefent.

6.

Het wordt niet betwist dat mevrouw P. het mandaat van zaakvoerder bekleedde in de vennootschap van haar echtgenoot. Het wordt evenmin betwist dat zij deze functie bekleedde omdat zij een attest had waaruit de basiskennis van het bedrijfsbeheer bleek, attest dat noodzakelijk is om een handels- of ambachtactiviteit te kunnen uitoefenen. In het licht van deze bepalingen kan niet aanvaard worden dat mevrouw P. geen enkele activiteit in de vennootschap heeft uitgeoefend. Enerzijds waren er de verplichtingen eigen aan het zaakvoerderschap. Anderzijds heeft zij, door haar kennis van het bedrijfsbeheer, haar echtgenoot noodzakelijk bijgestaan in het beheer van de vennootschap. Er anders over oordelen zou inhouden dat een attest van kennis van het bedrijfsbeheer op louter fictieve basis in een vennootschap zou kunnen ingebracht worden.

Omgekeerd staat vast dat de inbreng van mevrouw P. in de vennootschap van haar echtgenote zeker heel beperkt geweest is. Mevrouw P. heeft, behoudens in de periode die gedekt wordt door de werkloosheidsuitkeringen, haar functie als zaakvoerder steeds gecombineerd met een fulltime activiteit als werkneemster. Het staat ook vast dat mevrouw P. niet over de technische kennis beschikte om haar echtgenoot op enige wijze daadwerkelijk bij te staan in de feitelijke exploitatie van de vennootschap. Uit de voor het hof voorgelegde stukken blijkt bovendien dat nagenoeg de volledige boekhouding van de vennootschap werd waargenomen door een externe boekhouder. Deze externe boekhouder hield zich, volgens zijn verklaring, bezig met het inboeken van de aankoop en verkoopfacturen, het inboeken van rekeninguittreksels en kasverrichtingen, de opmaak van de BTW aangifte en van de BTW listing, de afsluiting van de jaarlijkse boekhouding met de opmaak van de jaarrekening en de fiscale aangifte, en met de opmaak van de verslagen van de zaakvoerder en van de algemene vergadering. De realiteit en de omvang van deze activiteiten wordt bevestigd door het bedrag van de facturen en door het detail van

de prestaties die door deze boekhouder voorgelegd werden. Mevrouw P. zou enkel hulp kunnen verleend hebben met het opmaken van de uitgaande facturen en door het advies dat zij vanuit haar kennis van het bedrijfsbeheer zou kunnen verleend hebben aan haar echtgenoot met betrekking tot het algemeen beleid van de onderneming. Volgens mevrouw P. werd de uitgaande facturatie echter verricht door haar echtgenoot zelf op basis van een eenvoudig facturatieprogramma. Alhoewel zulks uiteraard niet kan geverifieerd worden, is deze verklaring aannemelijk. Voor kleine zelfstandigen bestaat voldoende eenvoudige facturatie software, die ook niet geschoolde personen toelaat facturen op te maken.

7.

Overeenkomstig artikel 169 alinea 3 van het werkloosheidsbesluit wordt, wanneer de werkloze bewijst dat hij alleen arbeid heeft verricht of een zelfstandige heeft geholpen op bepaalde dagen of gedurende bepaalde periodes, de terugvordering beperkt tot deze dagen of tot deze periodes. In het licht van de in de vorige alinea's uiteengezette feitelijke gegevens oordeelt het hof dat voldoende bewezen is dat de activiteit die mevrouw P. in de vennootschap van haar echtgenoot zou kunnen verricht hebben, een tewerkstelling van één dag per maand niet overschrijdt.

De bestreden beslissing, in zoverre zij mevrouw P. uitsluit van het recht op uitkeringen, en de terugvordering beveelt van de ten onrechte betaalde uitkeringen, is dan ook enkel gegrond voor een activiteit van 1 dag per maand in de periode van 1 maart 2005 tot 4 november 2006, hetzij voor 21 activiteitsdagen. De beslissing dient voor het overige vernietigd te worden. Het bestreden vonnis dient op dit punt hervormd te worden.

2. Het incidenteel beroep.

De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening vraagt bij wijze van incidenteel beroep de hervorming van het bestreden vonnis, in zoverre dit de opgelegde sanctie herleidt. De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening wijst erop dat deze vermindering niet kan steunen op het feit dat de Hulpkas voor werkloosheidsuitkeringen tekort zou gekomen zijn in haar informatieverplichting door aan mevrouw P. niet het infoblad, dat betrekking had op de inhoud van de mogelijke nevenactiviteiten, ter beschikking te stellen.

Zoals reeds besproken werd bij het onderzoek van het hoofdberoep is de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zelf aansprakelijk voor de onnauwkeurige formulering van het aanvraagformulier van de werkloosheidsuitkeringen en dient hij uit de praktijk te weten dat zeer veel personen zich niet realiseren dat onder het begrip nevenactiviteit ook de uitoefening van een onbezoldigd bestuursmandaat kan beschouwd worden.

De eerste rechter heeft dan ook terecht bij de vermindering van de sanctie rekening gehouden met het feit dat mevrouw P. onvoldoende geïnformeerd was over de werkelijke draagwijdte van haar verplichtingen. Het incidenteel beroep wordt dan ook afgewezen.

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,

Gelet op het schriftelijk advies van de heer Jean Jacques André, advocaat-generaal,

Verklaart het hoofdberoep ontvankelijk en als volgt gegrond.

Hervormt gedeeltelijk het bestreden vonnis.

Vernietigt de bestreden administratieve beslissing in zoverre zij aan mevrouw P. het recht op werkloosheidsuitkeringen ontzegt voor de volledige periode van 1 maart 2005 tot 4 november 2006. Zegt dat mevrouw P. alleen uitgesloten is van het recht op werkloosheidsuitkeringen voor tewerkstelling van één dag per maand in deze periode, hetzij 21 dagen in het totaal, en dat de terugvordering daarom eveneens dient beperkt te worden tot deze dagen.

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Veroordeelt in overeenstemming met artikel 1017 al. 2 van het Gerechtelijk Wetboek geïntimideerde tot de kosten van het hoger beroep, niet begroot in hoofde van appelante.

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

Fernand KENIS,
Jean BOULOGNE,
Hedwig SILON,
arbeider,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN,

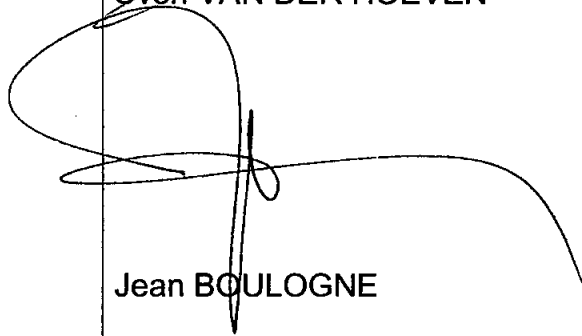
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-

griffier.

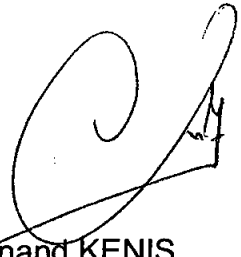


Sven VAN DER HOEVEN

Hedwig SILON



Jean BOULOGNE



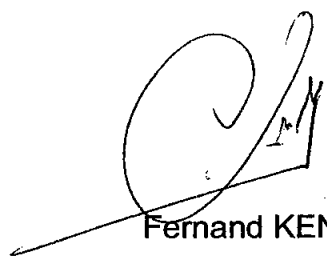
Fernand KENIS

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 12 mei 2011 door:

Fernand KENIS, raadsheer,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.



Sven VAN DER HOEVEN



Fernand KENIS

