

Repertoriumnummer	
2021 / 2479	
Datum van uitspraak	
14 oktober 2021	
Rolnummer	
2018/AB/848	
Beslissing waartegen beroep	
15/55/A-16/20/A- 16/549/A-	

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

zevende kamer

Arrest

COVER 01-00002334433-0001-0026-02-01-1



SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk arrest
definitief
kennisgeving per gerechtsbrief (art. 580, 2°, Ger. W.)

1. A

2. R

3. I CONSULT BVBA, ON 0464.630.493, met maatschappelijke zetel te 1780
WEMMEL, Romeinse Steenweg 1022,
appellanten op hoofdberoep, geïntimeerden op incidenteel beroep, allen vertegenwoordigd mr.

tegen

1. RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, ON 0206.731.645, met zetel te 1060 BRUSSEL, Victor
Hortaplein, 11, geïntimeerde, vertegenwoordigd mr. I

eerste geïntimeerde op hoofdberoep, eerste appellant op
incidenteel beroep,

2. Mter. Bl en Mter. D, in hun hoedanigheid van curatoren van het
faillissement van BVBA ECA TECHNICS, voorheen gevestigd te 3980 TESSENDERLO, Hofstraat 10 D
(KBO nr. 0867.647.776), failliet verklaard bij vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen,
afdeling Hasselt, op 15 januari 2015, kantoor kiezende te
tweede geïntimeerde op hoofdberoep, tweede appellant op incidenteel beroep.

**

*

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

- het voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis, uitgesproken door de
arbeidsrechtbank Leuven op 25 juni 2018, 2e kamer (A.R. 15/55/A-16/20/A-16/549/A-),
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 05 oktober 2018,
- de neergelegde conclusies,



- het schriftelijk advies van het openbaar ministerie, neergelegd ter griffie op 30 juli 2021 door advocaat-generaal
- de repliek op dit advies, neergelegd ter griffie op 20 september 2021 voor A
R en CONSULT BVBA,
- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 10 juni 2021.

1. PROCEDURE

1.

Door huidig appellanten en door Mter. B curator van de bvba Eca Technics in faling, werden diverse dagvaardingen uitgestuurd tegenover huidig geïntimeerde, dit zowel voor de arbeidsrechtbank Leuven, als voor de arbeidsrechtbank Antwerpen, afd. Hasselt, en ook voor de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Aangezien alle zaken samenhangend waren en de arbeidsrechtbank Leuven de eerst gevatte arbeidsrechtbank was, werden alle zaken voor gezamenlijke behandeling verwezen naar de arbeidsrechtbank Leuven.

Bij vonnis van 25 juni 2018 heeft de arbeidsrechtbank Leuven, 2^e kamer, in de zaken met AR nr. 15/55/A, 16/20/A, 16/549/A, 16/883/A en 16/1299/A uitspraak gedaan.

De vorderingen met AR nrs. 15/55/A, 16/20/A, 16/549/A, 16/883/A (waarbij telkens werd gevorderd dat de beslissingen van de RSZ, waarbij de heren A en R onderworpen werden aan het stelsel van sociale zekerheid der werknemers, teniet zouden worden gedaan) werden ontvankelijk, doch ongegrond verklaard.

De vordering met AR nr. 16/1299/A waarbij door bvba Consult de veroordeling werd gevorderd van de RSZ tot terugbetaling van de niet-verjaarde, ten onrechte betaalde werknemers- en werkgeversbijdragen (en aankleven), provisioneel begroot op 1,00 €, méér de wettelijke en gerechtelijke intresten, werd ontvankelijk en gegrond verklaard.

2.

Appellanten kunnen kan zich niet neerleggen bij het hierboven vermelde vonnis en hebben bij verzoekschrift, op 5 oktober 2018 neergelegd ter griffie van arbeidshof Brussel, hoger beroep aangetekend.

Daarbij wordt gevorderd het vonnis *a quo* (ten dele) te vernietigen en te zeggen voor recht dat de initiële (respectievelijke) vorderingen van appellanten gegrond worden verklaard.



3.

Partijen werden overeenkomstig artikel 747 Ger. W. opgeroepen voor de openbare terechtzitting van 10 juni 2021, alwaar zij werden gehoord in de uiteenzetting van hun middelen en besluiten, waarna de debatten werden gesloten.

Het schriftelijk advies van het Openbaar Ministerie werd op 30 juli 2021 door mevr. Advocaat-generaal, ter griffie neergelegd.

Appellanten hebben een schriftelijke repliek op het advies ter griffie neergelegd op 20 september 2021.

Na beraad doet het arbeidshof Brussel in de Nederlandse taal als volgt uitspraak.

2. ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Appelanten tekenden hoger beroep aan bij verzoekschrift dat op 5 oktober 2018 werd neergelegd op de griffie van het arbeidshof Brussel.

Het blijkt niet dat het bestreden vonnis werd betekend.

Het hoger beroep werd tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld, zodat het ontvankelijk is.

3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

3.1. Standpunt van appellanten

1.

De bvba Consult werd in 1998 opgericht en is gespecialiseerd in consultancy activiteiten voor bedrijven die moeten geprospecteerd worden.

De zaakvoerder, A, heeft zich na verloop van tijd toegelegd op de commerciële activiteiten van de vennootschap, terwijl voor het technische aspect dhr. F werd aangeworven vanaf 17 mei 2015, dit met een initiële vaste wedde van 2.000,00 € bruto.

Dhr. R heeft zijn werkzaamheden steeds uitgevoerd onder gezag en leiding van dhr. A meer bepaald op grond van directieven die hij periodiek ontving van de zaakvoerder met wie hij doorheen de jaren een vertrouwensvolle band heeft opgebouwd.

De zaakvoerder van de gefailleerde bvba Eca Technics, R, had niet alleen de dagelijkse leiding, maar coördineerde ook de technische aspecten en voorzag in de opvolging van de gecontracteerde prospecten.



Voor de commerciële aspecten werd voorzien in de aanwerving van één werknemer, ¹A teneinde de potentiële klanten te bezoeken, dit gelet op zijn kennis binnen deze nichemarkt en zijn professioneel netwerk van relevante contacten.

^A heeft zijn activiteiten steeds uitgevoerd onder gezag en leiding van Bert Reynders, dit op grond van de directieven die hij van hem ontving.

8,5 Jaar na aanvang van zijn tewerkstelling bij bvba ^{Consult}, werd ^R omtrent deze tewerkstelling verhoord. Hij heeft de nodige toelichtingen gegeven en uitgelegd dat hij de technische oplossingen aanreikte. Er werden hem geen bijkomende vragen gesteld door de sociaal inspecteur.

Ook ^A werd verhoord, die uiteenzette dat hij het commerciële luik voor zijn rekening nam en waarbij een aantal klanten werden vernoemd. Daarbij werd een kopie van de loonberekening en -betaling overgemaakt, alsook een concreet werkdoossier en de taakverdeling van een projectstudie. Ook aan hem werden geen bijkomende vragen gesteld, ondanks de schriftelijke vraag van zijn kant.

Voorts werd ook ^R verhoord over zijn zaakvoerschap binnen de vennootschap bvba Eca Technics en werd dezelfde informatie verstrekt. Ook de specifieke inschakeling van ¹A als commercieel bediende werd uiteengezet, met toelichting aangaande de wijze waarop de arbeidsrelatie werd georganiseerd (telefonische briefings, loonadministratie door een sociaal secretariaat, enz.).

Door de RSZ werd vervolgens bij aangetekende brief van 3 november 2014 meegedeeld dat zij overging tot de ambtshalve schrapping van ¹A als werknemer van de bvba Eca Technics, dit voor de niet verjaarde periode van het 4^e kwartaal 2007 tot en met het 3^e kwartaal 2014, omwille van haar standpunt dat er geen sprake was van gezag en dat het daarbij om een bedrieglijke onderwerping ging.

Eenzelfde beslissing werd door de RSZ genomen bij aangetekende brief van 21 november 2014 ten opzichte van de bvba ^{Consult}, waarbij werd overgegaan tot ambtshalve schrapping van ^R als werknemer, andermaal omwille van het gebrek aan gezag en waarbij eveneens bedrieglijke onderwerping werd weerhouden.

De bvba Eca Technics werd op 15 januari 2015 failliet verklaard, met aanstelling van Mter. B als curator. Deze laatste stelde op 16 januari 2015 een einde aan de arbeidsovereenkomst met ^A. Er werd een C4 overgemaakt en een aangifte van schuldvordering ingediend voor betaling van de verbrekingsvergoeding, vakantiegeld, enzomeer.

De RSZ heeft op 19 januari 2016 aan de curator laten weten dat zij was overgegaan tot de ambtshalve schrapping van ^A als werknemer van de gefailleerde vennootschap. Dit werd niet nader gemotiveerd.

Het beroep werd door de eerste rechter, dat alle hangende zaken samenvoegde, als ongegrond afgewezen, met uitzondering van de vordering van bvba ^{Consult}. Voor de niet



verjaarde periode werd de RSZ veroordeeld tot terugbetaling van de ten onrechte betaalde werknemers- en werkgeversbijdragen, provisioneel begroot op 1,00 €.

2.

Volgens de Arbeidsovereenkomstenwet is de arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de werknemer zich tegen betaling van loon ertoe verbindt onder het gezag van de werkgever de overeengekomen arbeid uit te voeren.

Er zijn 3 constitutieve elementen, namelijk het verrichten van arbeid, tegen betaling van een loon en in ondergeschikt verband. Het derde bestanddeel is daarbij doorslaggevend.

De partijen kunnen vrij de aard van hun samenwerking kiezen en herkwalificatie is slechts mogelijk wanneer in de feitelijke uitvoering voldoende elementen aanwezig zijn die onverenigbaar zijn met de gekozen kwalificatie.

Hieruit volgt dat het aan de RSZ is te bewijzen dat de arbeidsovereenkomst met R niet werd uitgevoerd onder het gezag van een opdrachtgever. Wanneer de RSZ de aangiften in het stelsel van de sociale zekerheid der werknemers ambtshalve schrapt, dient zij de juistheid van haar beslissing te bewijzen en in het kader van de samenwerkingsplicht rond het bewijs, moet zij de elementen aanbrengen waarop de door haar uitgevoerde schrapping gebaseerd is. De door de partijen gegeven kwalificatie kan niet worden gewijzigd wanneer de elementen die aan zijn oordeel zijn onderworpen die kwalificatie niet uitsluiten.

De RSZ heeft in haar beslissing van 21 november 2014 alleszins niet meegedeeld welke elementen met zekerheid zouden verwijzen naar een andere kwalificatie dan deze die oorspronkelijk werd overeengekomen. Appellanten wijzen erop dat zij gedurende de ganse periode van de arbeidsovereenkomst belastingen hebben betaald, zonder dat dit ooit heeft geleid tot enige betwisting met de fiscale administraties.

Bvba EAC Technics en bvba Eca Technics hebben steeds voorzien in een loonadministratie via een sociaal secretariaat, terwijl ook de noodzakelijke verzekeringen werden afgesloten en alle sociaalrechtelijke verplichtingen werden voldaan.

De rechter dient bij de beoordeling concreet rekening te houden met de wil van de partijen, de vrijheid om de werktijd en het werk te organiseren en de mogelijkheid tot hiërarchische controle.

De gezagsverhouding bestaat van zodra iemand in feite toezicht kan uitoefenen op de handelingen van een andere persoon. De juridische mogelijkheid om gezag uit te oefenen volstaat daarbij.

De RSZ heeft zich voor haar beslissing blijkbaar in essentie gesteund op de vrijheid van organisatie van werktijd in hoofde van A en R. Ze is daarbij evenwel voorbijgegaan aan de vertrouwensvolle band die tussen hen bestond en de specifieke aard van hun job-functie, waarbij het niet strikt inrichten van een overeengekomen werktijd geen automatisch vermoeden van zelfstandigheid kan scheppen en geen afbreuk doet aan de mogelijkheid tot leiding en toezicht.

Het arbeidshof kan desgevallend de persoonlijke verschijning bevelen van A en R indien zij nadere toelichting wenst omtrent dit feitencomplex.



3.

Volgens de RSZ zou er een gebrek aan gezag zijn omdat A en R : zelf zouden beslist hebben wanneer en hoe zij werkten, terwijl de ondergeschiktheid beoordeeld moet worden in functie van de concrete arbeidsrelatie.

Ten onrechte oordeelt de RSZ dat de grote mate van vrijheid tot organisatie van de arbeidstijd, alsook het feit dat betrokkenen tegelijk mekaar werkgever en werknemer waren, onverenigbaar zou zijn met de uitvoering van arbeid in het kader van een arbeidsovereenkomst.

A en R dienden wel degelijk verantwoording af te leggen ten aanzien van hun respectievelijke werkgever. Hun respectievelijke job zou nooit houdbaar geweest zijn als zij vanuit hun specifieke takenpakket geen meerwaarde zouden hebben betekend voor hun werkgever.

Dat A ook na verloop van tijd aandelen zou hebben verworven in de vennootschap van zijn werkgever, betekent niet dat hij ook mee zou hebben ingestaan voor de leiding van het bedrijf, noch dat de werkgever daardoor in de onmogelijkheid zou verkeerd hebben om gezag uit te oefenen.

Hij is geen vennoot in het bedrijf, en dan nog zou hij slechts als werkend vennoot kunnen worden beschouwd wanneer hij zijn activiteiten uitoefende om het kapitaal te laten renderen en een winstaandeel toegekend te krijgen, maar hij heeft nooit een dividend opgestreken. Hij is nooit betrokken geweest bij de beleidsbeslissingen. In het ganse dossier is geen enkel spoor terug te vinden dat hij op dezelfde voet zou gestaan hebben als de zaakvoerder.

Net als R , kreeg hij voor zijn arbeidsprestaties enkel een vast maandelijks loon.

4.

De beslissing van de RSZ is gesteund op enkele verklaringen en/of op een rigide onderzoek. De door de sociaal inspecteur ingewonnen inlichtingen hebben enkel de waarde van een feitelijk vermoeden, zonder bewijskracht te hebben.

Behalve de zaakvoerders van de vennootschappen, werd niemand anders verhoord. Er werden geen andere leden van het personeel verhoord en ook geen verdere daden van onderzoek uitgevoerd, hoewel het aan de RSZ is het positieve bewijs te leveren van het feit dat er geen gezag werd uitgeoefend, noch kon uitgeoefend worden.

Overigens is de beslissing van de RSZ tot ambtshalve schrapping van een (schijn)werknemer uit de aangiften een bestuurshandeling die onderworpen is aan de Wet Motivering Bestuurshandelingen en dus uitdrukkelijk moeten gemotiveerd zijn, hetgeen hier niet het geval is.

5.

De RSZ heeft meer dan 9 jaar na het ontstaan van de arbeidsrelatie een herkwalificatie doorgevoerd, dit op grond van een subjectieve appreciatie van het dossier, waarbij al te gemakkelijk collusie wordt gesuggereerd tussen A en R ; om op basis van een beweerde bedrieglijkheid in een ruimere, retroactieve schrapping te kunnen voorzien.

Daarbij werd niet nagegaan of R als geherkwalificeerd werknemer überhaupt wel aan een sociaal statuut van zelfstandige kon voldoen gedurende de betrokken periode. In zijn professionele



relatie met EAC bvba, droeg hij geen enkel financieel of economisch risico met betrekking tot de prestaties die hij diende uit te voeren. Evenmin voorzag hij in enige autonome verantwoordelijkheid en beslissingsmacht. Ook op het vlak van tarifiering of prijsbeleid, had hij geen enkele autonomie.

Ook wordt niet bewezen dat hij gebonden was door enige resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid, terwijl hij wél genoot van een vaste vergoeding, ongeacht de omvang of het resultaat van zijn prestaties. Tot slot had hij ook geen bevoegdheid om zich te laten vervangen door personeel of medewerkers van zijn keuze.

Er was derhalve geen enkele reden om tot herkwalificatie over te gaan.

6.

Volgens de eerste rechter hebben A en R , bewust een zogenaamd fictieve constructie opgezet en doelbewust het statuut van werknemer georganiseerd terwijl dit niet met de realiteit overeenstemde.

Er zijn evenwel geen objectieve aanwijzingen van enig bedrieglijk opzet en ook op dat vlak ligt het bewijs bij de RSZ.

Ook hier wordt niets gemotiveerd of toegelicht door geïntimeerde. Niets wijst erop dat A en R ; enig (financieel) voordeel zouden hebben gegenereerd door het zogenaamd 'creëren' van een werknemersstatuut. Zo hebben zij zich in de ganse periode nooit (langdurig) ziek gemeld en werden nooit ziekte-uitkeringen opgestreken.

Het is voor hen een raadsel waarom zij destijds - open en bloot - een constructie van samenwerking zouden hebben aangegaan op basis van een bedrieglijk opzet, waarbij zij geen enkel financieel voordeel hadden en een samenwerking op zelfstandige basis bovendien goedkoper zou geweest zijn: geen uitbetaling van een minimumloon, vakantiegeld, eindejaarspremie, eventueel overloon, werkgeversbijdragen in de sociale zekerheid, aansluiting bij een arbeidsongevallenverzekeraar, bij een kinderbijslagfonds, bij een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk en/of bij een sociaal secretariaat.

De opmerking van de eerste rechter dat bvba Eca Technics in 2011 en in de eerste helft van 2012 slechts één klant zou gehad hebben, namelijk bvba Eibli dat opgericht werd door A en R , klopt bovendien niet, zoals blijkt uit de klantenlijst die wordt voorgelegd.

7.

In hun repliek op het advies van het Openbaar Ministerie hernemen appellanten hun standpunt dat zij nooit de bedoeling hebben gehad een bedrieglijke constructie op te zetten.

Door te opteren voor een werknemersstatuut, werden zelfs méér sociale bijdragen betaald dan wanneer ze als zelfstandige zouden hebben gewerkt.



3.2. Standpunt van eerste geïntimeerde – de RSZ

1.

Voor onderscheiden arbeidsrechtbanken werden door appellanten en door bvba Eca Technics ten laste van de RSZ verschillende vorderingen ingeleid die samengebracht werden voor de arbeidsrechtbank Leuven.

Ter vrijwaring van haar rechten heeft de RSZ een tegenvordering ingesteld tegen de bvba Eca Technics (in faling thans) om haar te veroordelen tot betaling van 1,00 € provisioneel ten titel van onterecht in rekening gebrachte, verrekenende en terugbetaalde bijdragen en aanhorigheden voor de periode van het 4^e kwartaal 2007 tot en met het 3^e kwartaal 2014.

Bij vonnis van 25 juni 2018 werden alle vorderingen ontvankelijk verklaard doch als ongegrond afgewezen, met uitzondering van één vordering van de bvba Consult waarbij de RSZ werd veroordeeld tot terugbetaling van de niet verjaarde, ten onrechte betaalde werknemers- en werkgeversbijdragen, te vermeerderen met de wettelijke intresten vanaf dagvaarding en de gerechtelijke intresten tot volledig betaling.

2.

A: werd vanaf 17 mei 2005 aangegeven als werknemer bij de bvba Eca Technics, vennootschap waarvan R de enige zaakvoerder was. Vanaf dezelfde datum werd R opgegeven als werknemer van de bvba Erwin Andries Consult, met A als zaakvoerder.

Door de RSZ-inspectie werd een onderzoek gevoerd naar het sociaal statuut van de twee betrokkenen, die ook een aantal verklaringen hebben afgelegd.

Op grond van hun verklaringen, bleek dat ze elk zaakvoerder waren van hun eigen firma en dat ze tegelijk mekaars zogezegde werkgever en werknemer waren, hetgeen onmiddellijk het hypothetisch karakter van een gezagsverhouding inhoudt.

Het ging om een georganiseerde samenwerking waar ze volgens hun eigen capaciteiten in hun eigen vennootschap en in de vennootschap van de andere hun specifieke inbreng hadden die onderscheiden en aanvullend was, maar in feite niets anders uitmaakte dan een duidelijke taakverdeling. Geen van beiden kan zeggen wanneer ze voor hun eigen vennootschap aan het werk waren of voor de andere, dit zonder enig werkstramien. Er zijn geen vaste uren, iedereen beslist vrij wanneer en hoe hij werkt en ze zijn beiden vrij in hun doen en laten.

Er is bijgevolg een volledige vrijheid op het vlak van organisatie van het werk en van de arbeidstijd.

Aangezien zij tezelfdertijd zaakvoerder waren van hun eigen firma, waren zij derhalve ten opzichte van mekaar tegelijkertijd zogezegd werkgever en zogezegd werknemer.

Het is niet verenigbaar met het statuut van werknemer dat beiden in de firma van de andere hun verlot vrij konden kiezen.



Uit de boekhouding en klantenlistings blijkt dat bvba Eca Technics in 2011 en in de eerste helft van 2012 één klant had, namelijk bvba Elbli met A en R als aandeelhouders en A als zaakvoerder.

Met de uitoefening van een arbeidsovereenkomst heeft dit geen uitstaans meer. Er zijn geen vaste werkuren, geen vaste arbeidstijden, geen vaste werkorganisatie, geen controle, geen richtlijnen, geen instructies, geen rapportering, geen verantwoording.

Zij zien mekaar een paar keer per maand en hebben om een 14 dagen een *meeting*, meestal 's avonds, waarbij *overleg* gepleegd wordt met betrekking tot de klanten en voor de rest is er telefonisch contact.

Dat de samenwerking op gelijke voet staat, wordt ook bewezen doordat beiden identiek dezelfde vergoeding krijgen.

Voorts had A financiële volmacht bij bvba Eca Technics, volgde hij er de financiën op en beschikte hij ook over een bankkaart. Hij beschikte ook over een volmacht.

Op basis van al het bovenstaande, heeft de RSZ op 4 november 2014 aan A en bvba Eca Technics en op 21 november 2014 aan R en bvba Consult laten weten dat bij gebrek aan gezag zou overgegaan worden tot schrapping van de ingediende aangiften voor het 4^e kwartaal 2007 tot en met het 3^e kwartaal 2014.

Het zijn deze beslissingen die werden aangevochten door appellanten.

3.

Geïntimeerde verwijst naar de Programmawet van 27 december 2006, in werking getreden op 1 januari 2007.

In de artikelen 331 en 332 van de Programmawet worden de principes uiteengezet om na te gaan of het gaat om een arbeidsrelatie als werknemer dan wel als zelfstandige.

Uitgangspunt is dat er vrije keuze is bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie, waarbij de effectieve uitvoering van de overeenkomst moet overeenstemmen met de aard van de arbeidsrelatie. Daarbij moet voorrang gegeven worden aan de kwalificatie die blijkt uit de feitelijke uitoefening, als deze de door de partijen gegeven kwalificatie uitsluit. Eenmaal een bepaalde keuze werd gemaakt, moeten de partijen wel alle juridische gevolgen daarvan dragen.

Wanneer de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die onverenigbaar zijn met de door de partijen gegeven kwalificatie, zal tot herkwalificatie van de arbeidsrelatie worden overgegaan.

Bij het onderzoek dient de rechter alle feitelijke elementen te onderzoeken en te beoordelen. Daarbij dient een globaal beeld voor ogen te worden gehouden en niet elk element afzonderlijk.

In casu is het globaal beeld totaal onverenigbaar met een arbeidsovereenkomst, dit omwille van het ontbreken van een gezagselement.



Het valt met enige zin voor realiteit ook niet in te zien hoe elke dag tegelijk gezag kan uitgeoefend worden als zaakvoerder tegenover een particulier, terwijl die particulier op hetzelfde moment ten aanzien van die andere persoon ook gezag zou moeten uitoefenen.

Beiden worden gedreven door een *affectio societatis* om samen te werken en voor hun onderlinge bedrijven het best mogelijke resultaat te bekomen, zonder daarbij werkuren te kennen. Alleen het resultaat telt.

4.

Er is duidelijk een bedrieglijke onderwerping, zodat de door de RSZ genomen beslissing terecht was.

Er kan dus niet worden ingegaan op het verzoek om de periode waarvoor geregulariseerd werd te beperken tot het 4^e kwartaal 2011 tot en met het 3^e kwartaal 2014.

5.

Door geïntimeerde wordt incidenteel hoger beroep ingesteld in de mate dat de RSZ werd veroordeeld tot terugbetaling aan de bvba [] Consult van de niet verjaarde, ten onrechte betaalde werknemersbijdragen.

De RSZ kan enkel veroordeeld worden tot terugbetaling van de ten onrechte betaalde werkgeversbijdragen. De ten onrechte betaalde werknemersbijdragen dienen door de werknemers zelf te worden teruggevorderd van de werkgever en niet van de RSZ.

Ter vrijwaring van haar rechten stelde geïntimeerde een tegenvordering in tegen bvba Eca Technics (in faling), voor zover in de gerechtelijke procedure de beslissing van de RSZ niet zou worden bevestigd en de tussentijds betaalde bijdragen en aankleven zouden zijn verrekend, gecompenseerd of terugbetaald.

Deze vordering wordt voor de periode 4^e kwartaal 2007 – 3^e kwartaal 2014 begroot op 1,00 € provisioneel.

In zoverre de beslissing van geïntimeerde niet zou worden bevestigd, dient de oorspronkelijke tegenvordering gegrond te worden verklaard.

3.3. Standpunt van tweede geïntimeerde – de curatoren

De curatoren gedragen zich naar de wijsheid van het arbeidshof.

4. BEOORDELING

4.1. Hoofdberoep

1.

Op 17 mei 2015 werden twee arbeidsovereenkomsten afgesloten.



Enerzijds wordt dhr. A door bvba Eca Technics in dienst genomen als commercieel en administratief bediende, terwijl anderzijds dhr. R door bvba Consult in dienst wordt genomen als technisch commercieel bediende.

Het gaat om voltijdse contracten van onbepaalde duur, dit met een variabel uurrooster waarbij dat uurrooster niet nader gespecificeerd wordt.

In de beide contracten wordt voorzien in een aanvangsloon van 2.000,00 € bruto per maand, te vermeerderen met 125,00 € 'kosten eigen aan de werkgever'.

Volgens de job-omschrijving zou dhr. A gelast zijn met het bezoek van potentiële klanten met het oog op uitvoering van projecten (automatisering binnen een onderneming, preventief elektrisch onderhoud, ...), terwijl de job-omschrijving van dhr. R voorziet in technische ondersteuning en advies rond consultancy opdrachten.

Door de RSZ wordt overgegaan tot het uitvoeren van een onderzoek naar het sociaal statuut van de beide personen, hetgeen leidt tot een beslissing van ambtshalve schrapping als werknemer bij enerzijds bvba Eca Technics en anderzijds bvba Consult, dit wegens het ontbreken van gezag.

De bvba Eca Technics werd op 15 januari 2015 failliet verklaard, waarop de curator per 15 januari 2015 een einde stelt aan de overeenkomst met dhr. A.

De verschillende vorderingen van appellanten, waarbij telkens wordt gevraagd de beslissingen te vernietigen van de RSZ waarbij zij ambtshalve werden geschrapt als werknemer, werden door de eerste rechter afgewezen.

De vordering van de bvba s Consult tot terugbetaling van de niet-verjaarde, ten onrechte betaalde socialezekerheidsbijdragen voor dhr. Reynders, wordt gegrond verklaard.

Tegen dit vonnis werd (beperkt) hoger beroep aangetekend, terwijl de RSZ bij incidenteel hoger beroep de hervorming vordert van het eerste vonnis in zoverre zij veroordeeld wordt tot terugbetaling van (ook) de werknemersbijdragen in de sociale zekerheid.

2.

Het toepassingsgebied van de RSZ-wet raakt de openbare orde (Arbh. Bergen 7 april 1995, J.T.T. 1995, 32) en is in principe niet vrij beschikbaar voor de partijen.

Het behoort tot de taak van het arbeidshof om, aan de hand van de voorliggende stukken en de standpunten van partijen, na te gaan of hier effectief sprake is van een samenwerking in ondergeschikt verband, dan wel op zelfstandige basis. Deze samenwerking dient te worden beoordeeld aan de hand van de Arbeidsrelatiewet van 27 december 2006, in werking vanaf 1 januari 2007.

Zonder de openbare orde, de goede zeden en de dwingende wetten te kunnen overtreden, kiezen de partijen vrij de aard van hun arbeidsrelatie waarbij de effectieve uitvoering van de overeenkomst



moet overeenkomen met de aard van de arbeidsrelatie. Er moet voorrang worden gegeven aan de kwalificatie die uit de feitelijke uitoefening blijkt indien deze de door de partijen gekozen juridische kwalificatie uitsluit (artikel 331 Arbeidsrelatiewet).

Indien de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die, beoordeeld overeenkomstig de bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten, onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door de partijen aan de arbeidsrelatie wordt gegeven, zal er een herkwalificatie van de arbeidsrelatie gebeuren en wordt er een overeenstemmend stelsel van sociale zekerheid toegepast (artikel 332 Arbeidsrelatiewet).

De elementen die terug te vinden zijn in de feitelijke uitoefening van de samenwerking, worden beoordeeld op basis van de algemene criteria, zoals gedefinieerd in artikel 333 Arbeidsrelatiewet, die het mogelijk maken het bestaan of de afwezigheid van een gezagsband te beoordelen, met name:

- De wil der partijen zoals die in hun overeenkomst wordt uitgedrukt;
- De vrijheid van organisatie van de werktijd;
- De vrijheid van organisatie van het werk;
- De mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen.

De vier elementen moeten dus tegenover mekaar worden afgewogen.

De wetgever heeft daarbij geen uitvoerige lijst van algemene criteria willen opstellen die te evalueren zijn en op wiskundige wijze toe te passen zijn. Een zekere soepelheid behouden in de beoordeling van de aard van de arbeidsrelatie, werd als onontbeerlijk gezien, rekening houdende met de aangenomen werkelijkheid (Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2773/1, 205).

Artikel 333 § 3 Arbeidsrelatiewet voegt daaraan toe dat, op zichzelf genomen, volgende elementen de arbeidsrelatie niet op adequate wijze kunnen kwalificeren:

- De titel van de overeenkomst;
- De inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid;
- De inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen;
- De inschrijving bij de administratie en de BTW;
- De wijze waarop de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven.

De Koning kan overeenkomstig artikel 334 Arbeidsrelatiewet ook een lijst opstellen met specifieke criteria van juridische- of socio-economische aard die eigen zijn aan een sector of aan een of meerdere beroepen. Artikel 334 trad in werking vanaf 1 januari 2012.

Er dient dus (enkel) een herkwalificatie van de arbeidsrelatie te gebeuren wanneer de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door de partijen aan de arbeidsrelatie wordt gegeven.

Dat er sprake moet zijn van een “onverenigbaarheid” alvorens tot herkwalificatie te kunnen overgaan, impliceert dat het niet volstaat dat de kwalificatie van de partijen niet helemaal passend is of moeilijk verenigbaar is met de uitoefening van de arbeidsrelatie door de partijen (W. VAN EECKHOUTTE, “Schijnzelfstandigheid na de Arbeidsrelatiewet: een eerste bespreking van het



voorontwerp van 6 juli 2006 in Departement Vorming en Opleiding van de Orde van Advocaten van de Balie te Kortrijk (ed.), *Huur van diensten, aanneming van werk*, De Boeck / Larcier, 2007, 167; H. VAN HOOGENBEMT, "Zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid na de Programmawet (I) van 27 december 2006" *Or.* 2007, 57). Er moeten daarenboven "voldoende" elementen naar voor worden gebracht om tot een onverenigbaarheid te kunnen besluiten (K. VANDENLANGENBERGH, *Basisprincipes van de Arbeidsrelatiewet: herkomst en kritische analyse*, Intersentia, 32).

Het principe van de verbindende kracht van de overkomst verhindert de bodemrechter niet om de overeenkomst te interpreteren met de bedoeling ofwel de werkelijke wil van de partijen te achterhalen, ofwel aan de overeenkomst een andere kwalificatie te geven dan deze welke door de partijen werd gegeven.

Wanneer derhalve de partijen hun overeenkomst hebben benoemd, dient de rechter op grond van de feitelijke elementen na te gaan of de essentiële of wezenlijke elementen van die overeenkomst voorhanden zijn.

De wil van de partijen tot het sluiten van een zelfstandige overeenkomst, zal dan ook in de praktijk dienen getoetst te worden aan de concrete wijze van invullen van de contractuele verbintenissen.

Uit de bovenstaande overwegingen en bepalingen blijkt dat de partijen vrij de rechtsaard van hun arbeidsrelatie kiezen, zodat moeten worden uitgegaan van de wilsautonomie (W. VAN EECKHOUTTE, G. DE MAESENEIRE, *Arbeidsrelatiewet*, *NjW* 2007, 109).

Zolang de kwalificatie niet indruist tegen de openbare orde, de goede zeden en de dwingende bepalingen, staat het de partijen vrij te beslissen op welke wijze zij hun activiteiten wensen te kwalificeren. Deze kwalificatie dient wel te worden bevestigd door de effectieve uitvoering van de overeenkomst. Indien een belanghebbende, *in casu* de RSZ, de kwalificatie wenst te betwisten, rust op deze laatste de bewijslast en dient hij aan te tonen dat de kwalificatie niet in overeenstemming is met de feitelijke uitoefening (J. KERREMANS, *De wet betreffende de aard van de arbeidsrelaties: Kroniek van een aangekondigde dood ?*, *J.T.T.* 2007, 152).

3.

Door appellanten werden in het kader van het onderzoek door de RSZ volgende verklaringen afgelegd en ondertekend (benadrukking door het arbeidshof ¹):

Ik ben zaakvoerder van ECA Technics [...]. Bij EAC ben ik bediende [...]. Bij EAC werk ik tussendoor. Dat is moeilijk te zeggen hoeveel uren ik werk. Het kan zijn dat ik op zondag werk. Ik ben daar redelijk vrij in. Ik werk nooit in Wemmel. Ik ga niet naar Brussel rijden. Ik werk ofwel in Aarschot of hier.

[...]

A_i is mijn werknemer bij ECA. A_i volgt het financiële op. Hij kijkt of alles in orde is. Hij heeft een bankkaart. Hij heeft hetzelfde loon als ik. Het financiële doet hij meestal 's avonds en in het weekend. Hij werkt voor mij 's avonds en in het weekend. Ik kan daar geen uren op plakken. Wij hebben geen afspraak; als het werk gedaan is, is het ok. Ik heb A_i aangeworven voor zijn

¹ De vraagtekens tussen de ronde haakjes zijn voor het arbeidshof onleesbare woorden/passages.



kennis en contacten. **Hij werkt voor ECA bij hem thuis. Ik bel hem op als ik vragen heb.** [...] Ik heb 1/3 van de aandelen bij ECA, A heeft 1/3 en Danny Kusters heeft 1/3. Ik heb geen aandelen bij EAC (verklaring van R van 6 augustus 2013).

Ik ken de heer A privé. Eibli, zaakvoerder A doet elektriciteits- en gasaansluitingen voor Eandis. (??) Vroeger zat mijn activiteit daar ook onder. (??) Omdat we groter werden zijn we gesplitst en heb ik K en de kans gegeven om mee in te stappen. Ik had mijn bedrijf. Ik ben ik faling gegaan. Ik heb toen gewerkt als arbeider en als bediende. Ik kende Erwin privé en zijn samen begonnen met Eibli. Ik had in dezelfde periode een VOF opgericht om na mijn uren te beginnen. (??) commercieel werk. Ik heb van hem de kans gekregen om bij EAC in dienst te gaan omwille van mijn technische kennis. Op hetzelfde moment kwam hij als commerciële medewerker in dienst bij mijn firma. Er is een compromis gezocht ivm de lonen, wij hebben hetzelfde loon. A zoekt de klanten, er is een wisselwerking. Ik zorg voor zijn zaak op technisch gebied en hij zorgt voor mijn klanten.

[...]

Wij hebben elkaar grote vrijheid gelaten. Wij zijn beiden flexibel. Ik bepaal bij EAC zelf mijn uren en hij bepaalt bij ECA zijn uren. (??) zijn vrij te kiezen. De uren zijn niet belangrijk. Als het werk gedaan is, is het ok. Ik kies mijn verlof in functie van het werk en de schoolvakanties.

[...]

Ik zie de heer A 8 tot 10 keer per maand. Ik werk hier in Tessenderlo voor EAC. Ik ben vrij om te laten en doen voor EAC wat ik wil. Als op het einde van de rit de zaak gedaan is, is het goed.

[...]

Hij rijdt met een wagen van EAC. Hij krijgt voor zijn wagen geen kostenvergoeding van ECA. **De heer A mag bij ECA zijn verlof zelf kiezen.** Het papierwerk voor ECA doet hij van bij hem thuis of hier op bureau. **Om de 14 dagen hebben wij een meeting. Dit is meestal in de avond** (verklaring R van 13 februari 2014).

[...] Ik ben bezoldigd zaakvoerder van EAC BVBA. Ik bezit alle aandelen. [...] De BVBA werd opgericht op 13/11/1998, de activiteit is consulting, ik werk voor verschillende bedrijven zoals ISS, Peeters en Smet Jet. Ik ben steeds bediende geweest sinds 1986, ik ben aangesloten als zelfstandige in bijberoep november 2012.

[...]

Ik heb nog via interim gewerkt tot 13/5/2005 voor EAC, dit omdat ik werknemer wou blijven, mijn vorige werkgever is in faling gegaan. Ik ben tevens zaakvoerder bij EIBLI BVBA sinds 2004. Bij ECA Technics heb ik nog 1/3 van de aandelen maar geen financiële volmacht meer. krijgt zijn opdrachten van mij, hij werkt voltijds. Ik ben tevens voltijds werknemer bij ECA Technics. Ik heb geen vaste uren en combineer dus verschillende jobs. I heeft geen aandelen noch volmachten bij EAC. Hij werkt ofwel van bij hem thuis of op de Leuvensesteenweg 388. We komen 2x per week samen om te overleggen. Ik ben constant op de baan. Ik ontvang mijn loon van ECA en daarnaast nu ook een vaste bezoldiging als zaakvoerder. We kiezen beiden zelf onze uren. Gezien ons werkgebied kunnen er geen vaste werknemers zijn. I heeft geen firmawagen, enkel een groepsverzekering. Eigenlijk leggen we beiden verantwoording af bij elkaar, ik als baas van Bert en hij als baas van mij.

[...]

Ik werk dagelijks 14 uur per dag en kan geen vast stramien inwerken wanneer ik voor welke firma werk (verklaring van A van 8 juli 2014).



Deze verklaringen dienen te worden getoetst aan de Arbeidsrelatiewet.

a. de wil der partijen

a.

Met “overeenkomst” wordt bedoeld de gehele schriftelijke overeenkomst, d.w.z. niet louter de titel of benaming die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven, maar ook de clausules die ze bevat (Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006 – 07, nr. 2773/1, 215).

b.

Er moet vastgesteld worden dat partijen heel nadrukkelijk hebben gekozen voor een samenwerking in het kader van een arbeidsovereenkomst. Dat blijkt uit de overeenkomsten die zij respectievelijk met mekaar hebben afgesloten.

Zij betaalden, via hun vennootschappen, mekaar ook maandelijks eenzelfde bedrag aan loon uit.

De bewering van appellanten dat zij in het kader van een zelfstandige samenwerking minder kosten en bijdragen zouden hebben betaald dan in het kader van een statuut van een arbeidsovereenkomst, is geen argument en niet relevant.

Er dient enkel te worden nagegaan of in de praktijk de kwalificatie van de overeenkomst met de realiteit overeenstemt.

b. de vrijheid van de organisatie van de werktijd

a.

Met vrijheid tot de organisatie van de werktijd wordt bedoeld de vrijheid te beslissen wanneer het werk wordt uitgevoerd, zonder gebonden te zijn aan een in de onderneming vastgelegde werktijdregeling (M. RIGAUX, A. VAN REGENMORTEL, *o.c.*, 129).

Volgens het Hof van Cassatie betreft de vrijheid van organisatie van de werktijd de al dan niet bestaande onafhankelijkheid van de tijdsbesteding binnen de ruimere periode waarin volgens de tussen de partijen gesloten overeenkomst arbeid dient te worden verricht, of dat de uitvoerder van het werk ter beschikking dient te staan (Cass. 18 oktober 2010, *J.T.T.* 2011, 22).

De verplichting zich te schikken naar een precieze en dwingende werktijdregeling, het feit de verlof- en vakantiedagen niet vrij te kunnen bepalen, de verplichting zijn afwezigheden te moeten rechtvaardigen, te moeten prikken, te verwittigen in geval van afwezigheid, zijn kenmerkend voor het bestaan van een band van ondergeschiktheid, hoewel dat allemaal *in concreto* moet beoordeeld worden in functie van de concrete arbeidsrelatie.

Wanneer de opdrachtgever steeds specifieke richtlijnen en instructies geeft aan de uitvoerder over wat er moet gebeuren en hoe het moet gebeuren, is er geen vrijheid meer om het werk te organiseren. Algemene onderrichtingen hebben evenwel dat karakter niet.



In zover er dus enkel een resultaatsverplichting wordt gelegd op de uitvoerder, kunnen wel algemene onderrichtingen, verplichtingen en richtlijnen worden gegeven indien ze noodzakelijk zijn om het beoogde resultaat te bereiken, zoals bijvoorbeeld een degelijke operationele leiding van de zaak.

Ook de verplichting om tijdens bepaalde uren te werken is niet noodzakelijkerwijze een indicatie van een band van ondergeschiktheid, aangezien dit een geval kan zijn van louter organisatorische beperkingen en/of commerciële verplichtingen (de openingsuren van een winkel in een winkelcentrum bijvoorbeeld).

b.

Er moet vastgesteld worden dat appellanten volkomen vrij waren in hun doen en laten. Zij werkten wanneer en waar zij dit wilden; ze kunnen zelfs niet aanduiden wanneer ze voor welke onderneming werkten, noch hoeveel uren daarvoor werden gepresteerd.

Ze bepaalden élk hun eigen uren die ze volkomen vrij kozen, zo blijkt uit hun onderscheiden verklaringen. Appellanten verklaarden zelfs uitdrukkelijk dat *“de uren niet belangrijk zijn; als het werk gedaan is, is het ok”*, dat ze *“er geen uren op kunnen plakken”* en nog dat *“ze zelf hun uren vrij kunnen bepalen en dat ze erg flexibel zijn en mekaar een grote vrijheid laten”*.

Het moet dan ook duidelijk zijn dat elkeen zijn werktijd volledig vrij organiseerde en indeelde, zonder dat er een precieze en dwingende werktijdregeling werd opgelegd. Er werd ook 's avonds en in het weekend gewerkt, zonder dat enige tijdsbesteding diende te worden doorgegeven. Dat had ook niet de minste invloed op het loon aan het einde van de maand.

Appellanten lieten mekaar daarin volkomen vrij, ook wat hun respectievelijke vakantieperiodes betrof, terwijl 'afwezigheden' - voor zover daarvan al sprake kan zijn in een dergelijke vorm van samenwerking - nooit moesten gemeld noch verantwoord worden.

De heer Reynders verklaart meerdere keren heel duidelijk dat het resultaat belangrijk was en de werktijd eigenlijk volstrekt onbelangrijk was. Enkel het eindresultaat telde, ongeacht het aantal uren dat daaraan moest worden gependend. Er was met andere woorden enkel een resultaatsverplichting, hetgeen moeilijk in overeenstemming te brengen is met een arbeidsovereenkomst en er in feite zelfs lijnrecht tegenover staat.

Appellanten verdeelden naar eigen goeddunken hun werkuren over hun eigen onderneming, de onderneming van de andere én hun gezamenlijk bedrijf, de BVBA Eibli, waar ze beiden partners in zijn.

c. de vrijheid van organisatie van het werk

a.

Met de vrijheid van organisatie van het werk wordt bedoeld de precieze omschrijving van de te vervullen taken, evenals het bestaan van precieze onderrichtingen en van beslissingen van een hiërarchische meerdere.



Ook hier geldt dat algemene onderrichtingen, verplichtingen en richtlijnen kunnen worden gegeven indien ze noodzakelijk zijn om het beoogde resultaat te bereiken, zonder dat dit automatisch zou moeten beschouwd worden als een band van ondergeschiktheid.

Wanneer de opdrachtgever steeds specifieke richtlijnen en instructies geeft aan de uitvoerder over wat er moet gebeuren en hoe, is er geen vrijheid meer om het werk te organiseren.

b.

Uit de verklaringen van appellanten blijkt andermaal hun absolute autonomie. Ze hebben hun eigen taken, namelijk het commerciële voor dhr. A en het technische voor de heer R, maar binnen hun domein ageren ze zonder ook maar de minste controle, noch richtlijnen of instructies.

De heer A. gaat de baan op en neemt de prospectie (van de verschillende bedrijven) op zich. Rechtstreekse opdrachten als werknemer van ECA Technics ontvangt dhr. A niet, hij zoekt de klanten zelf en heeft daarin een grote vrijheid, zo verklaart hij letterlijk. Wanneer zich een opportuniteit voordoet voor ECA Technics contacteert hij dhr. R maar blijft hij tot aan het einde van dat specifieke project verder volledig vrij.

De heer R neemt dan weer het technische aspect van de projecten voor zijn rekening, maar ook hij werkt volkomen autonoom, meestal vanuit zijn eigen woonplaats.

Er is duidelijk een 'wisselwerking' tussen beide appellanten (dat verklaren zo ook zelf), waarbij elk op zijn territorium naar goeddunken handelt en er hooguit achteraf wordt teruggekoppeld en overleg wordt gepleegd.

Ook dit valt niet te verzoenen met een arbeidsrelatie.

d. de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen

a.

Een hiërarchische controle impliceert de uitoefening van het werkgeversgezag, dit wil zeggen de controle door de werkgever op de ijver van zijn werknemer bij het werk, t.t.z. of de werknemer heeft uitgevoerd wat van hem wordt gevraagd, of hij de prestaties behoorlijk heeft uitgevoerd, of hij zich aanbiedt op de overeengekomen uren, of hij zijn afwezigheid rechtvaardigt.

Wanneer deze controle en toezicht leiden tot de mogelijkheid om tuchtsancties op te leggen (mondelinge of schriftelijke waarschuwing, blaam, boete, ontslag, ...), is dit een ernstige aanwijzing van de band van ondergeschiktheid (E. RIGAUX, A. VAN REGENMORTEL, o.c., 131). Zij moet uitgaan van de "meerdere" die daartoe het recht heeft.

Van belang is dat de mogelijkheid bestaat om een hiërarchische controle uit te oefenen, ongeacht of de controle al dan niet daadwerkelijk werd uitgeoefend (K. VANDENLANGENBERGH, o.c., 39).

Een hiërarchische controle is niet verenigbaar met een zelfstandige samenwerking.



De hiërarchische controle dient evenwel te worden onderscheiden van een kwaliteitscontrole, welke wél verenigbaar is met een zelfstandige samenwerking. In dat geval gaat het immers om een controle op de kwaliteit van het geleverde werk, hetgeen betrekking heeft op het product van het werk en niet op het werk zelf.

b.

Uit geen enkel stuk blijkt dat appellanten op de één of andere manier mekaar controleerden of corrigeerden, of dat zij richtlijnen opgelegd kregen welke zij dienden te volgen.

Appellanten verklaarden dat zij *“elkaar 8 tot 10 keer per maand zien”,* dat ze *“om de 14 dagen een meeting hebben, meestal 's avonds”* en nog dat ze mekaar *“twee tot drie keer per week telefonisch contacteerden om te overleggen”*.

Er kan derhalve alleen maar worden besloten dat geen bewijs voorligt van werkgeversgezag, van een hiërarchische controle, wel integendeel. Bij die ‘meetings’ moest geen rekenschap worden afgelegd met betrekking tot de geleverde prestaties, niet waar deze werden geleverd, niet hoeveel tijd die in beslag hadden genomen. Zoals appellanten bij herhaling hebben verklaard, was enkel het resultaat van belang, niet de weg daarnaartoe.

4.

Er kan enkel worden besloten dat appellanten op volledige voet van gelijkheid samenwerkten.

Zij zijn op exact dezelfde datum (17 mei 2005) bij elkaar ‘in dienst getreden’, zij verdienden exact hetzelfde loon en werkten allebei met een niet nader gepreciseerd, variabel uurrooster dan in principe (op papier) voltijds was, maar waarvan uit de verklaringen is gebleken dat dit volstrekt niet gecontroleerd werd (en allicht niet eens controleerbaar was).

Binnen EAC bvba is de heer A de hiërarchisch meerdere van de heer R , terwijl deze laatste binnen bvba ECA Technics de hiërarchisch meerdere is van de heer A

Terecht wordt door mevrouw de Advocaat-generaal in haar schriftelijk advies opgemerkt dat de beide vennootschappen óók nog eens aandeelhouders zijn van de BVBA Eibli, met dhr. A als zaakvoerder-werkend vennoot en dhr. R als technisch directeur-werkend vennoot en dat een hiërarchische controle enkel mogelijk is vanuit een vaste gezagsrelatie, niet vanuit een wederzijdse, beurtelingse gezagsrelatie waarin de ene gezagsrelatie de andere eigenlijk opheft.

Met andere woorden, in werkelijkheid is de heer A niet ‘de baas’ van de heer R , net zomin als de heer f ‘de baas’ is van de heer A

De wijze waarop hun samenwerking in de praktijk wordt uitgevoerd is volkomen onverenigbaar met een arbeidsrelatie zoals appellanten deze onderling op papier hebben gezet.

Zij hebben doelbewust geopteerd voor het statuut van werknemer, waarbij zij mekaar bovendien op identieke wijze *‘verloonden bij wijze van compromis’*, ongeacht het aantal gepresteerde uren, als waren het “communicerende vaten”. Wat de heer A betaalde aan de heer R , kreeg hij van deze laatste immers volledig terug, met het (wederzijdse) statuut van werknemer er als extraatje



bovenop, hetgeen hen vanuit sociaalrechtelijk oogpunt alleen maar de daaraan verbonden voordelen opleverde.

Uit de toetsing van de samenwerking tussen partijen aan de algemene criteria van de Arbeidsrelatiewet, kan dan ook enkel geconcludeerd worden dat voldoende elementen naar voor worden gebracht die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door appellanten aan de arbeidsrelatie wordt gegeven, zodat effectief moet overgegaan worden tot de herkwalificatie van de arbeidsrelatie.

5.

Mét de eerste rechter en mét het Openbaar Ministerie moet worden geoordeeld dat appellanten bewust en met bedrieglijk opzet een werknemersstatuut hebben georganiseerd dat niet met de werkelijkheid overeenstemt.

Op die manier konden appellanten niet alleen genieten van de voordelen van dit statuut, maar stelde dit hen onder andere ook nog eens in staat enkel als zelfstandige in bijberoep aan te sluiten bij een sociaal verzekeringsfonds voor zelfstandigen in plaats van in hoofdberoep, hetgeen niet onbelangrijke, voordeliger bijdragetarieven opleverde.

Het Openbaar Ministerie wijst er bovendien op dat, aangezien appellanten mekaar hebben aangegeven als hun 'eerste werknemer', zij ook langs die weg nogmaals konden genieten van de lagere bijdragetarieven inzake doelgroepverminderingen voor eerste aanwervingen (artikel 342 e.v. programmawet van 24 december 2002 en het K.B. van 16 mei 2003 tot uitvoering van Hoofdstuk 7 van Titel IV van voormelde programmawet).

Er moet voorts in datzelfde verband nog opgemerkt worden dat de heer A in de periode 3 oktober 2003 – 13 mei 2005 zelfs als uitzendkracht werkte in zijn eigen onderneming omdat hij werknemer wou blijven ...! Ook dat bewijst nog maar eens dat, los van elke realiteit, ten allen prijze werd geopteerd voor het statuut van werknemer, zelfs in de onderneming waarvan men zelf de enige zaakvoerder was.

De keuze van appellanten voor het fictieve werknemersstatuut was dan ook doelbewust en weloverwogen, alleen was dit geïnspireerd door even dubieuze als manifest verkeerde motieven.

Door de RSZ werd derhalve terecht toepassing gemaakt van de termijn van ex artikel 42, 4^e lid RSZ-wet dat voorziet dat zij, bij bedrieglijke onderwerping aan de sociale zekerheid der werknemers, beschikt over een termijn van zeven jaar (ingaaend vanaf de eerste dag van het trimester dat volgt op het trimester waarin de inbreuk zich voordeed) om over te gaan tot annulering van deze onterechte onderwerping of tot ambtshalve onderwerping bij de werkelijke werkgever.

Het hoger beroep dient dan ook als ongegrond te worden afgewezen.

4.2. Incidenteel hoger beroep

1.



Door geïntimeerde werd incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het onderdeel van het vonnis van de eerste rechter (AR nr. 16/1299/A) waarbij voor recht werd gezegd dat, gezien de annulering van de onderwerping aan de sociale zekerheid der werknemers, er uit dien hoofde geen socialezekerheidsbijdragen aan de RSZ verschuldigd waren en de onverschuldigd betaalde werkgevers- en werknemersbijdragen dienden te worden terugbetaald door de RSZ aan de bvba ECA.

Door geïntimeerde wordt gesteld dat de terugvordering dient te worden beperkt tot de ten onrechte betaalde werkgeversbijdragen, terwijl de ten onrechte betaalde werknemersbijdragen door de werknemers zelf moeten worden teruggevorderd van de werkgever en niet van de RSZ.

2.

Artikel 340 van de Arbeidsrelatiewet (programmawet van 27 december 2006) voorziet in de volgende relevante bepalingen (benadrukking en onderlijning door het arbeidshof):

§ 1. [...]

§ 2. *In geval van herkwalificatie tot verloonde arbeidsrelatie, in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk IV van de wet van 27 juni 1969, en onverminderd de toepassing van het stelsel van sociale zekerheid der loontrekkenden, zal de rechtzetting enkel de bijdragen als dusdanig betreffen, met uitzondering van de verhogingen, intresten en andere kosten of sancties voorzien bij hoofdstuk IV van voornoemde wet, en mits afhouding van de tijdens die periode aan de inninginstelling van de sociale zekerheidsbijdragen der zelfstandigen verschuldigde bijdragen.*

Zo ook blijven in deze hypothesen de gedurende de periode die de herkwalificatie voorafgaat aan de inninginstelling van de sociale zekerheidsbijdragen der zelfstandigen verschuldigde bijdragen verworven en zullen die door de werker niet teruggevorderd kunnen worden wiens statuut geherkwalificeerd is.

Onverminderd de loonbarema's zal de maandelijkse bezoldiging van de werknemer, zonder werkgeversbijdragen voor sociale zekerheid en vóór aftrek van de bedrijfsvoorheffing geacht worden gelijk te zijn aan het maandelijks gemiddelde van de inkomsten toegekend als zelfstandige en verminderd met het maandelijks gemiddelde van de sociale zekerheidsbijdragen verschuldigd aan de inninginstelling van de sociale zekerheidsbijdragen der zelfstandigen.

§ 3. *In geval van herkwalificatie tot zelfstandige arbeidsrelatie, in afwijking van de bepalingen van het koninklijk besluit nr. 38 en onverminderd de toepassing van het stelsel van sociale zekerheid der zelfstandigen, zal de rechtzetting enkel de bijdragen als dusdanig betreffen, met uitzondering van de verhogingen en intresten en mits afhouding van de tijdens deze periode aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid der werknemers verschuldigde persoonlijke bijdragen.*

Zo ook blijven in deze hypothesen de gedurende de periode die de herkwalificatie voorafgaat aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid der werknemers verschuldigde persoonlijke bijdragen verworven en kunnen deze niet door de werker wiens arbeidsrelatie geherkwalificeerd werd, noch door zijn vroegere werkgever, teruggevorderd worden.

§ 4. *Jaarlijks en vóór de eerste keer tijdens het jaar volgend op het jaar van inwerkingtreding van dit artikel, stellen de RSZ-globaal beheer en het globaal financieel beheer van het sociaal statuut der zelfstandigen gezamenlijk een globale afrekening op. Het bedrag van deze afrekening wordt van het ene globaal beheer naar het andere overgedragen vóór het einde van het jaar waarvan de afrekening wordt opgemaakt.*

De in vorig lid bedoelde afrekening berust op volgende principes: de door de werker verschuldigde bijdragen voor de periode die voorafgaat aan de herkwalificatie van zijn arbeidsrelatie moeten aan



het andere globaal beheer overgemaakt worden, verminderd met het bedrag van de effectief aan de werker toegekende sociale prestaties voor dezelfde periode.

De Koning bepaalt de berekeningswijze en de nadere regels voor de vaststelling van deze globale afrekening.

De Arbeidsrelatiewet heeft derhalve voorzien in een 'gunstregime', onder meer voor wat betreft de compensatie van de betaalde bijdragen.

Immers, indien de werknemersrelatie wordt geherkwalificeerd tot een zelfstandige samenwerking, dan mogen de werknemersbijdragen die in de te regulariseren periode werden betaald in de socialezekerheidsregeling voor de werknemers, worden afgetrokken van de bedragen die voor die periode te betalen zijn in het sociaal statuut der zelfstandigen (artikel 340 § 3 laatste lid Arbeidsrelatiewet; B. VAN BRAEKEL, S. SCAILLET, "L'article 340 de la nouvelle loi sur la nature des relations de travail, incitation à la régularisation, effets d'une régularisation en perspective d'avenir", in P. VERDONCK (ed.), *La nouvelle loi sur les relations de travail*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, 148).

Wél kunnen de betaalde werkgeversbijdragen worden teruggevorderd. Immers, het artikel 340 van de Arbeidsrelatiewet geeft enkel weer wat er met de werknemersbijdragen dient te gebeuren, wat de 'vrijheid' geeft over de werkgeversbijdragen die alsdan terugvorderbaar zijn als onverschuldigde betaling, mits uiteraard het respecteren van de verjaringstermijn van 5 jaar (3 jaar vanaf 1 januari 2009) (V. DOOMS, T. MESSIAEN, *Schijnzelfstandigheid*, Larcier, 2008, 105).

De compensatie zal aldus dienen te gebeuren tussen de socialezekerheidsinstellingen onderling, reden waarom in artikel 340 § 4 van de Arbeidsrelatiewet werd bepaald dat ieder jaar door de RSZ-globaal beheer en het globaal financieel beheer van het sociaal statuut der zelfstandigen gezamenlijk een globale afrekening wordt opgemaakt, waarna het bedrag van deze afrekening wordt overgemaakt van het ene globaal beheer naar het andere voor het einde van het jaar tijdens hetwelk de afrekening wordt opgemaakt.

Het principe waarop deze afrekening berust, bestaat erin dat de bijdragen die verschuldigd zijn tijdens de periode voor de nieuwe kwalificatie door de werknemer wiens arbeidsrelatie opnieuw wordt gekwalificeerd, moeten teruggestort worden aan het andere globaal beheer, verminderd met het bedrag van de uitkeringen die tijdens dezelfde periode aan de werknemer effectief werden toegekend (V. DOOMS, T. MESSIAEN, *op. cit.*, 106).

Het vonnis van de eerste rechter dient op dit punt dan ook te worden hervormd, in die zin dat enkel het deel van de werkgever bvba EAC -met uitsluiting van het deel van de werknemer Bert Reynders zelf- in de socialezekerheidsbijdragen onverschuldigd werd betaald en derhalve enkel die werkgeversbijdragen voor een periode van drie jaar door de RSZ dienen te worden terugbetaald aan de voormelde vennootschap.

Het hoger beroep is derhalve ongegrond, terwijl het incidenteel hoger beroep gegrond is.



4.3. De kosten van het geding in hoger beroep

Aangezien het hoofdberoep als ongegrond wordt afgewezen en het incidenteel hoger beroep gegrond wordt verklaard, dienen de kosten in toepassing van artikel 1017, 1e lid Ger. W ten laste te worden gelegd van appellanten.

Zij vorderen evenwel (ook) 60,00 € aan kosten verzoekschrift hoger beroep, terwijl aan het instellen van hoger beroep voor het arbeidshof geen rolrechten, noch andere kosten verbonden zijn.

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF BRUSSEL,

Recht sprekend op tegenspraak, dit na beraadslaging.

Het arbeidshof stelt vast dat de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken en in het bijzonder artikel 24 van deze wet, werd gerespecteerd.

Verwerpt alle verdere, ruimere of strijdige conclusies.

Verklaart het hoger beroep van de heer A, de heer I : R en de bvba : (E.A.C) ontvankelijk, doch ongegrond.

Bevestigt het vonnis van 25 juni 2018 van de arbeidsrechtbank Leuven, 2^e kamer, in de samengevoegde zaken met AR nr. 15/55/A, 16/20/A, 16/549/A, 16/883/A en 16/1299/A, in zoverre voor recht wordt gezegd dat ten opzichte van appellanten door de RSZ terecht werd overgegaan tot de herkwalificatie van de samenwerking naar een zelfstandige samenwerking.

Verklaart het incidenteel hoger beroep van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tegen het vonnis van 25 juni 2018 van de arbeidsrechtbank Leuven, 2^e kamer, in de samengevoegde zaken met AR nr. 15/55/A, 16/20/A, 16/549/A, 16/883/A en 16/1299/A, ontvankelijk en gegrond in de volgende mate.

Vernietigt het aangevochten vonnis, doch enkel in zoverre het de RSZ veroordeelt tot terugbetaling aan de bvba : Consult (E.A.C) van de niet-verjaarde, ten onrechte betaalde werknemers- en werkgeversbijdragen (en aankleven), provisioneel begroot op 1,00 €, méér de wettelijke en gerechtelijke intresten.

Opnieuw wijzende, veroordeelt de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tot terugbetaling aan de bvba : Consult (E.A.C.) van de niet-verjaarde, ten onrechte betaalde werkgeversbijdragen (en aankleven), provisioneel begroot op 1,00 €, te vermeerderen met de wettelijke en gerechtelijke intresten.

Veroordeelt appellanten op grond van artikel 1017, 1^e lid Ger. W. tot de kosten van het geding in graad van hoger beroep, aan de zijde van appellanten te vereffenen op het gevorderde bedrag van 1.440,00 € aan rechtsplegingsvergoeding, aan de zijde van eerste geïntimeerde eveneens op het



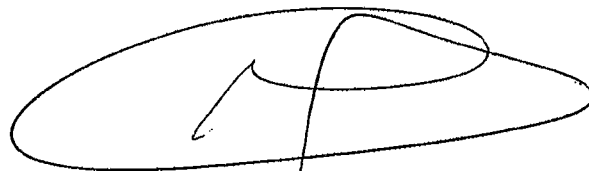
gevorderde bedrag van 1.440,00 € aan rechtsplegingsvergoeding en aan de zijde van tweede geïntimeerde op nul €.

Legt de bijdrage van 20,00 € voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand in graad van hoger beroep, overeenkomstig artikel 1017, 1^{ste} lid Ger. W. eveneens ten laste van appellanten.



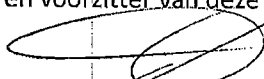
Aldus gewezen en ondertekend door de zevende kamer van het Arbeidshof te Brussel, samengesteld uit :

raadsheer m.o.,
raadsheer in sociale zaken, werkgever,
raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,
Bijgestaan door , waarnemend griffier-hoofd van dienst



raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende en , raadsheer in sociale zaken, als werkgever, die aan de debatten en het beraad hebben deelgenomen, verkeren in de onmogelijkheid om dit arrest te ondertekenen.

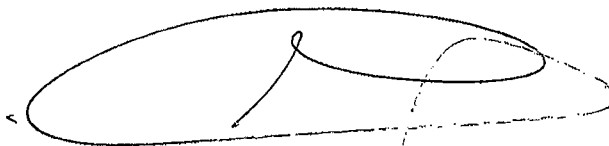
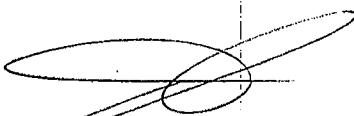
Overeenkomstig artikel 785 Ger. W., wordt dit arrest ondertekend door l raadsheer en voorzitter van deze kamer.

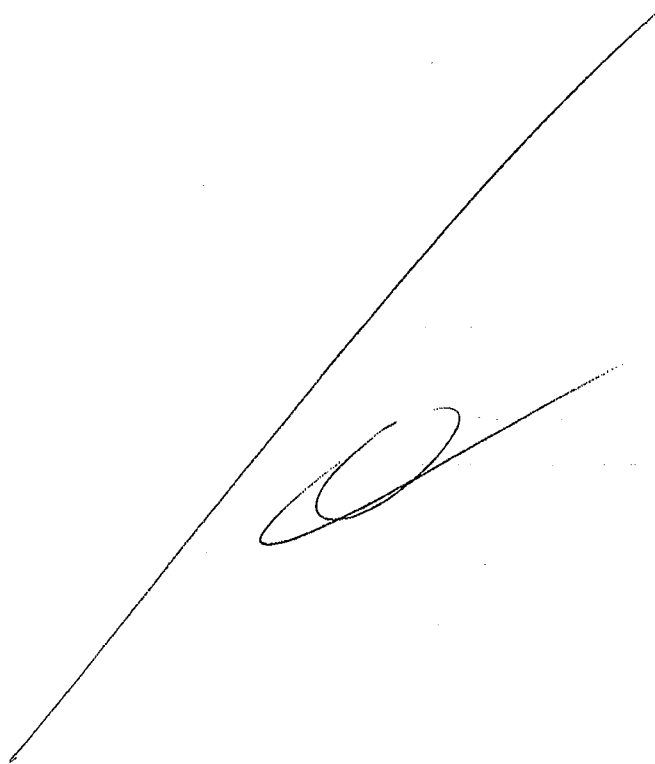


, waarnemend griffier-hoofd van dienst

en uitgesproken op de openbare terechtzitting van 14 oktober 2021 door

raadsheer m.o.,
waarnemend griffier-hoofd van dienst



A large, stylized handwritten signature in black ink, slanted upwards from left to right. The signature consists of a long, sweeping diagonal stroke followed by a circular flourish.