

rep.nr 09/1687

ARBEIDSHOF TE BRUSSEL

ARREST

7e KAMER

**BUITENGEWONE OPENBARE TERECHTZITTING VAN DERTIG
JULI TWEEDUIZEND EN NEGEN.**

socialezekerheidsstatuut

tegenspraak

definitief

In de zaak :

D - **Rafaël**, wonende te

appellant, die ter openbare terechtzitting wordt
vertegenwoordigd door meester S. Cools loco meester P.
Van Lembergen en loco meester J. Heyvaert, beiden
advocaat te Dendermonde

tegen :

1.RIJKSDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID,
openbare instelling, met zetel te 1060 Brussel, Victor
Hortaplein 11,
eerste geïntimeerde, die ter openbare terechtzitting
wordt vertegenwoordigd door meester I. Van den
Bossche loco meester D. De Greef, advocaat te Zellik,

**2.FONDS TOT VERGOEDING VAN DE IN GEVAL
VAN SLUITING VAN ONDERNEMINGEN
ONTSLAGEN WERKNEMERS**, openbare instelling,
met zetel te 1000 Brussel, Keizerslaan 7,
tweede geïntimeerde, die ter openbare terechtzitting
wordt vertegenwoordigd door meester T. De Smet,
advocaat te Dendermonde.

* * *

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof te Brussel volgend arrest uit :

Het arbeidshof neemt kennis van de volgende procedurestukken :

-het op tegenspraak gewezen vonnis van de achtste kamer van de arbeidsrechtbank te Brussel, uitgesproken op 18 april 2008,

-het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 10 juli 2008;

-de conclusies;

-de voorgelegde stukken,

De partijen werden gehoord in de mondelinge uiteenzetting van hun middelen en conclusies ter openbare terechtzitting van 30 april 2009, waarna de debatten werden gesloten. Het openbaar ministerie heeft op 14 mei 2009 een schriftelijk advies ter griffie neergelegd. Aan de partijen werd de mogelijkheid geboden om tot 15 juni 2009 een repliek op dat advies neer te leggen, waarna de zaak in beraad werd genomen en voor uitspraak gesteld op heden.

* *
*

I. DE FEITEN EN DE RECHTSPLEGING.

1.

De heer D heeft samen met drie andere personen op 16 december 1995 de NV Pamadis opgericht¹. Het initiatief voor deze oprichting werd genomen nadat de NV Jurid, een groothandel in onderdelen en toebehoren van autovoertuigen, waarin de heer D en twee van zijn collega's tewerkgesteld waren als werknemers, een einde gesteld had aan haar activiteiten in België. De heer D twee van zijn collega's en een vierde persoon hebben dan de verdeling verder gezet van de producten die door hun vorige werkgever in België werden verkocht.

In de nieuwe firma hadden de vier vennoten een gelijkwaardig aandeel in het kapitaal en waren zijn allen bestuurders, lid van de Raad van Bestuur.

Op vennootschapsrechtelijk vlak nam de heer D de functie op van "algemeen bestuurder directeur", terwijl de heer Vandenbroucke

¹ De heer D werd weliswaar niet in de oprichtingsakte vermeld als medeoprichter maar hij kreeg wel onmiddellijk een bestuursmandaat, terwijl niet betwist wordt dat hij een zelfde financiële inbreng deed als andere vennoten.

voorzitter werd van de Raad van Bestuur. In zijn functie van algemeen bestuurder directeur was de heer D belast met het dagelijks beheer van het bedrijf en de vertegenwoordiging van het bedrijf. De statuten voorzagen verder dat de heer D niet vergoed werd voor zijn bestuursmandaat maar enkel voor zijn technische functie als werknemer van het bedrijf.

2.

Na de oprichting van de vennootschap werd met ieder van de vier vennoten en arbeidsovereenkomstovereenkomst afgesloten voor een specifieke functie, die overeenstemde met de functie die zij vroeger uitoefenden binnen de vennootschap(of buiten de vennootschap voor wat betreft de heer R. Zo hadden de heer R. en de heer Vandenbroucke een vertegenwoordigende functie, was mevrouw Vets boekhoudster terwijl de heer D zijn vroegere functie van directeur van bedrijfstechnische en commerciële aangelegenheden verder zette.

3.

De NV Pamadis werd op 8 februari 2000 in faling verklaard. De heer D schreef zich in als werkzoekende en ontving een werkloosheidsuitkering. Hij ontving verder in het kader van de sluiting van de onderneming een tussenkomst van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen.

In de loop van het jaar 2002 startte de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een onderzoek naar de tewerkstelling van de heer E en dat zijn drie collega's binnen de vennootschap.

Op 13 januari 2003 deelde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid aan de betrokkenen mede dat hij, na onderzoek, tot de bevinding was gekomen dat zij ten onrechte aan de sociale zekerheid der werknemers werden onderworpen en dat daarom werd overgegaan tot ambtshalve schrapping van hun prestaties voor de periode van 1 juli 1996 tot 8 februari 2002.

4.

Bij dagvaarding van 28 januari 2004 heeft de heer D' de vernietiging gevraagd van deze beslissing en heeft hij de rechtbank gevraagd te zeggen voor recht dat hij terecht in de hoedanigheid van werknemer was ingeschreven. In ondergeschikte orde vroeg hij te zeggen voor recht dat de beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid niet verder kon terugwerken dan tot het eerste kwartaal van het jaar 1998. Verder vroeg hij in ondergeschikte orde de veroordeling van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tot terugbetaling van de onverschuldigd betaalde werknemersbijdragen.

5.

Bij verzoekschrift van 23 augustus 2006 is het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen vrijwillig tussengekomen in het geding. Het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen vroeg de terugbetaling van de tegemoetkoming van 5.041,98 €, die het in het kader van de wetgeving op de sluiting van ondernemingen, aan de heer D heeft betaald.

6.

Bij vonnis van 18 april 2008 heeft de arbeidsrechtbank de vordering van de heer D zoals geformuleerd in hoofddorde als ongegrond afgewezen. De vordering, zoals geformuleerd in ondergeschikte orde, met betrekking tot de periode waarop de uitsluiting betrekking had, werd echter gegrond verklaard. De arbeidsrechtbank oordeelde dat de beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid zich niet verder kon uitstrekken dan vanaf het eerste kwartaal 1998. De vordering van de heer D tot terugbetaling van de werknemersbijdragen werd als ongegrond afgewezen.

De vordering van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen werd in akkoord tussen partijen naar de rol verzonden voor verdere instaatstelling.

7.

Bij verzoekschrift van 10 juli 2008 heeft de heer D hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid vraagt de bevestiging van het bestreden vonnis en stelt aldus geen incidenteel beroep in.

Het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen is van oordeel dat het beroep, in zoverre het tegen haar gesteld is, onontvankelijk is, omdat de eerste rechter nog geen uitspraak gedaan had over haar vordering. Zij vraagt voor zover als nodig de zaak terug te verwijzen naar de eerste rechter.

II. DE ONTVANKELIJKHEID.

Het beroep is regelmatig naar de vorm. Er wordt geen betekenisakte van het vonnis voorgelegd zodat het beroep tijdig werd ingesteld.

Het beroep is eveneens ontvankelijk ingesteld tegen het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen. Vermits de beoordeling van de vordering van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen noodzakelijk verbonden is met de beoordeling van de vordering tegen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid had de heer D er een voldoende belang bij om het hoger beroep mede tegen het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen te richten. Overeenkomstig artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek maakt het hoger beroep tegen een eindvonnis of

tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf aanhangig bij de rechter in hoger beroep die de zaak alleen dan naar de eerste rechter terug verwijst indien hij een in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt. Het hof dient aldus, vermits de heer D zijn beroep uitdrukkelijk ook gericht heeft tegen het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen, de zaak volledig aan zich te trekken en mee uitspraak te doen over de vordering van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen.

III. BEOORDELING.

1. De vordering ten aanzien van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid.

1.

De eerste rechter aanvaardde met de heer D dat er principieel geen bezwaar bestaat tegen het feit dat een bestuurder van een NV onder arbeidsovereenkomst prestaties verricht, vermits het werkgeversgezag kan uitgeoefend worden door de Raad van Bestuur als collegiaal orgaan. De eerste rechter stelde echter vast dat één van de vennoten, de heer R, reeds in het jaar 1996 ziek was geworden en een mandaat gegeven had aan de heer D om hem te vertegenwoordigen in de Raad van Bestuur. Vermits de heer D aldus binnen de Raad van Bestuur over de helft van de stemmen beschikte was het volgens de eerste rechter onmogelijk dat de Raad van Bestuur een effectief gezag over hem kon uitoefenen.

De heer D stelt dat, indien er inderdaad sprake geweest is van een volmacht, en zulks ook door de statuten voorzien was, de heer R nooit een volmacht getekend heeft. Hij stelt verder dat hij ook nooit van enige volmacht gebruik gemaakt heeft tijdens Raad van Bestuur en dat alle beslissingen in overleg met de heer R werd ingenomen, ook als deze niet effectief op de Raad van Bestuur aanwezig kon zijn.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is van oordeel dat een ondergeschikt verband niet mogelijk was omdat, volgens hun eigen verklaringen, de vier bestuurders hun werkzaamheden naar eigen inzicht en volgens hun eigen goedgevoelen regelden zonder dat de ene instructies gaf aan de andere. De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid werpt verder op dat, volgens de verklaringen van de partijen, alle beslissingen in een gemeenschappelijk overleg werden genomen wat eveneens het bestaan van een ondergeschikt verband zou uitsluiten.

2.

Op basis van de voorgelegde stukken en op basis van de verklaringen van de vier vennoten blijkt dat deze ieder volwaardig deel uitmaakte van de NV die zij samen opgericht hadden.

De vier vennoten hebben in de NV een zelfde inbreng gedaan en werd alle vier tot bestuurders benoemd, zodanig dat zij collegiaal de NV bestuurden. In de dagdagelijkse praktijk van de firma bleven zij verder de functies uitoefenen die zij, voor de oprichting van de vennootschap uitoefenden. Met ieder van de bestuurders werd door de Raad van Bestuur mondeling of schriftelijk een arbeidsovereenkomst afgesloten voor de activiteiten die zij vroeger voor de firma Jurid uitoefenden (voor de heer R ging het om een vertegenwoordigingsfunctie die hij vroeger voor een andere firma uitoefende). Ieder van hen genoot daarbij van een zelfde loon.

3.

Volgens een vaststaande rechtspraak is het binnen een naamloze vennootschap mogelijk een bestuurdersmandaat te cumuleren met een functie krachtens arbeidsovereenkomst (cfr. de uitvoerige rechtspraak en rechtsleer geciteerd door de eerste rechter op pagina 7 tot 9 van zijn vonnis), onder de dubbele voorwaarde dat er enerzijds een duidelijk onderscheid is tussen het bestuursmandaat en de functie die uitgeoefend wordt in het kader van de arbeidsovereenkomst en anderzijds dat een effectieve gezagsuitoefening door een orgaan van de vennootschap mogelijk is over de bestuurder. Ook het dagelijks bestuur van de vennootschap kan krachtens een arbeidsovereenkomst worden uitgeoefend. (cfr. Cass. 28.05.1984, R.W. 1984-1985, 338 met conclusies van advocaat-generaal Lenaerts).

4.

In de beslissing, waarbij de heer D werd aangesteld als algemene bestuurder directeur en hem het dagelijks beheer van het bedrijf werd toevertrouwd, is uitdrukkelijk opgenomen dat hij ondergeschikt is aan de Raad van Bestuur, waaraan hij regelmatig verslag dient uit te brengen en dat uitsluitend zijn technische functie als werknemer van het bedrijf wordt vergoed. Er is aldus een onderscheid tussen het bestuursmandaat (dat kosteloos wordt uitgeoefend) en de uitoefening van het dagelijks bestuur in het kader van een arbeidsovereenkomst. In het kader van zijn arbeidsovereenkomst nam de heer D een aantal commerciële taken waar, zoals aankopen, onderhandelingen met leveranciers en onderhandelingen met grote klanten.

Er was ook, principieel, een effectieve gezagsuitoefening mogelijk door de Raad van Bestuur die samengesteld was uit de vier aandeelhouders, waarbij de heer D maar één van de bestuurders was en slechts één vierde van de aandelen in handen had.

De omstandigheid dat de vier vennoten tot de oprichting van de vennootschap zouden zijn overgegaan met de bedoeling op een gelijkwaardige basis in deze vennootschap te participeren, doet geen afbreuk aan de omstandigheid dat, door het feit van de oprichting van

een vennootschapsstructuur en met name de keuze voor een naamloze vennootschap, het beheer van de firma collegiaal gebeurde door de Raad van Bestuur, die beslissingen nam met een meerderheid van stemmen. Geen enkel element laat toe te besluiten - en wettelijk zou dit ook niet mogelijk zijn - dat de Raad van Bestuur alleen maar beslissingen kon nemen die het akkoord van de vier bestuurders wegdroegen. Aldus had de Raad van Bestuur, als collegiaal orgaan ten aanzien van ieder van de 4 vennoten, die met een arbeidsovereenkomst verbonden waren met de vennootschap voor de uitoefening van een specifieke functie, alle bevoegdheden eigen aan het werkgeversgezag, en met name ook de bevoegdheid om een einde te stellen aan de arbeidsovereenkomst van één van de vennoten, wanneer deze niet meer in zijn functie voldeed.

5.

De vraag is uiteraard wel of deze gezagsuitoefening effectief mogelijk bleef nadat één van de bestuurders ziek was geworden en er, door deze bestuurder, een mandaat zou gegeven zijn aan de heer D die aldus binnen de Raad van Bestuur, iedere beslissing zou kunnen blokkeren en bijvoorbeeld ook de beslissing om een einde te stellen aan zijn arbeidsovereenkomst.

Met het Openbaar Ministerie dient vastgesteld te worden dat de enige elementen van bewijs die voorliggen m.b.t. het aangevoerde mandaat van de heer D om op te treden namens de heer R een niet ondertekend en niet gedagtekend exemplaar zijn van een volmacht en anderzijds de verklaring van de heer R dat hij zich na zijn ziekte niet meer inliet met het beheer van de firma.

Of het ontwerp van volmacht, dat door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid voorgelegd wordt, ooit ondertekend werd en wanneer, blijkt uit geen enkel stuk. In geen enkele van de verklaringen van de vennoten is er sprake van het feit dat de heer D de facto de heer R in de Raad van Bestuur zou vervangen hebben. Steeds wordt in de verklaringen gesproken over het feit dat ieder van de vennoten op gelijkwaardige wijze participeerde in de vennootschap en dat de beslissingen collegiaal genomen werden.

Anderzijds blijkt uit de besluiten, neergelegd voor de eerste rechter wel dat de heer D het bestaan van deze volmacht niet betwist heeft. Daaruit volgt echter nog niet dat hij ooit enig effectief gebruik gemaakt heeft van de volmacht en vooral niet dat hij, steunend op deze volmacht, de facto beslissingen van de Raad van Bestuur zou doorgedrukt hebben of geblokkeerd hebben. In dit verband dient vastgesteld te worden dat de volmacht op ieder moment kon herroepen worden zodanig dat, indien de heer D ooit enig "misbruik" zou gemaakt hebben van deze volmacht, door beslissingen van de Raad van Bestuur te blokkeren, de andere vennoten ongetwijfeld aan de heer

R zouden gevraagd hebben om deze volmacht in te trekken. In dit verband kan moeilijk aangenomen worden dat de heer R met zijn verklaring dat hij zich niet meer inliet met het bestuur van de firma, zou bedoeld hebben dat hij de facto al zijn bevoegdheden zou overgedragen hebben aan de heer D . De heer R die een evenwaardige inbreng had gedaan in de firma als het andere vennoten, is immers steeds vennoot gebleven in de firma en heeft ook nooit verzaakt aan zijn mandaat als bestuurder.

6.

Het hof oordeelt dan ook, anders dan de eerste rechte, dat een effectieve gezagsuitoefening door de Raad van Bestuur als collegiaal orgaan steeds mogelijk is gebleven, zodat in rechte er zich niets tegen verzette dat de heer D prestaties verrichtte in het kader van een arbeidsovereenkomst.

7.

Alhoewel geen geschreven arbeidsovereenkomst voorligt wordt door geen van de vennoten en bestuurders ontkend dat het de bedoeling was van alle betrokkenen dat ook de heer D zijn "technische" activiteiten zou uitoefenen binnen het kader van een arbeidsovereenkomst. Alle sociale documenten werden ook in die zin opgesteld.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid heeft het recht te bewijzen dat de wijze waarop in feite de samenwerking tussen de heer D en de vennootschap werden georganiseerd, onverenigbaar was met het bestaan van een arbeidsovereenkomst. De argumentatie "in concreto" die zij het in dit verband aanvoert op 9. e.v. van haar besluiten komt er echter in feite op neer opnieuw aan te voeren dat juridische geen gezagsuitoefening mogelijk was, enerzijds omdat er tussen de verschillende partijen een "affectio societatis" bestond waarbij alle vennoten elkaars gelijken waren, en anderzijds dat, ingevolge zijn mandaat de heer D over de helft van de stemmen beschikte binnen de Raad van Bestuur. Deze argumentatie werd reeds weerlegd sub 4 en 5.

8.

De omstandigheid dat binnen de vennootschap het de heer D was die de arbeidsovereenkomsten met de werknemers ondertekende (wat inherent is aan het dagelijks beheer), betekent niet dat geen arbeidsovereenkomst zou kunnen totstandkomen tussen de Raad van Bestuur en de heer D . Er anders over oordelen zou inhouden dat een afgevaardigd bestuurder nooit door een arbeidsovereenkomst zou kunnen verbonden zijn, hetgeen door het Hof van Cassatie reeds werd tegengesproken.

9.

Geen argument kan geput worden uit de wettelijke vermoedens, die ingesteld zijn door het Koninklijk Besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen en het Koninklijk Besluit van 19 december 1967 tot de uitvoering van dit besluit. Deze vermoedens verzetten er zich niet tegen dat deze bestuurders voor taken, die losstaan van hun bestuursmandaat, aangeworven worden in het kader van een arbeidsovereenkomst. Uit deze vermoedens volgt ook geen omkering van de bewijslast met betrekking tot de taken die in het kader van een arbeidsovereenkomst werden verricht.

10.

Het is dan ook ten onrechte dat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is overgegaan tot ambtshalve schrapping van de prestaties van de heer D , die aangegeven werden in het stelsel van de sociale zekerheid ter werknemers.

De oorspronkelijke hoofdvordering van de heer D was dan ook gegrond en het bestreden vonnis dient vernietigd te worden.

2. De vordering in tussenkomst.

De vordering van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen tot terugbetaling van de prestaties die zij uitgekeerd heeft aan de heer D : in het kader van de wetgeving op de sluiting van ondernemingen heeft als enige grondslag de beslissing van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid om tot schrapping over te gaan van de onderwerping in het stelsel van de sociale zekerheid van de werknemers.

Vermits het hof geoordeeld heeft dat deze beslissing ongegrond was, is ook de vordering in tussenkomst van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen 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 de heer Jean-Jacques André, advocaat-generaal,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond. Hervormt het bestreden vonnis en zegt voor recht dat de Rijksdienst voor Sociale

Zekerheid ten onrechte de onderwerping van de heer D aan de sociale zekerheid ter werknemers geschrapt heeft.

Trekt de betwisting tussen de heer D en het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen overeenkomstig artikel 1068, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek tot zich en verklaart de vordering van het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen ongegrond.

Veroordeelt de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tot de kosten van beide aanleggen, begroot in hoofde van de heer D op 34,51 € dagvaardingskosten, 104,86 € rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg en 145,78 € rechtsplegingsvergoeding in graad van beroep.

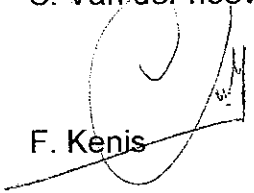
Aldus gewezen door de zevende kamer van het arbeidshof te Brussel en ondertekend door:

F. Kenis, raadsheer, voorzitter;

S. Alaerts, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werkgever;

J.-P. Van Coningsloo, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werknemer-arbeider;

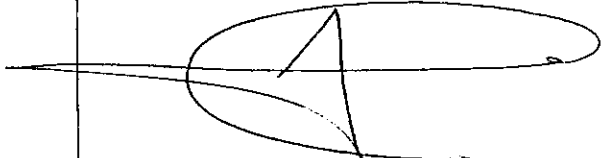
S. Van der hoeven, griffier.



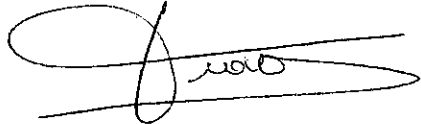
F. Kenis



S. Van der hoeven



J.-P. Van Coningsloo



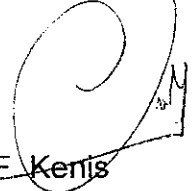
S. Alaerts

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van dertig juli tweeduizend en negen van de zevende kamer van het arbeidshof te Brussel door:

F. Kenis raadsheer, voorzitter

Bijgestaan door
S. Van der hoeven,

griffier.



F. Kenis



S. Van der hoeven