

rep.nr.

2014/320

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

OPENBARE TERECHTZITTING VAN 4 FEBRUARI 2014

3 e KAMER

ARBEIDSRECHT - arbeidsovereenkomst bediende
tegensprekelijk
definitief

In de zaak:

V

, wonende te

appellante,
vertegenwoordigd door de heer HAOUCHI Samir, gevolmachtigde –
A.C.V. –Verbond Brussel, met kantoor te 1000 Brussel, Pletinckxstraat 19.

Tegen:

DUBAERE Joan, in hoedanigheid van curator van VOLENS VZW,
kantoorhoudende te 1070 BRUSSEL, Ninoofsesteenweg 643,
geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. COIGNAU Inge, advocaat te
1070 BRUSSEL, Ninoofsesteenweg 643.

*

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 4 mei 2012 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 23^e kamer (A.R. 18628/09),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 26 november 2012,
- de conclusie en de syntheseconclusie voor de appellante neergelegd ter griffie, respectievelijk op 6 juni 2013 en 7 oktober 2013,

- de conclusies en de syntheseconclusie voor de geïntimeerde neergelegd ter griffie, respectievelijk op 22 maart 2013, 31 juli 2013 en 9 december 2013,
- de voorgelegde stukken.

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 7 januari 2014, waarna de debatten werden gesloten, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

*

I. FEITEN EN RECHTSPLEGING

1. Mevrouw i V werd door bemiddeling van de vzw Volens uitgezonden naar Brazilië als ontwikkelingshulpster.

De vzw Volens (hierna aangeduid als *de vzw*) is een NGO met ontwikkelings-samenwerking als belangrijkste maatschappelijk doel. Ze werd in vereffening gesteld bij beslissing van de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van 29 oktober 2011, waarbij mtr. Johan Dubaere werd aangesteld als vereffenaar.

De vzw opereert in het kader van:

- het KB van 18 juli 1997 betreffende de erkenning en subsidiëring van niet gouvernementele ontwikkelingsorganisaties en van hun federaties (*BS 27 augustus 1997*) – hierna aangeduid als *KB*
(Mevrouw V: verwijst naar het KB van 24 september 2006, doch dit heft middels zijn art. 22 het KB van 18 juli 1997 slechts op vanaf 1 januari 2011, waarbij het KB van toepassing blijft tot 31 december 2010 op die programma's die erkend zijn voor 1 januari 2006, reeds lopend waren op 1 januari 2007 en een nieuw programma hadden ingediend tot 31 december 2010, wat het geval was, zodat het op huidige betwisting niet van toepassing is, zoals oordeelkundig door de eerste rechter vastgesteld),
- het MB van 25 september 1998 houdende uitvoeringsmaatregelen van het KB (*BS 29 september 1998*) – hierna aangeduid als *MB*.

2. Op 31 maart 2008 ondertekenden mevrouw V en de vzw een uitzendovereenkomst die werd afgesloten conform het KB (zie art. 1) en die hun samenwerking regelde; hierbij werd in art. 2 bepaald dat ze als NGO-coöperante werd tewerkgesteld in Fortaleza Brazilië met de functie: *specialist solidaire economie door Obra Kolping op basis van een voltijdse arbeidsovereenkomst*.

De uitzendovereenkomst werd afgesloten voor 33 maanden van 1 april 2008 tot 31 december 2010 (artikel 3) en ze geldt slechts zolang de bovengenoemde arbeidsovereenkomst wordt uitgevoerd (artikel 4).

3. Op 1 april 2008 ondertekenden Obra Kolping do Brasil en mevrouw V te Fortaleza Brazilië een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd naar Braziliaans recht voor de periode van 1 april 2008 tot 31 december 2010 en dit voor

de functie van referentie-coöperante onder de supervisie van M
(art. 2).

Obra Kolping do Brasil is een lokale partnerorganisatie van de vzw.

4. Op 27 januari 2009 verzond de vzw een brief aan mevrouw F met volgende inhoud: *Tot ons spijt moeten wij u kennisgeven van onze beslissing de arbeidsovereenkomst te beëindigen middels het presteren van een opzegging van vijf maanden. Deze opzegging neemt een aanvang op 01/02/2009.*

Mevrouw V. leidt o.m. uit deze brief af dat ze met een arbeidsovereenkomst door de vzw tewerkgesteld was en dat de uitzendovereenkomst in die zin moet worden geherkwalificeerd.

In een toelichtend e-mailbericht van 28 januari 2009 werd ze ingelicht over de verzending van deze brief, die gekaderd werd in een ministeriële beslissing betreffende de concentratie van projecten, waardoor de planning voor Brazilië moest worden aangepast. De opzegbrief trachtte op administratief vlak hieraan tegemoet te komen. Hetzelfde zou gebeuren voor de andere coöperanten.

5. Bij tegensprekelijk verzoekschrift, neergelegd op 21 december 2009 op de griffie van de arbeidsrechtbank te Brussel vorderde mevrouw V. vanwege de vzw betaling van:

- een opzeggingsvergoeding van € 9.306,73
 - achterstallig loon of € 28.496,02
 - achterstallig dubbel vakantiegeld of € 9.277,91
 - vertrekvakantiegeld of € 2.651,99
 - betaalde feestdag 21 juli 2009 of € 66,49
- vermeerderd met intresten en kosten.

Tevens vroeg ze de afgifte van de overeenstemmende sociale en fiscale documenten onder verbeurte van een dwangsom.

6. Bij vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 4 mei 2012 werd deze vordering afgewezen als ontvankelijk maar ongegrond, omdat er geen arbeidsovereenkomst was met de vzw.

7. Bij verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van het arbeidshof te Brussel op 26 november 2012, tekende mevrouw V. hoger beroep aan en hernam ze haar oorspronkelijke vordering.

II. BEOORDELING

1. Het hoger beroep werd tijdig en met een naar de vorm regelmatige akte ingesteld, zodat het ontvankelijk is. Dit wordt overigens niet betwist.

Het kader van de uitzendovereenkomst van 31 maart 2008

2. Het KB van 18 juli 1997 regelt de erkenning en subsidiëring van niet gouvernementele ontwikkelingsorganisaties en van hun federaties en geeft daarbij uitvoering aan de art. 49 en 51 van de Programmawet van 24 december 1993. (BS 31 december 1993)

NGO's kunnen erkend en betoelaagd worden op basis van een programma, dat betrekking heeft op het uitzenden van personen, zijnde *het inzetten, uitwisselen of ondersteunen van personen in samenwerking met lokale partners* (KB, art. 8,4°).

Om voor subsidiëring in aanmerking te komen, moet de NGO-coöperant beschikken over een uitzendovereenkomst met de Belgische NGO die de nadere regels van begeleiding en communicatie voor, tijdens en na de uitzending regelt.
(KB, art. 17, 4°)

De betoelaging van de coöperant gebeurt via aan de NGO toegekende voorschotten waarmee de NGO minimaal volgende elementen moet verzekeren:

- een maandelijkse subsidie, desgevallend verhoogd met een gezinssubsidie en met een ervaringssubsidie
- kinderbijslag, kraamgeld en adoptiepremie
- het schoolgeld
- de sociale zekerheid
- een bijstands- en repatriëringsverzekering
- een aanvullende verzekering voor een gewaarborgd inkomen bij ziekte
- een subsidie voor reis- en bagagekosten
- een subsidie voor de vormingskosten

(KB, art. 16 §2).

In dit KB wordt onder "NGO-coöperant verstaan: *de persoon, uitgezonden door een NGO waarvoor de NGO een subsidie krijgt, zoals bepaald in art. 16* (KB, art. 1,7°).

Hieruit volgt dat deze term een verzamelnaam is voor elke uitgezondene, ongeacht de in het buitenland uitgeoefende functie, zoals bv. specialist solidaire economie, referentie-coöperante, coördinator, coöperant...

1998

3. Het MB van 25 september 2008 bepaalt de uitvoeringsmaatregelen van het KB.

Art. 3§ 6, zoals gewijzigd door art. 4,2° van het MB van 29 april 2002 (BS 17 mei 2002), preciseert in verband met het uitzenden van personen:

De activiteiten van het type "uitzenden van personen", zoals bedoeld in artikel 8, 4°, van het koninklijk besluit, dienen gebaseerd te zijn op een vraag van de lokale partner die aangetoond wordt aan de hand van een samenwerkingsakkoord dat bij het jaarlijkse verslag moet worden gevoegd.

Het inzetten van de NGO-coöperant gebeurt op basis van een arbeidsovereenkomst afgesloten met de NGO of met de lokale partner. De arbeidsovereenkomst heeft een minimum duur van twaalf maanden, vakantie inbegrepen. Verlengingen van minder dan twaalf maand zijn mogelijk.
(eigen onderlijning).

4. Om de coöperant volledig in te lichten werd door de Vlaamse federatie van NGO's een handleiding opgesteld, die aanvangt met een Lexicon, waarin een definitie wordt gegeven van een

Arbeidsovereenkomst: overeenkomst waarbij de werknemer zijn werkkraft tegen betaling ter beschikking stelt van de werkgever, onder wiens gezag hij zich plaatst. De werkgever kan de lokale partner zijn, of de NGO (uitzendorganisatie) zelf (p. 4) eigen onderlijning.

Uitzendovereenkomst: overeenkomst tussen de NGO-coöperant en, de NGO die hem uitzendt, waarbij de relaties voor, tijdens of na de uitzending worden geregeld,

vooral de omkadering en de toekenning van de voordelen die in het KB van 1997 vervat zijn voor de NGO-coöperanten. (p.7).

Op p. 17 wordt uitgelegd:

De uitzendovereenkomst is essentieel want ze legt de verhouding tussen de NGO en de NGO-coöperant, enigszins als partners bij het uitvoeren van een (ontwikkelings)-actie, vast. Het betreft hier dus geen arbeidsovereenkomst. Tenzij anders vermeld, valt de uitzendovereenkomst onder het Belgische verbintenissenrecht (zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek). In deze overeenkomst worden alle specifieke (aanvullende) afspraken tussen NGO en NGO-coöperant vastgelegd. De NGO-coöperant kan van de NGO het volgende verwachten:

- ...
- *bemiddeling of specifieke rol in de relaties met de werkgever, lokale partner...* (eigen onderlijning).

Op p.85 worden geheugensteuntjes gegeven, waaraan de NGO-coöperant aandacht moet besteden voordat hij vertrekt, waaronder:

- *De arbeidsovereenkomst met de werkgever afsluiten. Indien dit niet de lokale partner is, de relatie met deze laatste duidelijk afspreken samen met de uitzendorganisatie.*

Op p. 107 wordt als bijlage een model van uitzendovereenkomst gevoegd.

Toepassing

5. Partijen ondertekenden op 31 maart 2008 een uitzendovereenkomst, die in art. 1 het juridisch kader toelicht, zoals hierboven geschetst. Hierbij wordt vermeld dat de uitzendovereenkomst maar rechtsgeldig is indien er een arbeidsovereenkomst bestaat met de lokale partner.

Art. 2 verwijst naar de voltijdse arbeidsovereenkomst met Obra Kolping in Brazilië.

6. Op 1 april 2008 heeft mevrouw V. ook daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst naar Braziliaans recht met deze lokale partner afgesloten.

Art. 2 van deze arbeidsovereenkomst bepaalt dat mevrouw V. haar functie in Brazilië zal uitoefenen onder de supervisie van N.

Deze arbeidsovereenkomst werd voor Obra Kolping ondertekend door M. B. Deze zelfde persoon zal niettemin op 12 april 2010 een verklaring opstellen dat de arbeidsrelatie van mevrouw V. geregeld werd via de Belgische wetten en coöperantenstatuut, zoals het art. 4.10 van het ondertekende samenwerkingsovereenkomst stelt.

Art. 4.10 van deze samenwerkingsovereenkomst tussen de organisaties verwijst echter naar de administratieve regeling van de betoelaging van de uitzending van personen, zoals beschreven in randnummer 2.

Deze regeling houdt enkel in dat de NGO-coöperant kan worden ingezet op basis van een arbeidsovereenkomst "afgesloten" met de lokale partner. Een dergelijke arbeidsovereenkomst werd met Obra Kolping "afgesloten" op 1 april 2008.

Indien er betwistingen zouden zijn over de uitvoering van deze arbeidsovereenkomst, dan volgt uit art. 25 van de arbeidsovereenkomst dat mevrouw V zich tot de Braziliaanse rechtbanken dient te wenden, maar ter zitting wordt uitgelegd dat er hierover geen procedure hangend is.

De welwillendheidsverklaring van mevrouw N impliceert dus niet dat de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst zou moeten worden beschouwd; evenmin volgt daaruit dat de vzw gezag zou hebben uitgeoefend over mevrouw V.

7. De betalingen die mevrouw V vanwege de vzw Volens ontving, stemmen overeen met wat beschreven staat in art. 16 §2 van KB (zie randnummer 2).

Ze ontving:

- een maandelijkse subsidie, verhoogd met een gezinssubsidie en een bijdrage partnerfinanciering
- kinderbijslag.

Voor haar sociale zekerheid werd ze aangesloten bij de DOSZ (basisstelsel, medische kosten, arbeidsongeval en privéongeval) onder nummer 159490-5/005094.

De DOSZ werd opgericht bij de wet van 17 juli 1963 (BS 8 januari 1964) en is belast met het verzekeren van de sociale zekerheid van personen die tewerkgesteld zijn buiten de Europese Economische Ruimte en buiten Zwitserland. De aansluiting is facultatief en gebeurt op vrijwillige basis; de aansluiting kan maar moet niet via de werkgever te gebeuren (zie in die zin art. 8 §4, 3° van het MB).

8. Voor deze uitbetaling werden door het sociaal secretariaat Pegasus, belast met het beheer van expatriates van de NGO's, zogenaamde loonbrieven opgemaakt.

Pegasus legt uit dat ze voor deze documenten geen onderscheid maakt tussen personen uitgezonden door een NGO al naar gelang dit gebeurt op basis van een uitzendovereenkomst of ook via een arbeidsovereenkomst; ze hanteert telkens de documenten van het informaticasysteem van Groep S.
(zie haar verklaring van 14 september 2010)

Uit de benaming 'loonbrief' kan dan ook niet zomaar worden afgeleid dat de betrokkene door een arbeidsovereenkomst met de vzw verbonden is.

Uit de door mevrouw V voorgelegde exemplaren blijkt dat er geen bijdragen sociale zekerheid en geen bedrijfsvoorheffing werd afgehouden van de uitgekeerde bedragen.

Dergelijke elementen zijn overigens op zichzelf genomen niet bij machte om het bestaan van een arbeidsrelatie en de aanwezigheid van een gezagsband adequaat te kwalificeren (vgl. art. 333 §3 van de arbeidsrelatieswet).

9. Uit het bovenstaande volgt dat mevrouw V door de vzw uitgezonden werd op grond van de bepalingen van het KB en het MB en dat dit gebeurde op basis van de door haar afgesloten arbeidsovereenkomst met de lokale partner Obra Kolping.

Kan de uitzendovereenkomst worden geherkwalificeerd naar een arbeidsovereenkomst?

10. Een arbeidsovereenkomst voor bedienden is de overeenkomst waarbij een werknemer, de bediende zich verbindt tegen loon onder gezag van zijn werkgever in hoofdzaak hoofdarbeid te verrichten (art. 3 arbeidsovereenkomstenwet).

Mevrouw V heeft haar uitzending naar Brazilië niet gekwalificeerd als zijnde een arbeidsovereenkomst met de vzw; wel sloot ze een arbeidsovereenkomst met Obra Kolping.

De effectieve uitvoering van de overeenkomst moet overeenkomen met wat partijen overeenkwamen. Er moet voorrang gegeven worden aan de kwalificatie die uit de feitelijke uitoefening blijkt indien deze de door partijen gegeven kwalificatie uitsluit.

Mevrouw V: houdt voor dat ze in werkelijkheid onder gezag van de vzw stond, zodat haar tewerkstelling de kwalificatie als uitzendovereenkomst uitsluit. Ze verwijst daarvoor naar een aantal e-mails die volgens haar instructies over haar werkzaamheden bevatten.

Het uitoefenen van gezag houdt de bevoegdheid in om leiding te geven en toezicht te houden, zelfs indien die bevoegdheid niet effectief wordt uitgeoefend. (Cass. 25 februari 1965, Arr. Cass. 1980-81, 1080; Cass. 18 mei 1981, Arr. Cass. 1980-81, 1080)

Hoewel de arbeidsrelatieswet hier niet van toepassing is, kan vergeleken worden met art. 333 van de Programmawet (I) van 27 december 2006 (BS 28 december 2006), omdat daar algemene criteria worden bepaald die toelaten het bestaan of de afwezigheid van een gezagsband te beoordelen. Deze criteria zijn:

- de wil der partijen, zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt
- de vrijheid van organisatie van de werktijd
- de vrijheid van het werk
- de mogelijkheid om hiërarchische controle uit te oefenen.

11. De e-mails waarnaar mevrouw V verwijst, tonen niet aan dat de vzw het werk en de organisatie van de werktijd bepaalde of dat ze een hiërarchische controle uitoefende over haar werk.

Ze betreffen enkel rapportage die in het kader van de uitzending nodig was om het met de overheid afgesproken ontwikkelingsprogramma te kunnen opvolgen.

Dit volgt uit de bewoordingen van de e-mails:

- e-mail 22 juni 2009: *Om je op de hoogte te houden van wat hier gaande is, nog deze kleine mail.* Volgt dan een rapportage over de gelden, de vergaderingen en de verslagen.
- E-mail 30 juni 2009: vraag om een bericht in het Portugees aan de andere coöperanten over te maken, dat ook aan de partnerorganisatie zal meegedeeld worden.
- E-mail 9 april 2007; deze e-mail situeert zich buiten de periode van de uitzendingovereenkomst, maar betreft het opmaken van verslagen voor het nieuwe programma en het bezoek van het ministerieel comité. De vraag wordt

gekaderd in een medewerking, die deel uitmaakt van de samenwerking met coöperanten.

- E-mail van 5 december 2007 en 30 januari 2008; ook deze e-mails situeren zich buiten de periode van de uitzendingovereenkomst, maar betreffen vragen in functie van het opmaken van de verslaggeving over het programma 2003-2007.
- E-mail 19 december 2006; deze e-mail situeert zich eveneens buiten de periode van de uitzendingovereenkomst, maar heeft ook betrekking op de richtlijnen van het nieuwe programma en de kans op voortzetting.
- E-mail 12 maart 2009: financiële richtlijnen voor het verslag van 2008, de opmaak van het actieplan 2009 en de planning 2010.
- E-mail 16 juni 2009: financiële afspraken "om in een algemeen rapport te gebruiken"
- E-mail 27 mei 2009: vraag van mevrouw V. aan andere coöperanten om verslagen door te geven in functie van het op te maken algemeen verslag.

Deze financiële afspraken, verslaggeving en opmaken rapporten kaderen in art. 17 van de uitzendingovereenkomst i.v.m. de verbintenissen van de NGO-coöperante. Naast het naleven van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met Obra Kolping, verbindt de coöperante zich ertoe goed te rapporteren en in te gaan op vragenlijsten en enquêtes indien ze gevraagd worden.

Deze bepaling van de uitzendingovereenkomst is nodig, omdat art. 10 van het KB bepaalt dat een NGO, die een subsidie geniet, bij de Minister een jaarverslag moet indienen voor 31 mei van het jaar volgend op dat waarop het verslag betrekking heeft. Dit jaarverslag bevat een activiteitenverslag en een financieel verslag.

Bovendien blijkt uit de voorbeelden van verslagen dat enkel de activiteiten in Brazilië worden weergegeven zonder dat daarbij op enige manier wordt aangegeven dat de vzw de organisatie van het werk of de werktijd zou bepalen of dat er een hiërarchische controle wordt uitgeoefend of kan worden uitgeoefend.

De feitelijke uitvoering sluit de kwalificatie in de uitzendingovereenkomst niet uit en hieruit volgt dat een arbeidsovereenkomst werd afgesloten met de Braziliaanse partnerorganisatie.

In de e-mail van 22 juni 2009 wordt onderaan zelfs vermeld dat Obra Kolping samen met andere plaatselijke organisaties de coördinatie van het 'consorcio' overneemt, wat wijst in de richting van een supervisie van de activiteiten van mevrouw V. door deze organisatie in overeenstemming met art. 2 van de arbeidsovereenkomst.

De mogelijkheid om gezag en hiërarchische controle uit te oefenen lag dan ook niet bij de vzw.

Terecht merkte de eerste rechter ook op dat mevrouw V. vanwege de vzw geen loon ontving, maar enkel subsidies op basis van de door de overheid in het kader van het goedgekeurde programma verleende voorschotten.

12. De overige argumenten en middelen van mevrouw V. kunnen daaraan geen afbreuk doen.

Tevergeefs werpt ze op dat de hiërarchie van de verbintenissen in het arbeidsrecht niet zou gerespecteerd zijn of dat de regels in verband met de ter beschikking stelling zouden overtreden zijn. Hiervoor dient ze eerst aan te tonen dat ze door een arbeids-overeenkomst naar Belgisch recht met de vzw verbonden was en hierin faalt ze.

Hetzelfde geldt voor de omschrijving van het werkgeverschap in het sociaal strafrecht.

Hieraan wordt ook geen afbreuk gedaan door de opzeggingsbrief van de vzw van 27 januari 2009. Om een arbeidsovereenkomst te kunnen opzeggen, moet er eerst een arbeidsovereenkomst zijn. De bewoordingen van de brief kunnen daaraan geen afbreuk doen. De vzw erkent dat deze bewoordingen berusten op een materiële vergissing; ze houden geen buitengerechtelijke bekentenis in, omdat een bekentenis geen uitspraak kan doen over de juridische oplossing van een rechtsvraag (Cass. 17 juni 2005, *RABG* 2005, 1620).

13. Het arbeidshof kan zich dan ook aansluiten bij het goed onderbouwde en oordeelkundige vonnis van de eerste rechter die de vorderingen op de aangegeven basis terecht ongegrond heeft verklaard. Het hof herneemt de motieven en gronden van dit vonnis.

Het hoger beroep is daardoor ongegrond.

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,

Recht sprekend op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Bevestigt het bestreden vonnis.

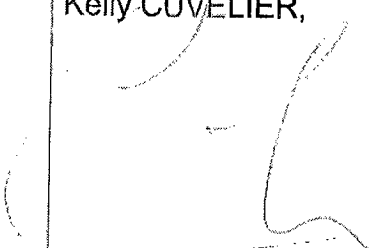
Veroordeelt mevrouw V tot de gerechtskosten van het hoger beroep, deze aan de zijde van geïntimeerde begroot en vereffend op:

Rechtsplegingsvergoeding beroep € 2.750.

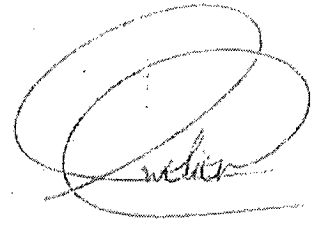
Aldus gewezen en ondertekend door de derde kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit:

Lieven LENAERTS,
Roland WAEYAERT,
Roger VANDENPUT,
bijgestaan door :
Kelly CUVELIER,

kamervoorzitter,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
griffier.



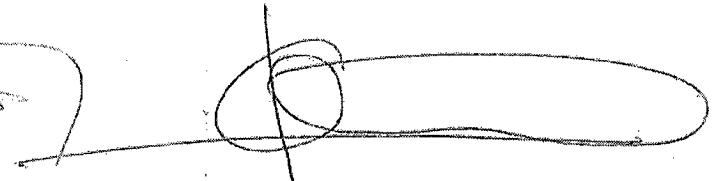
Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER,



Roland WAEYAERT,



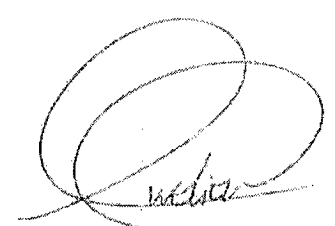
Roger VANDENPUT.

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van dinsdag 4 februari 2014 door:

Lieven LENAERTS, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Kelly CUVELIER, griffier.



Lieven LENAERTS,



Kelly CUVELIER.