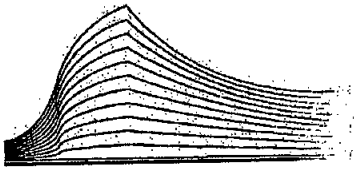
Kopie
Afgeleverd aan: Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.



Uitgifte

Repertoriumnummer	Uitgereikt aan
2015/3509	op € JGR
Datum van uitspraak **15 oktober 2015**	
Rolnummer **2014/AB/719**	

Arbeidshof te Brussel

zevende kamer

Arrest

COVER 01-00000292127-0001-0011-01-01-1

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - werkloosheid
tegensprekelijk arrest
heropening van de debatten
kennisgeving per gerechtsbrief (art. 580, 2°, Ger. W.)

appellant,

V

vertegenwoordigd door mr. VANDEVENNE M. loco mr. NIEUWDORP Nele, advocaat te 1730 ASSE, Arsenaalstraat 1

tegen

RIJKSDIENST VOOR ARBEIDSVOORZIENING, met zetel te 1000 BRUSSEL, Keizerslaan, 7, geïntimeerde, vertegenwoordigd door mr. VLASSENBROEK loco mr. SWENNEN Remi, advocaat te 1700 DILBEEK, Eikelenberg 20

***
*

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 16 juni 2014 door de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel, 7e kamer (A.R. 12/9071/A),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, ontvangen ter griffie van dit hof op 16 juli 2014,
- de neergelegde conclusies,
- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 22 september 2015 door substituut-generaal Nathalie Van den Brande,
- de voorgelegde stukken.

***
*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet tijdens de openbare terechtzitting van 7 mei 2015. De zaak werd in voortzetting gezet op 3 september 2015,

waarna de debatten werden gesloten, het openbaar ministerie zijn schriftelijk advies ter griffie heeft neergelegd, de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak werd gesteld op heden.

***
*

DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING.

1.
De heer V vroeg werkloosheidsuitkeringen aan vanaf 1 september 2009. In de aangifte van zijn persoonlijke en familiale toestand (formulier C1) verklaarde hij dat hij een nevenactiviteit uitoefende, maar in het aanvullend formulier C1A (waarin de aard en de omvang van de nevenactiviteit moet vermeld worden) verklaarde hij dat hij een "stille vennoot" was van de bvba Marimar "zonder inkomsten".

Op basis van een onderzoek via de Kruispuntbank van Ondernemingen stelde de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening echter eind 2011 vast dat de heer V geregistreerd was als bestuurder van een N.V. Karma en van de bvba Marimar, en dat hij vanaf 19 mei 2005 als zelfstandige was ingeschreven in bijberoep en vanaf 1 mei 2011 als zelfstandige in hoofdberoep. Het ging om vennootschappen die in handen waren van zijn ouders. De eerste vennootschap heeft een activiteit van handel in eigen onroerend goed en boekhouding, de tweede een activiteit van de verhuur en exploitatie van eigen of geleased residentieel onroerend goed.

2.
Bij beslissing van 2 mei 2012 heeft de gewestelijk directeur van het werkloosheidsbureau de heer V uitgesloten uit het recht op uitkeringen vanaf 2 juli 2007 tot 31 maart 2011[1], met de verplichting de ten onrechte ontvangen prestaties terug te betalen. Verder werd een administratieve sanctie opgelegd van uitsluiting uit het recht op uitkeringen gedurende een periode van 26 weken, omdat de heer V nagelaten had om, voor het begin van iedere activiteit die niet verenigbaar was met het recht op werkloosheidsuitkeringen, het overeenstemmend vakje op de controlekaart zwart te maken.

3.
Bij verzoekschrift van 18 juli 2012 heeft de heer V beroep ingesteld bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank te Brussel tegen de beslissing van 2 mei 2012.

[1] de eerste rechter heeft dit in zijn vonnis verbeterd, omdat de heer V volgens hem slechts werkloosheidsuitkeringen genoot vanaf 1 september 2009.

Bij vonnis van 16 juni 2014, ter kennis gebracht op 24 juni 2014, heeft de arbeidsrechtbank het beroep zeer gedeeltelijk gegrond verklaard. De arbeidsrechtbank vernietigde de bestreden beslissing in zoverre de heer V werd uitgesloten uit het recht op uitkeringen vanaf 2 juli 2007 en zegde voor recht dat de heer V slechts uitgesloten werd vanaf 1 september 2009. Voor het overige werd de bestreden administratieve beslissing bevestigd.

Bij verzoekschrift van 16 juli 2014 heeft de heer V hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank.

DE ONTVANKELIJKHEID.

Het hoger beroep is regelmatig naar de vorm. Het is ingesteld binnen de maand na de kennisgeving van het bestreden vonnis en is dus eveneens tijdig. Het beroep is ontvankelijk.

BEOORDELING.

1.
De heer V voert in hoofdorde aan dat, in tegenstelling met wat de eerste rechter aannam, hij in het geheel geen activiteit uitgeoefend heeft, en dit binnen geen enkele van de vennootschappen. Hij wijst erop dat hij een diploma behaald heeft in het technisch secundair onderwijs en vervolgens tewerkgesteld werd als technisch werknemer, terwijl de bvba Marimar, in de periode dat hij werkloos was, zich uitsluitend bezighield met administratieve ondersteuning. Hij wijst er verder op dat zijn mandaat uitdrukkelijk onbezoldigd was en dat hij geen inkomen ontving vanuit de vennootschappen. Hij stelt verder, zoals voor de eerste rechter, dat hij in de ganse periode van werkloosheid intensief naar werk gezocht heeft.

In ondergeschikte orde vraagt de heer V om de terugvordering tot de laatste 150 uitkeringsdagen te beperken op basis van zijn goede trouw. Hij stelt dat hij bij zijn aanvraag van werkloosheidsuitkeringen nooit zijn statuut als zaakvoerder heeft willen verbergen. Hij heeft immers op het formulier C1 aangekruist dat hij een nevenactiviteit uitoefende. De vermelding op het formulier C 1 A, dat hij enkel een stille vennoot was, zou op een vergissing berusten. Hij stelt ook dat de eerste rechter zich vergist wanneer hij stelt dat de bvba Marimar een boekhoudkantoor zou zijn. Hij stelt dat beide ouders een ander beroep hebben en geen boekhoudkundige vorming. De vennootschap doet beroep op een externe boekhouder. Hij roept tenslotte in dat hij zelf, vooraleer een onderzoek gestart werd, een einde gesteld heeft aan zijn statuut van werkloze. De statuten van deze vennootschap werden toen aangepast in functie van de activiteit die hij in de toekomst zou ontwikkelen.

2.
De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening merkt in de eerste plaats op dat de eerste rechter zich vergiste wanneer hij aannam dat de heer V slechts werkloosheidsuitkeringen genoot vanaf 1 september 2009. Er zouden wel degelijk werkloosheidsuitkeringen genoten zijn vanaf 2 juli 2007, maar de terugvordering zou beperkt zijn in functie van de verjaring.

Ten gronde vraagt de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening de bevestiging van het bestreden vonnis. De Rijksdienst merkt op dat de bvba wel inkomsten genoot in de betrokken periode, dat de heer V ingevolge zijn technische opleiding wel degelijk activiteiten kon verrichten binnen de vennootschap die als maatschappelijk doel had de verhuur van, en handel in, onroerende goederen, in het bijzonder ook herstellingswerken, en tenslotte dat de heer V wel degelijk een vergoeding ontving in het jaar 2009 doordat hij gebruik kon maken van een voertuig van de vennootschap.

Volgens de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening heeft de heer V een inbreuk gemaakt op artikel 48 van het werkloosheidsbesluit, door te vermelden dat hij slechts stille vennoot was zonder inkomsten, en dus het bestaan van een werkelijke activiteit (en zijn zaakvoerderschap) ontkende.

De goede trouw kan volgens de Rijksdienst niet weerhouden worden.

3.
De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening heeft berust in het vonnis van de eerste rechter, waarbij deze de periode van uitsluiting uit het recht op werkloosheidsuitkeringen liet ingaan vanaf 1 september 2009 in plaats van vanaf 2 juli 2007. Het is aldus niet nuttig nader in te gaan op de precieze aanvangsdatum van de werkloosheidsuitkeringen, die niet met zekerheid uit het dossier blijkt. Uit het dossier blijkt wel met zekerheid dat enkel de werkloosheidsuitkeringen vanaf 1 september 2009 werden teruggevorderd (terwijl in de oorspronkelijke beslissing gezegd werd dat deze moesten teruggevorderd worden vanaf 1 april 2009 in functie van de verjaringstermijn).

4.
Overeenkomstig artikel 44 van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991 dient de werkloze, om uitkeringen te kunnen genieten zonder arbeid en zonder loon te zijn.
Overeenkomstig artikel 45 lid 1, 1° van het Koninklijk Besluit wordt voor de toepassing van artikel 44 als arbeid beschouwd de activiteit verricht voor zichzelf, die ingeschakeld kan worden in het economische ruilverkeer van goederen en diensten en die niet beperkt is tot het gewone beheer van het eigen bezit.
Overeenkomstig artikel 45 laatste lid is er slechts sprake van een activiteit die beperkt is tot het gewone beheer van het eigen bezit wanneer de activiteit niet daadwerkelijk ingeschakeld is in het economische ruilverkeer van goederen en diensten en niet uitgeoefend wordt 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) de activiteit voornamelijk verricht wordt tussen 18 u en 7 u; (4) (b) het geen activiteit betreft in een beroep dat valt onder het hotelbedrijf of geen activiteit betreft als leurders, reiziger of verzekeringsagent of makelaar, tenzij de activiteit van gering belang is.

5.
In zijn arrest nr. 176/2004 van 3 november 2004 heeft het Grondwettelijk Hof beslist dat de bepaling van artikel 3 § 1, 4e lid, van het Koninklijk Besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende de inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen, volgens hetwelk personen, die benoemd zijn tot mandataris in een aan de Belgische vennootschapsbelasting of belasting der niet-inwoners onderworpen vennootschap of vereniging, op onweerlegbare wijze vermoed worden in België een zelfstandige beroepsbezigheid uit te oefenen, in strijd is met de Grondwet in zoverre ze een onweerlegbaar vermoeden instelt dat de persoon, die een dergelijke vennootschap bestuurt, niet toelaat aan te tonen dat hij geen beroepsactiviteit uitoefent als zelfstandige.

Het bestaan van een bestuursmandaat kan sinds dit arrest niet langer beschouwd worden als een voldoende en onweerlegbaar bewijs dat de bestuurder van een vennootschap een effectieve zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent, zoals de vroegere rechtspraak oordeelde (Cass. 30.09.2002, J.T.T.2003, 845).

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 (cf. Cass. 3.01.2005, J.T.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.

Het komt aan de werkloze, die van oordeel is dat aan zijn mandaat geen daadwerkelijke activiteit beantwoordde of geen daadwerkelijk inkomen, daarvan het bewijs te leveren. Het vermoeden dat voortvloeit uit artikel 3 § 1, 4e lid, van het Koninklijk Besluit nr. 38 van 27 juli

1967 is weliswaar ingevolge het arrest van het Grondwettelijk Hof geen onweerlegbaar vermoeden meer, maar het blijft nog wel een wettelijk vermoeden.

6.
Overeenkomstig artikel 169 van het werkloosheidsbesluit dient elke onrechtmatige ontvangen som te worden terugbetaald. Overeenkomstig al. 2 van dezelfde bepaling wordt, wanneer de werkloze bewijst dat hij te goeder trouw uitkeringen ontvangen heeft waarop hij geen recht had, de terugvordering beperkt tot de laatste 150 dagen van onverschuldigde toekenning. Overeenkomstig al. 3 van dezelfde bepaling wordt, wanneer de werkloze die de artikelen 44 of 48 overtreden heeft, bewijst dat hij alleen arbeid heeft verricht op bepaalde dagen of gedurende bepaalde periodes, de terugvordering beperkt tot deze dagen of deze periodes. Overeenkomstig al. 5 kan, wanneer de werkloze bewijst dat hij te goeder trouw uitkeringen ontvangen heeft, of ook wanneer de directeur beslist gebruik te maken van de mogelijkheid slechts een verwittiging te geven in de zin van artikel 157 bis van het werkloosheidsbesluit, het bedrag van de terugvordering beperkt worden tot het brutobedrag van de inkomsten die de werkloze genoten heeft en die niet cumuleerbaar waren met de uitkeringen.

7.
Het hof is van oordeel, mede in het licht van het advies van het openbaar ministerie, dat het over onvoldoende elementen beschikt om met zekerheid te kunnen oordelen, zowel over de uitoefening van een daadwerkelijke activiteit van de heer V binnen de vennootschap vanaf 1 september 2009, als over een eventuele beperking van de terugvordering tot de laatste 150 uitkeringsdagen.

Ter zitting had het hof aan de heer V gesuggereerd om, teneinde klaarheid te krijgen in het dossier, de volledige boekhouding van de beide vennootschappen voor te leggen, waarin hij een mandaat had. Om onduidelijke redenen is dit niet gebeurd. Ter zitting werd oorspronkelijk gesteld dat de boekhouding niet ter beschikking was ingevolge een conflict met de boekhouder, maar toen het hof suggereerde om een tussenarrest te wijzen waarbij de boekhouder het bevel werd opgelegd de boekhouding neer te leggen op het hof, werd ontwijkend geantwoord.

8.
Na een grondig onderzoek van de elementen die wel reeds blijken uit het dossier, blijkt dat de voorlegging van deze boekhouding echter zeker noodzakelijk is om de heer \ eventueel te kunnen volgen in zijn verweer.

9.
Het hof stelt in de eerste plaats vast dat reeds vanaf 26 april 2005, laatste aanpassing van de statuten vóór de betwiste periode, de vennootschap een veel ruimer doel had dan de heer \ het wil doen voorkomen. Volgens artikel 3 van de nieuwe statuten had de vennootschap toe tot doel:

- Het patrimonium gevormd, door inbrengsten, en grotendeels bestaande uit onroerende goederen, te behouden, in de ruimste zin van het woord te beheren en oordeelkundig uit te breiden;
- het verwerven, vervreemden, beheren, uitbaten en uitrusten, valoriseren, restaureren en inrichten, verkavelen, huren en verhuren, de promotie als makelaar in onroerend en roerende goederen en dit zowel voor zichzelf als voor derden;
- alle administratieve diensten van derden, bedrijven en particulieren;
- ....
- de handel in, aan- en verkoop, de in- en uitvoer, de fabricatie in het groot en klein van interieur, tuin en winkelinrichting, studie en adviesverlening als ook de volledige binnenhuisinrichting."

Een dergelijke ruime omschrijving maakt het mogelijk dat de heer V , binnen de vennootschap, en tijdens zijn werkloosheid, naast zijn statuut van zaakvoerder, daadwerkelijke activiteiten verricht heeft.

10.
Het hof stelt verder vast dat de vennootschap Marimar (waarvan de balansen en de verlies- en winstrekening zijn voorgelegd) in de periode waarin de heer \ werkloos was, zijn activiteiten substantieel lijkt uitgebreid te hebben. De vergelijking van een aantal balansposten geeft immers het volgende resultaat:

	2009	2010	2011
Bruto marge	-1.357	19.385	8.815
Materieel vaste activa			
installaties	0	1.617	2.831
Meubelen/rollend materieel	2.092	3.155	6.942
Leasing	0	12.087	9.065
Handelsvorderingen	5.565	18.687	766
leveranciers	3.681	15.632	13.848
Aanschaffingen boekjaar	0	19.847	

Er is dus niet alleen sprake van een duidelijke vermeerdering van de brutomarge (wat nog iets anders is dan de omzet die normaal heel wat hoger is), maar ook van de aanschaf van materieel voor de activiteiten van de vennootschap (voornamelijk door leasing), en een duidelijke stijging zowel van de handelsvorderingen (actief zijde balans) als van de schulden aan leveranciers (passief zijde balans), waarbij voor deze laatste posten moet opgemerkt worden dat in de balans niet het geheel van de handelsvorderingen, en van de schulden aan leveranciers worden vermeld, maar enkel de vorderingen en schulden zoals die openstaan op het einde van het boekjaar.

11.
Wanneer dan verder vastgesteld wordt dat de heer V vanaf 1 april 2011 bezoldigd zaakvoerder werd van de vennootschap, met activiteiten die ook reeds aansloten bij het maatschappelijk doel van de vennootschap, zoals het bestond sinds 2005, kan de vraag gesteld worden of hij niet reeds tijdens zijn werkloosheid, de activiteit heeft opgestart of minstens voorbereid, die hij vanaf 1 april 2011 officieel uitoefende. Wanneer dit het geval is had de heer V , zelfs als er sprake zou zijn van een vergissing in de oorspronkelijke aangifte van de nevenactiviteiten, zulks moeten melden en aanduiden op zijn controlekaart.

12.
Het is dan ook absoluut noodzakelijk dat de heer V op wie de bewijslast rust, zowel van het feit dat aan zijn statuut van zaakvoerder (en vennoot) geen enkele activiteit en inkomen verbonden was, als van zijn goede trouw was, de volledige boekhouding van de vennootschap Marimar maar ook van de vennootschap Karma voorlegt (over deze laatste vennootschap heeft de heer V geen gegevens voorgelegd).

Minstens moeten volgende documenten voorgelegd worden (voor de jaren 2009, 2010 en 2011) (en dit voor beide vennootschappen)

- Het uitgaande facturenboek, en de facturen zelf;
- het inkomende facturenboek, en de facturen zelf;
- de detail van de investeringen en afschrijvingen;
- het financieel dagboek;
- desgevallend de detail van de rekeningen-courant van alle zaakvoerders, waarvan het bestaan van afgeleid worden uit het financieel dagboek.

13.
De heer V kan dan ook van de heropening van de debatten gebruik maken om te antwoorden op de vragen en bedenkingen in het advies van het openbaar ministerie, waarop hij niet geantwoord heeft, vermits geen termijn voor repliekconclusies werd gevraagd.

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 eensluidend schriftelijk advies van mevrouw Nathalie Van den Brande, substituut-generaal, waarop geen repliek

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Alvorens uitspraak te doen over de gegrondheid ervan, heropent de debatten teneinde de heer V toe te laten de boekhouding neer te leggen van de vennootschappen Marimar en Karma en meer in het bijzonder van de documenten zoals opgesomd onder randnummer 12 van de beoordeling.

Stelt de termijnen voor neerlegging van stukken en uitrusting van conclusies vast als volgt:

De heer V zal de stukken, waarvan de neerlegging wordt bevolen, neerleggen uiterlijk op 10 december 2016, samen met zijn besluiten.

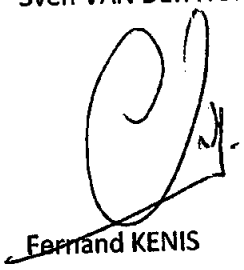
De Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening zal zijn eventuele antwoordenbesluiten neerleggen uiterlijk op 21 januari 2016.

De zaak wordt voor pleidooien vastgesteld op de openbare zitting van **donderdag 17 maart 2016** om **14u** voor een pleitduur van **30 min.**

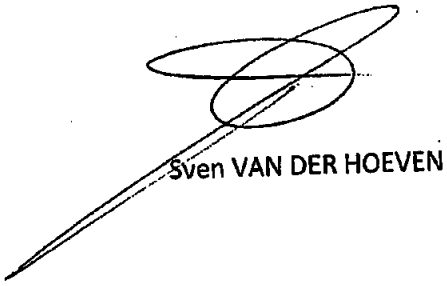
Aldus gewezen en ondertekend door de zevende kamer van het arbeidshof te Brussel,

samengesteld uit:

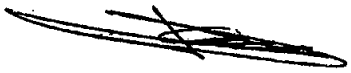
Fernand KENIS, raadsheer,
Christian LAURIERS, raadsheer in sociale zaken, werkgever,
Jean-Paul BUEKENHOUT, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
bijgestaan door :
Sven VAN DER HOEVEN, griffier.



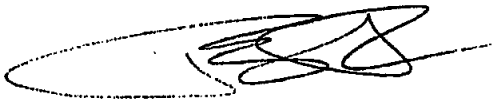
Fernand KENIS



Sven VAN DER HOEVEN



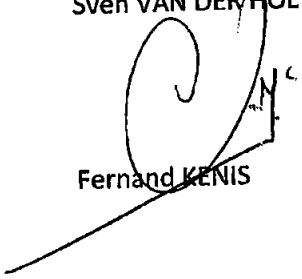
Christian LAURIERS



Jean-Paul BUEKENHOUT

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van donderdag 15 oktober 2015 door:

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



Fernand KENIS

Sven VAN DER HOEVEN