



Kopie
art. 792 Ger. W.
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer 2014 / 2784
Datum van uitspraak 3 november 2014
Rolnummer 2013/AB/285

Uitgifte

Uitgereikt aan
op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

negende kamer

Arrest

COVER 01-00000039937-0001-0021-01-01-1



SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT ZELFSTANDIGEN - bijdragen zelfstandigen
tegensprekelijk arrest
definitief

H

vertegenwoordigd door mr. PERTRY Véronique en mr. DE ROO Ph., beiden advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 99

tegen

1. **RIJKSINSTITUUT VOOR DE SOCIALE VERZEKERINGEN DER ZELFSTANDIGEN**, met zetel te 1000 BRUSSEL, Jan Jacobsplein 6, eerste geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. SOBRIE Anne-Marie, advocaat te 3012 WILSELE, Albert Woutersstraat 126

2. **SECUREX INTEGRITY, VRIJ SOCIAAL VERZEKERINGSFONDS VOOR ZELFSTANDIGEN VZW**, met zetel te 1040 ETTERBEEK, Tervurenlaan 43, tweede geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. VAN GREMBERGHE T. loco mr. TAINMONT Laurent, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 137, bus 1.

*

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 31 oktober 2012 door de arbeidsrechtbank te Brussel, 29e kamer (A.R. 11005/11),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 8 maart 2013,
- de neergelegde conclusies,



- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 16 juli 2014 door mevrouw Nathalie Van Den Brande, eerste substituut-arbeidsauditeur, met opdracht om haar ambt te vervullen bij het auditoraat-generaal,
- de repliek op dit advies, neergelegd ter griffie op 10 september 2014 voor de heer Hazard,
- de voorgelegde stukken,

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 2 juni 2014, waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies ter griffie heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

*

1

I. Feiten en procedurevoorgaanden

De heer H , hierna genoemd appellant, was vanaf 1999 verbonden op basis van een arbeidsovereenkomst met de Belgische vennootschap, de NV Glaverbel Services. Hij sloot eveneens een arbeidsovereenkomst met de Nederlandse vennootschap Glaverfin BV en de Luxemburgse vennootschap Glaverlux NV, en voor al deze activiteiten was appellant onderworpen aan de Belgische sociale zekerheid voor werknemers.

De arbeidsovereenkomst van appellant eindigde in 2002 ingevolge een reorganisatie.

Appellant werd vervolgens bezoldigd afgevaardigd bestuurder van de NV Global Glass Services (vanaf 2007 AGC Europe Services NV) waarmee hij op 15 oktober 2002 een beheersovereenkomst sloot en waardoor hij onderworpen was aan het sociaal statuut voor zelfstandigen.

Naast dit mandaat werd appellant vanaf 26 mei 2005 bestuurder van NV AGC Automotive Europe.

Ingevolge een nieuwe herstructurering in 2006 werd appellant opnieuw op basis van een arbeidsovereenkomst tewerkgesteld bij AGC Europe NV. De Franse vennootschap Glaverbel Holding France SA benoemde hem tot bestuurder vanaf 1 juli 2006. Appellant werd

PAGE 01-00000039937-0003-0021-01-01-4



herbenoemd als bestuurder en gedelegeerd bestuurder van Global Glass Services NV (nu AGC Europe Services NV) (PV Algemene vergadering 28.04.2006, BS 23.08.2006). Vanaf 01 januari 2006 werd appellant bestuurder van AGC Europe NV en bestuurder van AGC Automotive Europe NV en dit tot op vandaag.

Op grond van een beheersovereenkomst ondertekend op 15.10.2002 en geldig tot 30.03.2028 ontving appellant voor de jaren 2003 tot 01.07.2006 een bruto jaarinkomen van ongeveer 92.400 euro.

Sinds 1 juli 2006 ontving appellant zitpenningen voor zijn bestuurdersmandaat in de Franse vennootschap van de groep dewelke appellant aangaf in België als beroepsinkomsten als bedrijfsleider in de rubriek van de vrijgestelde inkomsten. Artikel 16.3 van de voormelde beheersovereenkomst stipuleert duidelijk dat iedere wijziging aan deze overeenkomst het voorwerp moet uitmaken van een *geschrift ondertekend door de 2 partijen*. Er wordt 1 wijziging neergelegd in 2002 zijnde de vastlegging van een financiële vergoeding in het geval "*au cas ou*" er een einde wordt gesteld aan de overeenkomst voor een andere reden dan een dringende reden. Er wordt door appellant geen bewijs neergelegd van beëindiging van de beheersovereenkomst.

Sinds 2007 ontvangt appellant zitpenningen of "*jetons de présence*" voor zijn mandaat van bestuurder van de Franse vennootschap, dat in Frankrijk als "*revenus mobiliers*" of roerende inkomsten worden belast.

Appellant heeft deze sommen in België fiscaal aangegeven als beroepsinkomsten bedrijfsleider in de rubriek van de vrijgestelde inkomsten.

Tweede geïntimeerde, hierna genoemd Securex, vorderde de bijdragen verschuldigd in het sociaal statuut der zelfstandigen voor het derde en vierde kwartaal van 2006, het volledig jaar 2007 en ook voor de jaren 2008, 2009 en 2010. Appellant betwistte onmiddellijk het verschuldigd zijn van deze bijdragen, doch betaalde onder voorbehoud een provisioneel bedrag van € 16.019,71 voor alle kwartalen vanaf 2006/03.

Bij schrijven van 3 mei 2010 informeerde Securex dat appellant geen bijdragen meer verschuldigd is voor het jaar 2010, omdat op 9 december 2009 in het Belgisch Staatsblad verschenen was dat appellante zijn bestuurdersmandaten bij de vennootschappen van dezelfde groep AGC Automotive Europe NV en AGC Europe NV ten kosteloze titel uitoefende. Met de beslissing van de algemene vergadering van 1 december 2009 werd voor het eerst duidelijk gestipuleerd dat het mandaat bij AGC Europe Services kosteloos was. (De algemene vergadering van 28.04.2006 bepaalde niets omtrent enige vergoeding). Securex annuleerde de reeds gevorderde bijdragen voor 2010.



Op 20 juli 2011 dagvaardde appellant Securex en RSVZ, thans geïntimeerden, teneinde in hoofdorde 1) de terugbetaling van de onverschuldigde en onder voorbehoud betaalde sociale zekerheidsbijdragen voor 2006 en 2007 te bekomen evenals 2) te horen zeggen voor recht dat de nog openstaande sociale zekerheidsbijdragen voor 2007, 2008 en 2009 niet verschuldigd zijn en 3) te horen zeggen voor recht dat hij ook voor de periode na 2009 geen sociale zekerheidsbijdragen in het sociaal statuut der zelfstandigen verschuldigd is.

Met het bestreden vonnis oordeelde de arbeidsrechtbank dat de vorderingen van appellant ontvankelijk, maar ongegrond zijn. Appellant werd tevens veroordeeld tot de kosten van het geding, begroot op € 1.320.

De arbeidsrechtbank oordeelde dat de RSVZ, noch de Europese verordening 1408/71, noch de nationale regelgeving zijnde het KB nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen (hierna KB 38) heeft geschonden. Het RSVZ had eveneens terecht beslist dat de zitpenningen, ontvangen voor het bestuurdersmandaat in Frankrijk, dienden te worden aangezien als een inkomen als zelfstandige waarop de sociale zekerheidsbijdragen in het sociaal statuut der zelfstandigen in België berekend dienen te worden.

II. Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Bij gebreke aan betekening van het bestreden vonnis, is het hoger beroep tijdig ingesteld en het voldoet aan alle ontvankelijkheidsvereisten. Het hoger beroep is ontvankelijk.

III. Grieven in hoger beroep

Volgens appellant bewijst hij het kosteloos karakter van elk van de mandaten van bestuurder in de 3 vennootschappen van de groep en waarmee hij met één van hen ook door een arbeidsovereenkomst verbonden is. In elk geval dienen de zitpenningen, in Frankrijk ontvangen en belast, niet in België als inkomen als zelfstandige te worden aangezien waarop de bijdragen in het sociaal statuut zelfstandigen worden berekend.

Het hoger beroep strekt er toe :

“het vonnis van de arbeidsrechtbank te Brussel van 31 oktober 2012 aldaar gekend onder rol nummer 11.005/11 te vernietigen;

en opnieuw wijzende,

te doen wat de eerste rechter had moeten doen met name de oorspronkelijke vordering van appellant gegrond te verklaren



in hoofdorde:

- te zeggen voor recht dat appellant sinds 1 juli 2006 niet meer onderworpen is aan het KB 38
- en, of in elk geval minstens, dat de inkomsten die appellant ontvangt voor zijn bestuurders mandaten bij Glaverbel Holding France SA derhalve niet beschouwd mogen worden als een inkomen van een zelfstandige waarop sociale zekerheidsbijdragen in het sociaal statuut der zelfstandigen in België verschuldigd zijn.
- Of minstens alvorens recht te doen de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het hof van Justitie van de Europese Unie:” legt de zogenaamde sterke werking van de verordening 1408/71 op of laat deze toe dat een activiteit uitgeoefend in een bepaalde lidstaat die ingevolge de kwalificatie door het socialezekerheidsrecht van het land waar de activiteit wordt uitgeoefend (arrest De Jaeck) wordt beschouwd als een activiteit die in noch buiten loondienst wordt uitgeoefend, nadien voor de toepassing van de regelgeving van de lidstaat aangewezen door de verwijzingsregels van titel II van de verordening wordt geherkwalificeerd in een activiteit in loondienst of buiten loondienst, zodat deze activiteit vooralsnog onder de sociale zekerheid regelgeving wordt gebracht zodat bijdragen verschuldigd zijn.
- Of minstens, alvorens recht te doen en prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof en het Europees hof van Justitie over de bestaanbaarheid van artikel 11, § 2, KB 38 met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet,
- geïntimeerde hoofdelijk of minstens in solidum of minstens de ene bij gebreke van de andere, te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van € 16.019,71 provisioneel ten titel van onverschuldigd betaalde sociale zekerheidsbijdragen voor alle kwartalen vanaf 2006/03 te vermeerderen met de gerechtelijke intresten;
- de vordering tot kapitaliseren in van de sinds 20 juli 2011 overeenkomstig artikel 1154 burgerlijk wetboek vervallen intresten op het totaalbedrag van € 16.019,71 in te willigen en geïntimeerde hoofdelijk of minstens in solidum of minstens de ene bij gebreke van de andere te veroordelen tot de overeenkomstig gekapitaliseerde intresten. Te zeggen voor recht dat appellant de nog openstaande sociale zekerheidsbijdragen (jaren 2007,2008 en 2009) ten bedrage van € 22.507,96, alsmede de intresten en verhogingen, niet verschuldigd is, dat tweede geïntimeerde dienaangaande gecorrigeerde staten dient op te maken en over te maken aan appellant uiterlijk 30 dagen na de betekening van de uitspraak en dat appellant ook voor de periode na 2009 geen bijdragen verschuldigd is;



in ondergeschikte orde

appellant ten laste van het RSVZ een schadevergoeding toe te kennen gelijk aan de som van de verschuldigde sociale zekerheidsbijdragen voor de periode vanaf 1 juli 2006, de verhogingen die verschuldigd zijn op de nog niet betaalde sociale zekerheidsbijdragen en de verschuldigde intresten op de onder voorbehoud betaalde sociale zekerheidsbijdragen, provisioneel bepaald op een euro;

in elk geval

Geïntimeerde, in solidum, de ene bij gebreke van de andere, te horen veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van rechtspleging vergoeding van € 1.320 voor de procedure in eerste aanleg en provisioneel begroot op € 2.200 voor het hoger beroep.

IV. Beoordeling

De Europese Verordening 1408/71 (die toen van toepassing was) vestigt als principe in haar artikel 13, lid 1 dat de personen die onder toepassing van de verordening vallen slechts aan de wetgeving van één staat onderworpen zijn.

Het wordt niet betwist tussen partijen dat in de betwiste periode vanaf 1 juli 2006 appellant enerzijds opnieuw werknemer van AGC Europe NV was en anderzijds (1) bestuurder van AGC Europe NV sedert 01.01.2006 en tevens (2) bestuurder en afgevaardigde bestuurder (algemene vergadering van 28.04.2006) van Global Glass Services NV (nu AGC Europe Services NV) en (3) bestuurder sedert 26.05.2006 van AGC Automotive Europe NV en (4) bestuurder van de Franse vennootschap SA AGC Holding France vanaf 01.07.2006 voor de duur van 6 jaar tot op vandaag. (zie conclusie appellant blz 7 en conclusies geïntimeerden).

De socialezekerheidswetgeving is van openbare orde (zie Arbh. Luik, 17 april 2001, *JTT* 2001, 293) (M. WESTRADE en S. GILSON, *Le statut des travailleurs indépendants*, *Anthemis* blz 32.) en de administratieve standpunten van partijen binden het Hof niet.

Appellant valt onder het personeel toepassingsgebied van de Europese verordening 1408/71 van de Raad van 14.06.1971 betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, op grond van artikel 2.1, dat bepaalt dat de verordening van toepassing is op werknemers of zelfstandigen op wie de wetgeving van één of meer lidstaten van toepassing is, of geweest is en die onderdanen zijn van één der lidstaten. Hierover bestaat geen betwisting tussen partijen.



De begrippen “werkzaamheden in loondienst en “anders dan in loondienst” in de zin van Titel II van de bovenvermelde verordening verwijzen naar de definities zoals worden bepaald door de toepasselijke sociale zekerheidswetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan deze werkzaamheden worden uitgeoefend. (HvJ 30.01.1997,C-340/94, De Jaeck randnr. 14) en (HvJ,30.01.1997,C-221/95, Hervein)

De uitoefening van het mandaat in de Franse vennootschap wordt krachtens de Franse sociale zekerheidswetgeving niet als werkzaamheid in loondienst, noch als werkzaamheid anders dan in loondienst beschouwd. Dit mandaat in een Franse vennootschap wordt volgens het Franse sociaal zekerheidsrecht niet geacht een uitoefening van een beroepsactiviteit te zijn en de RSVZ aanvaardt ook dit standpunt.

Bijgevolg heeft appellant, die in België woonachtig is , enkel werkzaamheden al dan niet in loondienst in België en geen werkzaamheden in Frankrijk en bijgevolg is , bij gebreke aan wetsconflict en dus onafhankelijk van de conflictregels, de Belgische sociale zekerheidswetgeving toepasselijk (en dus het KB 38 zowel m.b.t. de onderwerping als m.b.t. de berekening van de bijdragen).

Vraag is dan of appellant sedert 1 juli 2006 onder het sociaal statuut van zelfstandige valt overeenkomstig het KB 38, voor wat betreft zijn mandaten in België als bestuurder van AGC Europe NV en tevens bestuurder en afgevaardigd bestuurder van Global Glass Services NV (nu AGC Europe Services NV) en AGC Automotive Europe NV (naast zijn arbeidsovereenkomst met AGC Europe NV).

Artikel 3, § 1, lid 1, van het KB 38 bepaalt dat een zelfstandige iedere natuurlijke persoon is, die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of statuut verbonden is .

Wil een activiteit een beroepsactiviteit zijn, dan moet zij een bepaalde regelmaat vertonen en gebeuren met het oogmerk winst te maken. *Het oogmerk winst te maken vereist niet dat effectief winst wordt geboekt.* (SIMON, Statut indépendants, JTT 2004, p 1 ,Cass 02.06.1980 zie hierna). De mogelijkheid dat het mandaat inkomsten kan opleveren is dus noodzakelijk en tegelijkertijd voldoende om de verzekeringsplicht in het sociaal statuut zelfstandige tot gevolg te hebben. De effectieve afwezigheid van inkomsten bewijst niet dat het mandaat zonder nastreven van winstbejag werd uitgeoefend.

Artikel 3, § 1, lid 2 van het KB 38 luidt (*fiscaal vermoeden*):

“wordt geacht, tot bewijs van het tegendeel, zich in de in het vorig lid bedoelde voorwaarden tot onderwerping te bevinden, ieder persoon die in *België een*



beroepsbezigheid uitoefent, die inkomsten kan opleveren bedoeld in artikel 23, § 1, 1° of 2° van het wetboek van inkomstenbelasting 1992”

Artikel 3, § 1, lid 4 van het KB 38 stipuleert dat personen *benoemd* tot mandataris in een aan de Belgische vennootschapsbelasting onderworpen vennootschap, op onweerlegbare wijze, vermoed worden in België een zelfstandige beroeps bezigheid uit te oefenen (ingevoerd bij KB van 18.11.1996 en in werking vanaf 01.07.1997).

Als gevolg van het arrest van het (toenmalig) Arbitragehof 167/2004 van 3 november 2004 aanvaardt het RSVZ de onwettelijkheid van het onweerlegbaar karakter van het vermoeden van het mandaatvermoeden (art. 3, § 1, vierde lid) van het KB 38, voor zover het betrekking heeft op een Belgische vennootschap ongeacht of deze al dan niet vanuit de Europese Unie wordt bestuurd (zie arrest Europees Hof van Justitie 27.09.2012, zaak C-137/11).

Ook hier kan het vermoeden weerlegd worden door het kosteloos 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)

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 van artikel 3, § 1, lid 2 van het KB 38 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)

Art. 2 van het KB van 19 december 1967 houdende het algemeen reglement luidt in de versie KB 01.07.1992:

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.

Zoals werd geoordeeld bij het arrest van het arbeidshof Brussel van 9 september 2011 en het Hof beschouwt dit hier als herhaald, is dit onweerlegbaar vermoeden , ingevoerd door het KB van 1 juli 1992, onwettelijk 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.

Bijgevolg dient te worden teruggegrepen naar de vorige versie van het artikel 2 van 19.12.1967, nl zoals gewijzigd bij KB van 20 september 1983 dat luidde als volgt:”



“Voor de toepassing van artikel 3 van het KB nr 38 en zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van artikel 5bis van datzelfde besluit, wordt de uitoefening van een mandaat in vereniging of vennootschap naar rechte of in feite die zich met een exploitatie of met verrichtingen van winstgevende aard bezighoudt, vermoed de uitoefening te zijn van een bedrijvigheid die verzekeringsplicht aan het sociaal statuut der zelfstandigen met zich brengt.

Dat 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.”

In zijn Mercuriale van 7 september 2010 voor het arbeidshof te Gent heeft eerste advocaat generaal P. BRICOUT er 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 vermoeden kan weerlegd worden door het kosteloos karakter van het mandaat aan te tonen of het niet regelmatig karakter van de bezigheid. (vgl Arbh. Brussel 9 september 2011, JTT, 2012, 87, randnummer 9)

Het hof, meent dat de bewijsmiddelen ingesteld bij artikel 2 ARS in de versie van 1983 dat een volledige verruiming voorziet van de bewijsmiddelen om het tegenbewijs te leveren, geen afbreuk doet aan de hoger vermelde vermoedens van artikel 3, § 1, al 2 en al 4 van het KB 38 zelf m.b.t. tot het fiscaal criterium en de benoemde mandatarissen zoals in casu appelland.

Zelfs wanneer men terugkeert naar de reglementaire tekst van artikel 2 ARS van toepassing voor 1 juli 1992, zoals appelland voorhoudt, dit is artikel 2 in zijn versie vanaf 1 juli 1983, dan nog kan het vermoeden alleen worden weerlegd op voorwaarde dat de kosteloosheid van het mandaat bewezen wordt.

Wat betreft dit bewijs - zelfs al kan het worden geleverd door elk rechtsmiddel, uitgezonderd getuigenis behalve wanneer de administratie van directe belastingen bedrijfsinkomsten weerhoudt - dan blijft nog dat de kosteloosheid van het mandaat de iure slechts dan worden afgeleid uit de vaststelling dat het bevoegd orgaan de expliciete beslissing nam het mandaat niet te vergoeden (dit is kosteloosheid de iure) en dit kosteloosheid de facto (dit is geen bedrijfs inkomsten hebben ontvangen in realiteit) en dit kan met alle middelen worden bewezen. (vergelijk stuk 24 dossier van appelland de



commentaar van de RSVZ blz 69 ; kosteloosheid veronderstelt afwezigheid van winstbejag en moet bijgevolg bewezen worden)

In deze concrete zaak is het zelfs zo dat appellant in de betwiste periode als afgevaardigd beheerder en beheerder van AGC Europe Services NV (voorheen Global Glass Services) in een beheersovereenkomst expliciet vanaf 2002 tot 2028 de mogelijkheid van een belangrijke financiële vergoeding werd toegewezen. Er is geen bewijs van beëindiging of opzegging van deze beheersovereenkomst voor de periode vanaf 2006, daar waar deze bepaalde dat iedere wijziging schriftelijk diende te worden opgesteld en de opzegging bij aangetekend schrijven diende te gebeuren (artikel 12.2).

Het tegenbewijs zijnde de kosteloosheid, wordt dus niet geleverd door appellant noch op grond van artikel 3, § 1, lid 1, 2 of 4 van het KB 38, noch op grond van art 2 ARS, in welke versie dan ook.

Het arrest van het arbeidshof Brussel van 3 september 2012, waarnaar appellante verwijst behandelt een specifieke situatie en aanvaardt dat het tegenbewijs kan worden geleverd met alle middelen van recht en dat voor het tegenbewijs *inzake het regelmatig karakter van de bezigheid* een medisch dossier dit tegenbewijs kan uitmaken.

Dit arrest betreft echter niet het leveren van tegenbewijs door het kosteloos karakter van het mandaat aan te tonen.

RSVZ gebruikt het fiscaal vermoeden terecht ook telkens wanneer een persoon inkomsten kan ontvangen die belast worden zoals de inkomsten van bedrijfsleiders.

Het gevolg van deze evoluties in de rechtspraak is dat een mandataris van een vennootschap het vermoeden mag weerleggen door : "het bewijs van afwezigheid van een 1) regelmatig uitgeoefende activiteit 2) afwezigheid van *winstoogmerk* ". (Zie hiervoor eveneens Arbh. Brussel 10 de kamer 19 april 2006 algemene rol nummer 43.946; Arbh. Brussel 10 de kamer 9 september 2011 algemene rol nummer 2010/AB/384 en zoals weerhouden in het advies van het openbaar ministerie)

Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 02.06.1980 met betrekking tot artikel 3, § 1, lid 2 van KB 38 (Cass. 02.06.1980, www.juridat.be op datum) kan worden afgeleid dat het bewijs van afwezigheid van *winstoogmerk* voor de mandataris moet blijken uit de statuten of een beslissing van het bevoegd orgaan - lees algemene vergadering - die een vergoeding van het mandaat verbieden of uitsluiten, en tevens er effectief geen enkele vergoeding werd uitbetaald.



In elk geval, wat betreft de benoemde mandatarissen, zoals *in casu* appellant, wordt door het hof duidelijk vastgesteld dat het te leveren tegenbewijs enkel kan bestaan wanneer er zeker een onmogelijkheid is van inkomsten of wanneer er geen beroepsbezigheid is.

Bijgevolg dient het bewijs te worden geleverd dat de statuten of een beslissing van een bevoegd orgaan de vergoeding uitsluiten en dat er effectief geen enkele vergoeding werd betaald.

De beslissingen van de algemene vergadering met betrekking tot de kosteloosheid van het mandaat gelden niet retroactief, maar alleen voor de toekomst. (Hof van Cassatie 2 juni 1980 zie www.juridat.be op datum)

In concreto dienen in deze zaak de mandaten van appellant bij de diverse vennootschappen te worden geanalyseerd in de periode juli 2006 tot einde 2010.

Appellant stelt ten onrechte dat hij bewijst dat de mandaten kosteloos waren waardoor hij niet kan worden beschouwd als zelfstandige in België in de litigieuze periode.

Mandaat in AGC Europe Services NV

De statuten van de vennootschap bepalen telkens dat het mandaat gratis is, *behoudens tegengestelde beslissing van de algemene vergadering.*

Appellant werd aangesteld als bestuurder en afgevaardigd bestuurder respectievelijk bij beslissingen van de algemene vergadering en raad van bestuur. De notulen van de algemene vergadering van 28 april 2006 bepalen niets in verband met het kosteloos karakter van het mandaat. De regel van de statuten blijft onverminderd van kracht en er wordt geen tegenbewijs geleverd. Het louter gebruik maken van de in de statuten voorziene mogelijkheid om de mandaten te vergoeden bij beslissing van de algemene vergadering, (die dus niets bepaalt daaromtrent), levert dit tegenbewijs niet op.

Geen enkele van deze beslissingen sluiten met zekerheid afwezigheid van winstoogmerk uit, zijnde een beslissing om het mandaat kosteloos te maken. De algemene vergadering kon nog steeds, retroactief misschien, beslissen een vergoeding uit te keren voor het mandaat. Bij beheersovereenkomst van 15.10.2002 met een maximale duur tot 30.03.2028 werd overigens een vergoeding van 92.500 euro per jaar overeengekomen tussen appelland in zijn hoedanigheid van afgevaardigd bestuurder en de vennootschap. In de litigieuze periode bleef appelland afgevaardigd bestuurder en bestuurder en bleven nieuwe beheersovereenkomsten mogelijk, of voortzetting van deze die op 15.10.2002 gesloten werd.



Bij gebreke aan expliciete beslissing van de algemene vergadering ter uitsluiting van de vergoeding, staat het kosteloos karakter niet vast naar recht en wordt het tegenbewijs van het vermoeden niet geleverd.

Slechts bij beslissing van de algemene vergadering van 26.06.2009 wordt de kosteloosheid naar de toekomst toe bewezen.

Bestuurdersmandaat in AG C Europe NV

Dezelfde vaststelling dient te gebeuren voor het mandaat van appellant in deze vennootschap. De statuten tot oprichting van deze vennootschap bepalen in haar artikel 14 dat het mandaat van de bestuurders niet vergoed is, *behoudens andersluidende beslissing van de algemene vergadering*. Rubriek E bepaalt dat de oprichters overgaan tot aanstelling van de eerste bestuurders, en in voorkomend geval, ter bepaling van hun emolumenten.

Na de aanstelling van de bestuurders besliste de algemene vergadering dat de bestuursmandaten gratis zullen worden uitgeoefend tot tegengestelde beslissing van de algemene vergadering. Deze clausules sluiten de vergoeding van het mandaat niet volledig uit en volstaan niet als bewijs van het kosteloos karakter van het mandaat de iure.

De beslissingen van de algemene vergadering van 30.05.2007, 28 mei 2008 en 26 juni 2009 voorzien niet in de kosteloosheid van het mandaat en vermelden niets. Dit is geen tegenbewijs.

Slechts bij algemene vergadering van 9 december 2009 (Belgisch staatsblad 22 december 2009) wordt beslist dat het mandaat van bestuurder niet vergoed wordt. Bijgevolg staat het kosteloos karakter van het mandaat van appellant bij deze vennootschap van dan af de iure vast. Er zijn evenmin bedrijfsinkomsten zodat ook het kosteloos karakter de facto vaststaat. Op basis van deze beslissingen sluit Securex het dossier af op 31 december 2009 voor de bijdragen vanaf het eerste kwartaal van 2010. Het hof kan geen advies geven met betrekking tot de onderwerping van appellant aan het KB 38 voor de toekomst, dit is vanaf het jaar 2010, gezien daarover momenteel geen betwisting meer bestaat in het kader van dit geding. (cfr. Cass 02.06.1980, oc)

Bestuurdersmandaat in AGC Automotive Europe NV

Appellant bewijst niet dat in de litigieuze periode de bestuurdersmandaten niet vergoed mochten worden. De statuten liggen niet neer. De beslissingen van de algemene vergadering van 09.12.2009 (BS 29.12.2009) of 25.02.2013 kunnen slechts voor de toekomst gelden en sluiten een vergoeding voor de periode vanaf het derde kwartaal tot en met het laatste kwartaal 2009 niet uit.



Appellant levert niet het tegenbewijs van de voormelde uiteengezette wettelijke vermoedens in de litigieuze periode en bijgevolg is hij verzekeringsplichtig als zelfstandige (in bijberoep voor de periodes waarin hij tevens gebonden is door een arbeidsovereenkomst) in toepassing van het KB 38.

Berekening van de bijdragen

Bij gebrek aan wetsconflict omwille van het feit dat de Franse sociale zekerheidswetgeving niet van toepassing is op appellant, blijft appellant voor de berekening van de bijdragen als zelfstandige aan de Belgische sociale zekerheidswetgeving, zijnde het KB 38, onderworpen. Aangezien de verordening 1408/71 in een coördinatie van wettelijke regels voorziet en niet in een harmonisatie, staat het elke lidstaat vrij in zijn wetgeving de aansluitingsvoorwaarden en voorwaarden tot premieheffing te regelen. (HvJ 24.04.1980, Coonan) en behoort het tot de bevoegdheid van de nationale wetgever van iedere lidstaat om de voorwaarden te bepalen waaronder een persoon zich kan of moet aansluiten bij een stelsel van sociale zekerheid alsmede de hoogte van de door de verzekerden verschuldigde premies vast te stellen (HvJ 08.09.2005, C-512-03 Planckaert). Er is dan ook geen belemmering van het vrij verkeer. (cfr. conclusie Hazard, blz 22)

Vraag is of geïntimeerde voor de zelfstandige –appellant–, onderworpen aan het KB 38, de bijdragen dienen te berekenen op de zitpenningen ontvangen van de Franse holding in Frankrijk.

Het wordt niet betwist dat het inkomen uit dit mandaat als bestuurder naar Frans recht geen bedrijfsinkomen is, maar wel een roerend inkomen.

Artikel 12, § 2 van het KB 38 stelt het bedrag van de bijdragen verschuldigd door de zelfstandige in bijberoep vast in functie van de in aanmerking te nemen beroepsinkomsten.

Artikel 11 KB 38 bepaalt dat onder beroepsinkomsten dient te worden verstaan de bruto beroepsinkomsten, verminderd met de beroepskosten, en eventueel met de beroepsverliezen, *vastgesteld* overeenkomstig de wetgeving betreffende de inkomstenbelasting, die de onderworpenen als zelfstandige heeft genoten tijdens de periode dat hij aan dit besluit was onderworpen

Artikel 11, § 1 *in fine* KB 38 bepaalt dat de administratie der directe belastingen er toe gehouden is het RSVZ de nodige inlichtingen te verstrekken om het bedrag van de verschuldigde bijdragen vast te stellen.



Artikel 11, § 2 bepaalt: "onder beroepsinkomsten.....wordt verstaan de bruto beroepsinkomsten , verminderd met,vastgesteld overeenkomstig de wetgeving betreffende de inkomstenbelasting..."

De tekst van de wetgever evenals zijn bedoeling is duidelijk evenals de hiernavolgende cassatiearresten.

Ingevolge de expliciete cassatiearresten van 14 januari 2002, 22 oktober 2007 en 29 november 2010 (zie www.juridat.be op datum) staat het vast dat de beroepsinkomsten zoals vastgesteld door de fiscale administratie als basis dienen voor de berekening van de bijdragen door het RSVZ en de arbeidsgerechten, ongeacht de oorsprong van deze inkomsten.

De uitdrukkelijke verwijzing naar de fiscale wetgeving ontslaat de sociale verzekeringsfondsen ervan om het bedrag van de beroepsinkomsten als zelfstandige te controleren en vast te stellen. Het Hof van Cassatie bevestigde in voormelde arresten dat de vaststelling door de belastingadministratie bindend is voor het RSVZ en de arbeidsgerechten in het kader van de bijdragenbepaling. Dit was duidelijk de wil van de wetgever teneinde een radicale uitschakeling van de grote massa van mogelijke betwistingen te beogen en de bevoegde parlementaire commissie ter voorbereiding van de eerste pensioenwet voor zelfstandigen vermeldde eveneens zeer duidelijk dat de medegedeelde fiscale inlichtingen niet mochten worden herzien, aangezien de zelfstandige hun bezwaren kunnen doen gelden ten aanzien van de fiscus en bijgevolg de gevolgen niet onredelijk zijn. (zie desbetreffend Guido VAN LIMBERGHEN, Sociale verzekeringsbijdragen voor zelfstandigen hervormd, *TSR* 2014, nummers 4-14, een artikel dat recenter is dan de vorige artikels waar appellant in conclusies naar verwijst.)

De wetgever heeft aan de cassatie rechtspraak niets veranderd, hoe onbillijk deze soms ook is. Dit geldt eveneens voor buitenlandse inkomsten. De standpunten van de administratie van het RSVZ zijn niet bindend voor het arbeidshof dat zich aansluit bij voormelde cassatierechtspraak .(cfr VAN LIMBERGHEN artikel 2014, oc)

De zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof van Cassatie van 29 november 2010 betrof de in aanmerkingneming van inkomsten genoten als werknemer van een buitenlandse maatschappij die in een andere lidstaat waren belast en verkeerdelijk door de betrokkenen aan de Belgische belastingen werden aangegeven, samen met de zelfstandige inkomsten die betrokkene in België had genoten en die in België aan de belastingen onderworpen waren. De belastingadministratie heeft op basis van deze aangifte het geheel van de inkomsten ingekohierd en belast. In het betreffend cassatiearrest oordeelde het Hof van Cassatie als volgt:



“het arbeidsgerecht dat uitspraak doet over de betwisting van de verplichtingen uit de wetten en verordeningen inzake sociaal statuut, mag het bedrag van de beroepsinkomsten dat is vastgesteld overeenkomstig de wetgeving op de inkomstenbelasting in de zin van artikel 11 van het koninklijk besluit nummer 38, noch de omschrijving van die inkomsten op grond waarvan de aanslag werd ingekohierd, niet ter discussie stellen.

Het arrest stelt vast dat de belastingadministratie voor het jaar 2000 inkomsten ten belope van € 23.364,59 als inkomsten van bedrijfsleiders (na aftrek van de forfaitaire lasten) in aanmerking heeft genomen die de Luxemburgse vennootschap, die (de verweerder) tewerkstelt, verschuldigd is. Het arrest dat, om de verweerder te ontslaan van de verplichting de bijdragen te betalen van onderworpenen aan het sociaal statuut der zelfstandigen, overweegt dat “het duidelijk een vergissing moet betreffen van de belastingadministratie die in België geen lonen mag belasten als zelfstandige inkomsten die reeds in het Groothertogdom Luxemburg werden belast, (en dat) dubbele heffing onwettelijk is; dat de sociale gerechten bijgevolg geen rekening moeten houden met deze onwettelijke beslissing, zelfs al is die definitief omdat er geen beroep werd aangetekend”, schendt de bepalingen die het middel aanwijst.”

Aldus zijn het bedrag en de omschrijving van de beroepsinkomsten zoals door de belastingadministratie vastgesteld bindend bij de berekening van de bijdragen in het kader van het sociaal statuut van zelfstandige, zelfs in geval van vergissing. (Zie eveneens artikel G VAN LIMBERGHEN, *TSR* 2014, nummer 10).

Appellant heeft er zelf voor gekozen om voor de jaren 2006-2009 deze zitpenningen, betaald door de Franse holding, in België fiscaal aan te geven als beroepsinkomsten als bedrijfsleider in de rubriek van de vrijgestelde inkomsten en niet als roerend inkomen of divers inkomen, terwijl hij daartoe niet verplicht was, wat hij ook niet betwist.

De aangegeven inkomsten met betrekking tot de aanslagjaren 2008 tot en met 2010 werden bijgevolg door de Belgische belastingadministratie als “vergoedingen van bedrijfsleiders” vastgesteld. Het is dit bedrag dat door het RSVZ in aanmerking moet worden genomen overeenkomstig artikel 11 en 12 van het KB 38. Er volgde geen fiscaal bezwaar. Deze bedragen stemmen overeen met de zitpenningen die aan appellant ingevolge het bestuursmandaat in de Franse vennootschap werden uitbetaald en waarop in Frankrijk roerende voorheffing werd afgehouden vooraleer ze in het kader van de Belgische fiscale bepalingen werden vrijgesteld van belastingen in België.

Zelfs wanneer appellant per vergissing deze zitpenningen als beroepsinkomsten heeft aangegeven en geen fiscaal bezwaar indiende, is deze vaststelling door de fiscale



administratie bindend voor het RSVZ voor de berekening van de bijdragen en dit op grond van de strenge cassatiearresten.

Immers ook in de loutere hypothese dat de Franse zitpenningen door de Franse sociale zekerheids- en fiscale wetgeving aanzien worden als inkomsten van zelfstandigen, dan waren ze op dezelfde manier aangegeven in de Belgische belastingaangifte en werden ze ook niet belast in België op basis van het dubbele belastingverdrag, en dienden deze meegerekend te worden voor de berekening van de sociale zekerheidsbijdragen in België.

Appellant roept bijgevolg ten onrechte in dat artikel 11 KB 38 niet toelaat rekening te houden met de Franse inkomsten die hier uiteindelijk niet belast worden op basis van het dubbel belastingverdrag. De Belgische fiscale wetgeving met haar systeem van vrijstellingen om dubbele heffing te voorkomen kan niet worden doorgetrokken tot het Belgisch sociaal zekerheidsrecht, waar overigens geen dubbele premieheffing gebeurt bij appellant.

Appellant dient echter in elk geval de gevolgen te dragen van zijn eigen beslissing om de inkomsten van de zitpenningen van de Franse vennootschap aan de Belgische belastingadministratie aan te geven als bedrijfsleidersinkomsten, en dus als zelfstandige inkomsten, en geen bezwaar bij de fiscus in te dienen.

Prejudiciële vraag?

Appellant vermeldt in zijn besluiten:

“in het onmogelijke geval dat uw hof enerzijds dat appellant onder het toepassingsgebied van het sociaal statuut der zelfstandigen valt ingevolge zijn (onbezoldigd) bestuurders mandaat bij AGC Europe Nv, AGC Automotive Europe NV of AGC Europe Services NV, en anderzijds van oordeel zou zijn dat artikel 11, § 2 van het KB 38 ook de roerende inkomsten van Franse oorsprong viseert en hij deze inkomsten bovendien als zelfstandige geniet, dan is artikel 11, § 2 in die lezing strijdig met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en het vrij verkeer van diensten.

Eenzelfde economische activiteit in Frankrijk wordt immers in België voor de toepassing van artikel 11, § 2 KB 38 verschillend behandeld naargelang een persoon in België al dan niet beroepsinkomsten heeft als zelfstandige. Enkel indien in België via een zelfstandige activiteit inkomsten worden gerealiseerd, zijn de inkomsten van de in casu voorliggende Franse activiteit onderhevig aan sociale zekerheidsbijdragen in België.

... Artikel 11, § 2 KB 38 belemmert het vrij verkeer bovendien op een tweede wijze: een ingezetene van Frankrijk met een beroepsactiviteit in België als werknemer en als zelfstandige zal in België onderworpen zijn aan de sociale zekerheid voor werknemers en



deze voor zelfstandigen; hij zal evenwel geen sociale zekerheidsbijdragen moeten betalen in België op de roerende inkomsten opgeleverd door zijn activiteit in Frankrijk die geen beroepsactiviteit is en evenmin beroepsinkomsten oplevert. Wanneer betrokkene evenwel naar België verhuist zal het enkele feit van zijn verhuizing tot gevolg hebben dat hij - en dit wijzigt niet- onderworpen blijft als werknemer en als zelfstandige aan de Belgische sociale zekerheid respectievelijk voor werknemers en zelfstandigen, maar bovendien zal hij - en dit wijzigt wel - sociale zekerheidsbijdragen moeten betalen op zijn roerende inkomsten opgeleverd door zijn activiteit in Frankrijk die niet is gewijzigd. Door gebruik te maken van het vrij verkeer wordt betrokkene benadeeld ten aanzien van de niet migrerende werknemers of zelfstandigen.

...

De Verordening 1408/71, noch enige andere wetgeving verplicht de Belgische wetgever om de bijdrageheffing in het sociaal statuut der zelfstandigen te koppelen aan de fiscale wetgeving. Een verschillende fiscaalrechtelijke situatie kan een schending van het vrij verkeer op vlak van sociale zekerheid dan ook geenszins rechtvaardigen. Als de discriminatie veroorzaakt wordt door een verschillende fiscaalrechtelijke situatie, dan kan de discriminatie verholpen worden door de heffing van sociale zekerheidsbijdragen los te koppelen van de fiscale wetgeving of door deze koppeling minstens te corrigeren zodat de discriminatie verdwijnt."

Er is geen sprake van belemmering van het vrij verkeer, zoals hierboven reeds uiteengezet met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

In zijn redenering maakt appellant een voorstelling van de feiten die niet juist is. De inkomsten in Frankrijk van appellant werden slechts volgens de Belgische sociale zekerheid wetgeving aan sociale bijdragen onderworpen omdat hij ze zelf als dusdanig in zijn belastings aangifte als beroepsinkomsten had opgegeven.

De Belgische sociale zekerheid voor zelfstandigen en de bijdrageplicht zijn volgens de regels van de Europese Verordening slechts van toepassing indien appellant in België een zelfstandige beroepsactiviteit heeft, ongeacht of hij ook inkomsten in België heeft. Er gebeurt geen herkwalificatie van zijn Frans inkomen door de Belgische wet.

Het Europees Hof van Justitie besloot tevens dat de artikelen 13 en volgende van de Europese Verordening 1408/71 eisen dat rekening wordt gehouden met de inkomsten verworven op het grondgebied van een andere lidstaat en dat hierdoor de vrijheid van vestiging niet worden belemmerd (Hof van Justitie 26 mei 2005, C-249/04)



Daarbij komt het aan de nationale wetgever toe te bepalen welke inkomsten voor de berekening van de sociale zekerheidsbijdragen in aanmerking wordt genomen. (Hof van Justitie 18 juni 2006, tegen-50/05 brand nummer 24).

Er is geen aanleiding tot het stellen van een prejudiciële vraag.

De categorie van personen die hun woonplaats hebben in België en geen beroepsactiviteit uitoefenen in België noch in Frankrijk worden niet geïsoleerd door de bepalingen over de toe te passen wetgeving van de verordening en is dus niet vergelijkbaar met appellant. In de twee andere door appellant aangehaalde situaties zijnde werknemer of zelfstandige in België en geen beroepsactiviteit in Frankrijk dan vallen beide onder deze bepalingen van de verordening, en is hierdoor (artikel 13 1 a en 1b van de Verordening) de Belgische sociale zekerheidswetgeving van toepassing en wordt het inkomen zoals aangegeven door appellant als zelfstandig bedrijfsleider, inkomen zoals vastgesteld door de fiscale administratie in aanmerking genomen in beide gevallen.

Evenmin is er een schending van het beginsel van behoorlijk bestuur. Het schrijven van 5 september 2007 van het RSVZ betrof een antwoord op een e-mail die niet voorligt en zonder dat de RSVZ kennis had van de belastings aangifte van appellant. Daarenboven dateert de brief van 5 september van voor het cassatiearrest van 22 oktober 2007.

Het hoger beroep komt voor als zijnde 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,

Gelet op het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 16 juli 2014 door mevrouw Nathalie Van Den Brande, eerste substituut-arbeidsauditeur, met opdracht om haar ambt te vervullen bij het auditoraat-generaal, waarop repliek voor de heer H ,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Veroordeelt de heer H tot betaling van de proceskosten overeenkomstig art. 1017, eerste lid, Ger. W.



Vereffent het bedrag van de proceskosten, in hoofde van het RSVZ begroot op 1.320 euro rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep en tot op heden niet begroot in hoofde van Securex Integrity.



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

Beatrix CEULEMANS,
Carla CORBISIER,
Anton VAN ASSCHE,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN,

raadsheer,
raadsheer,
raadsheer in sociale zaken, zelfstandige,

griffier.

Beatrix CEULEMANS,

Sven VAN DER HOEVEN;

Carla CORBISIER

Anton VAN ASSCHE

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van maandag 3 november 2014 door:

Beatrix CEULEMANS, raadsheer,
bijgestaan door
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.

Beatrix CEULEMANS

Sven VAN DER HOEVEN

