

Uitgifte

Repertoriumnummer 2020 /
Datum van uitspraak 13 juli 2020
Rolnummer 2019/AB/125
Beslissing waartegen beroep 17/1366/A - 17/1367/A

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof te Brussel

zevende kamer

Arrest

SOCIALE ZEKERHEIDSRECHT WERKNEMERS - bijdragen werkgevers
tegensprekelijk arrest
definitief

1. **ADDS2MOBILE GCV**, met maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Avenue de la Renaissance, 1, (KBO nr. 0541.831.508)

2. **C. D.**,

appellanten,
vertegenwoordigd mr. VERSTRAETEN Michael, advocaat te 9040 SINT-AMANDSBERG, Beelbroekstraat 60

tegen

RIJKDIENST VOOR SOCIALE ZEKERHEID, met zetel te 1060 BRUSSEL, Victor Hortaplein, 11, (KBO nr. 0206.731.645)

geïntimeerde,
vertegenwoordigd mr. DE KERPEL Sven loco mr. DERVEAUX Pieter, advocaat te 1930 ZAVENTEM, Parklaan 54

**

*

Na beraad, spreekt het arbeidshof 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 Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel op 26 oktober 2018, 5^{de} kamer (in de samengevoegde zaken met algemene rolnummers 17/1366/A en 17/1367/A)
- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie op 15 februari 2019,
- de neergelegde conclusies,
- de voorgelegde stukken.

**

*

De partijen hebben hun middelen en conclusies uiteengezet op de openbare zitting van 28 mei 2020, waarna de debatten werden gesloten.

I. Feiten

Op 23 mei 2013 werd de gewone commanditaire vennootschap ADDS 2 Mobile, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Avenue de la Renaissance 1, opgericht door, enerzijds, werkend vennoot, Limited ADDS 2 Mobile, vertegenwoordigd door de heer C. D. en, anderzijds, stille vennoot, Limited Mobile Global Services, vertegenwoordigd door mevrouw A. B.

Limited ADDS 2 Mobile is een vennootschap naar Engels recht, met zetel te Londen (U.K.). De hoofdaandeelhouder, director en vaste vertegenwoordiger is de heer C. D.

Limited Mobile Global Services is een vennootschap naar Engels recht, met zetel te Londen (U.K.). Mevrouw A. B., de echtgenote van de heer C. D., is er hoofdaandeelhouder, director en vaste vertegenwoordiger.

Beide vennootschappen naar Engels recht brachten elk de helft in van het maatschappelijk kapitaal van de gcv ADDS 2 Mobile (elk 500 € van in totaal 1000 €, vertegenwoordigd door 10[0] aandelen), zodat beiden over de helft van de aandelen (5[0]) beschikken.

Het doel van de vennootschap, in België en in het buitenland, is zeer gevarieerd en omvat o.a. management, reclame, publiciteit, marketing, logo's, media, internet, campagnes, vastgoed, transport, aannemingswerken, internationale handel, import en export, enz.

Mevrouw Iris C. D., de dochter van de heer C. D. en mevrouw A. B., is sedert 23 mei 2013 zaakvoerder van de gcv ADDS 2 Mobile.

Sedert 1 december 2013 trad de heer C. D. in dienst bij de gcv ADDS 2 Mobile op grond van een arbeidsovereenkomst voor bedienden voor onbepaalde duur, a rato van 30 uur per week.

Hij zou, in Dimona, uit dienst zijn gemeld vanaf 3 juli 2015 en opnieuw in dienst zijn aangegeven vanaf 12 december 2016.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid stelde, bij aangetekend schrijven van 12 april 2017, de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile in kennis dat uit de verzamelde elementen is gebleken dat de heer C. D. in de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015 en van 12 december

2016 t.e.m. 31 december 2016 door de gcv ADDS 2 Mobile op bedrieglijke wijze onderworpen werd aan het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers vermits één van de constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst, m.n. gezag, ontbrak.

Derhalve besloot de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ambtshalve tot schrapping over te gaan van de voor de heer C. D. door de gcv ADDS 2 Mobile ingediende aangiften in het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers voor de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015 en van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016.

Bij aangetekend schrijven van 14 juli 2017 stelde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile in kennis van zijn beslissing tot bijkomende ambtshalve schrapping voor de aangegeven prestaties en brutolonen van de heer C. D. in de periode van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017.

Noch de heer C. D. noch de gcv ADDS 2 Mobile konden zich met deze beslissingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 12 april 2017 en 14 juli 2017 verzoenen, reden waarom beiden een vordering hebben ingesteld bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

II. Procedure in eerste aanleg

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 3 juli 2017, heeft de heer C. D. een vordering ingesteld bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

De zaak werd aldaar ingeschreven onder het algemeen rolnummer 17/1366/A.

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 3 juli 2017, heeft ook de gcv ADDS 2 Mobile een vordering ingesteld bij de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel.

Deze zaak werd ingeschreven onder het algemeen rolnummer 17/1367/A.

De vorderingen van de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile strekten ertoe de beslissingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 12 april 2017 en 14 juli 2017, waarbij de heer C. D. ambtshalve werd geschrapt uit het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers voor zijn tewerkstelling bij de gcv ADDS 2 Mobile in de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015, van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016 en van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017, teniet te doen en de intrekking van de schrappingen te bevelen, meer de rijksdienst te veroordelen tot de kosten van het geding.

De Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel deed in het op tegenspraak gewezen vonnis van 26 oktober 2018 op de volgende wijze uitspraak :

- voegde de zaken met algemene rolnummers 17/1366/A en 17/1367/A samen wegens samenhang;
- verklaarde de vordering van de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile ont-vankelijk doch ongegrond;
- bevestigde de bestreden beslissingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 12 april 2017 en 14 juli 2017;
- veroordeelde de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile tot de kosten van het geding;
- verklaarde het vonnis uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande hoger beroep en zonder zekerheidsstelling.

De heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile waren gegriefd door voornoemd vonnis van 26 oktober 2018, reden waarom beiden hoger beroep hebben ingesteld bij het arbeids-hof.

III. Procedure in hoger beroep

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het arbeidshof Brussel op 15 februari 2019, hebben de gcv ADDS 2 Mobile en de heer C. D. hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel van 26 oktober 2018.

De zaak werd ingeschreven onder algemeen rolnummer 2019/AB/125.

Bij beschikking van het arbeidshof Brussel van 12 maart 2019 werden ex artikel 747, §2 Ger. W. conclusietermijnen en een rechtsdag bepaald.

Bij synthesebesluiten, neergelegd ter griffie op 30 januari 2020, vorderen de gcv ADDS 2 Mobile en de heer C. D. :

- het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- het bestreden vonnis te niet te doen en opnieuw wijzende, de bestreden beslissingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 12 april 2017 en 14 juli 2017 teniet te doen en de intrekking te bevelen van de ambtshalve schrappingen;
- de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid te veroordelen tot de kosten van het geding.

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie op 13 februari 2020, verzoekt de heer C. D., in toepassing van artikel 1053 Ger.W., hem akte te verlenen van zijn vrijwillige tussen-komst, het hoger beroep van de gcv ADDS 2 Mobile gegrond te verklaren, alsook de rijks-dienst te verwijzen in de kosten van het geding.

Bij synthesebesluiten, neergelegd ter griffie op 3 maart 2020, vordert de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid :

- het hoger beroep wegens laattijdigheid onontvankelijk te verklaren;

- het hoger beroep minstens ongegrond te verklaren en het vonnis a quo te bevestigen;
- de appellanten te veroordelen tot de kosten van het hoger beroep.

De zaak werd op de rechtsdag van 28 mei 2020 door de partijen mondeling uiteengezet, waarna de zaak in beraad werd genomen.

IV. Grieven van het hoger beroep

IV.1

De gcv ADDS 2 Mobile en de heer C. D. zijn gegriefd door het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel van 26 oktober 2018.

Vooreerst houden de appellanten voor dat de rechters a quo, nadat ze voorafgaandelijk het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile hebben vastgesteld, ten onrechte de bewijslast hebben omgekeerd door hun beslissing te steunen op de overweging dat *“het gezagslement niet kan worden aangetoond”*, terwijl de bewijslast bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ligt en het deze partij is die moet aantonen dat de overeenkomst niet werd uitgeoefend onder het gezag van de opdrachtgever.

Verder voeren de appellanten aan dat de rijksdienst geen enkel concreet element aanhaalt waaruit de afwezigheid kan worden afgeleid van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding. Dit blijkt noch uit de vennootschapsstructuur noch uit het beroepsverbod van de heer C. D.. Elk bewijs dat het mandaat van mevrouw Iris C. D. als zaakvoerder geveinsd zou zijn en dat, in werkelijkheid, de heer C. D. feitelijke zaakvoerder is, ontbreekt. Uit diverse e-mails blijkt dat mevrouw Iris C. D. instructies oplegt aan het personeel en het gezag uitoefent. Het gegeven dat de zaakvoerder een descendent is van de werknemer sluit het bestaan van een gezagsverhouding niet uit.

Daarnaast voeren de appellanten aan dat de aandeelhoudersstructuur, waarbij de helft van de aandelen van de gcv ADDS 2 Mobile in handen zijn van de heer C. D. (via een vennootschap naar Engels recht), niet verhindert dat er arbeidsprestaties worden geleverd in een verhouding van ondergeschiktheid. Met een “blokkeringsaandeel” kan de zaakvoerder niet worden afgezet. Hij blijft, ook in het geval van een patstelling, in functie.

Het beroepsverbod is evenmin een concreet element die onverenigbaar is met het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Elk vermoeden van sociale fraude op basis van het strafrechtelijk verleden van de heer C. D. is louter speculatief en ontbeert feitelijke onderbouwing.

De eerste rechters konden niet zonder interne tegenspraak oordelen dat het voor mevrouw Iris C. D. “*niet mogelijkheid was om gezag uit te oefenen*”, vermits de arbeidsrechtbank, aldus de appellanten, ook erkende dat mevrouw Iris C. D., als zaakvoerder, de vennootschap bestuurde en instructies en opdrachten gaf aan haar vader.

De gcv ADDS 2 Mobile en de heer C. D. dringen dan ook aan op een hervorming van het vonnis a quo.

IV.2

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid stelt dat het hoger beroep van de heer C. D. onontvankelijk is wegens laattijdigheid.

Het hoger beroep van de gcv ADDS 2 Mobile, dat wel ontvankelijk is, is ongegrond, zodat het vonnis a quo moet worden gehandhaafd.

Volgens de rijksdienst moet uit de aandeelhoudersstructuur van de gcv ADDS 2 Mobile, waar in de heer C. D. 50 % van de aandelen controleert, afgeleid worden dat mevrouw Iris C. D., in haar hoedanigheid van zaakvoerder, geen werkgeversgezag (ontslagmacht) kan uitoefenen over haar vader omdat hij op elk ogenblik de werking van de vennootschap kon blokkeren (blokkeringsaandeelhouderschap).

Het strafrechtelijk verleden van de heer C. D., zijn beroepsverbod, zijn fulltime tewerkstelling bij een andere vennootschap, zijn geheimdoenerij en gebrek aan transparantie zijn zoveel elementen die, minstens in hun samenhang, erop wijzen dat het mandaat van mevrouw Iris C. D. als zaakvoerder geveinsd is en dat, in werkelijkheid, de heer C. D. feitelijke zaakvoerder is van de gcv ADDS 2 Mobile.

De bevestiging van het vonnis a quo wordt gevraagd.

V. Bespreking

V.1 Ontvankelijkheid

V.1.1

Het vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel van 26 oktober 2018 werd per gerechtsdeurwaardersexploot betekend aan de heer C. D. op 28 december 2018.

De betekening van het vonnis a quo aan de gcv ADDS 2 Mobile gebeurde op 17 januari 2019 bij afzonderlijk exploot.

In een gezamenlijk verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het arbeidshof Brussel op 15 februari 2019, stelden de gcv ADDS 2 Mobile en de heer C. D. hoger beroep in tegen voornoemd vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel van 26 oktober 2018.

De termijn om hoger beroep aan te tekenen bedraagt één maand te rekenen vanaf de betekening van het vonnis (art. 1051 Ger.W.)

Het hoger beroep in hoofde van de gcv ADDS 2 Mobile werd tijdig ingesteld, d.w.z. binnen de termijn van één maand te rekenen vanaf 17 januari 2019.

Het hoger beroep van de heer C. D. is daarentegen laattijdig, d.w.z. buiten de termijn van één maand te rekenen vanaf 28 december 2018.

Het verzoekschrift hoger beroep is regelmatig naar vorm (art. 1056-1057 Ger.W.).

Het hoger beroep van de gcv ADDS 2 Mobile is derhalve ontvankelijk; dat van de heer C. D. is daarentegen onontvankelijk.

V.1.2

Het arbeidshof stelt, samen met de procespartijen, vast dat het geschil, dat de onderwerping van de heer C. D. aan het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers en bijgevolg de verplichting tot het betalen van sociale bijdragen in voornoemd stelsel tot voorwerp heeft, onsplitsbaar is in de zin van de artikelen 31 en 1053 Ger.W. (Cass., 22 februari 1988, rolnr. 22883, www.juridat.be; Cass., 5 november 1990, *Arr. Cass.*, 190-91, 267).

Een hoger beroep in een onsplitsbaar geschil vereist een aantal specifieke procedurele verplichtingen die niet bestaan bij een gewoon hoger beroep.

Zo bepaalt artikel 1053, eerste lid Ger.W. dat wanneer een geschil onsplitsbaar is het hoger beroep moet worden gericht tegen alle partijen wier belang strijdig is met dat van de appellant.

Het hoger beroep is gericht tegen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, de enige partij met een aan de appellante(n) tegenstrijdig belang.

Ten aanzien van de andere niet in het hoger beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen (d.w.z. ten aanzien van wie er in eerste aanleg geen onderliggende betwisting aan de orde was) geldt overeenkomstig artikel 1053, tweede lid Ger.W. slechts een verplichting tot aanzegging in hoger beroep ten laatste voor het sluiten van de debatten.

Deze partijen moeten m.a.w. voor het sluiten van de debatten in de zaak te worden betrokken. Zijn niet alle partijen uit het geding in eerste aanleg betrokken bij de procedure in hoger beroep, dan moet de rechter het hoger beroep ontoelaatbaar verklaren.

Een partij die een principaal hoger beroep heeft ingesteld, ook al is dat laattijdig en bijgevolg ontoelaatbaar, is een in beroep komende partij in de zin van art. 1053, tweede lid Ger.W., zodat deze partij niet (meer) moet worden aangezegd als bedoeld in artikel 1053, tweede lid Ger.W. (Cass., 14 februari 1992, R.W., 1991-92, 1438-1439, noot J. Laenens).

De heer C. D. heeft, zoals supra uiteengezet, een tardief hoger beroep ingesteld, waardoor hij niet (opnieuw) moet worden aangezegd (d.w.z. in de zaak worden betrokken) door de gcv ADDS 2 Mobile overeenkomstig artikel 1053, tweede lid Ger.W.

Hij is, naar aanleiding van zijn (tardief) hoger beroep, te beschouwen als een in de procedure hoger beroep betrokken partij, zodat aan alle voorwaarden van artikel 1053 Ger.W. is voldaan en het hoger beroep toelaatbaar moet worden verklaard.

V.1.3

De heer C. D. is, bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 13 februari 2020, te-vens vrijwillig tussengekomen in het geding hoger beroep. Op deze wijze wilde hij, wanneer zijn hoger beroep onontvankelijk zou worden verklaard, alsnog voldoen aan de voorwaarden van artikel 1053 Ger.W.

De bepalingen van artikel 1053 Ger.W. raken de openbare orde (Cass., 24 februari 2005, C. 020268.F, www.juridat.be).

De heer C. D., die partij was in eerste aanleg en een verzoekschrift hoger beroep heeft neergelegd ter griffie van het arbeidshof Brussel op 15 februari 2019, kan geen vrijwillig tussengekomende partij zijn in het geding hoger beroep (A. Fettweis, *Manuele de procedure civile*, Luik, 1987, p. 416-417; S. Mosselmans, artikel 16 Ger.W., OGR, 2005, 79). Als appellant is hij geen derde persoon. Hij kan niet nogmaals partij worden in hetzelfde geding hoger beroep via een vrijwillige tussenkomst.

De vrijwillige tussenkomst, in uitvoering van artikel 1053, tweede lid Ger.W., is derhalve ontoelaatbaar.

V.1.4

Het voorgaande doet, nu aan alle voorwaarden van artikel 1053 Ger.W. werd voldaan, zoals uiteengezet onder V.1.1 –V.1.2, geen afbreuk aan de toelaatbaarheid van het hoger beroep in hoofde van de gcv ADDS 2 Mobile.

In een onsplitsbaar geschil komt het hoger beroep dat een partij regelmatig heeft ingesteld ten goede aan de partij wiens hoger beroep is ingesteld na het verstrijken van de bij artikel 1051 Ger. W. bepaalde termijn (Cass., 19 maart 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 156; B. Van den Bergh De relatieve werking van het hoger beroep in een onsplitsbaar geschil, *R.W.*, 2014-15, 1343-1347).

V.2 Gegrondheid

V.2.1

De onderwerping aan het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers vindt toepassing op de werknemers die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden (art. 1, §1, 1^{ste} lid van de RSZ-wet van 27 juni 1969).

Een arbeidsovereenkomst is een overeenkomst tot het verrichten van arbeid waarbij de ene partij, de werknemer, zich jegens de andere partij, de werkgever, verbindt om in een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder het gezag van een werkgever, tegen loon arbeid te verrichten (Cass., 6 maart 2000, J.T.T., 2000, 227). De constitutieve elementen van een arbeidsovereenkomst zijn (a) het bestaan van een overeenkomst, (b) het verrichten van arbeid, (c) het ontvangen van loon en (d) een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder gezag van de werkgever (W. van Eeckhoutte, , *Sociaal Compendium '16-'17 Arbeidsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2016, band I, 605).

Sedert 1 december 2013 trad de heer C. D. in dienst bij de gcv ADDS 2 Mobile op grond van een arbeidsovereenkomst voor bedienden voor onbepaalde duur.

Hij zou, in Dimona, uit dienst zijn gemeld op 3 juli 2015 en opnieuw in dienst zijn aangegeven vanaf 12 december 2016.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid is van oordeel dat de tussen de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile bestaande arbeidsovereenkomst geveinsd is in de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015, van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016 en van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017 gelet op het ontbreken van een gezagsverhouding tussen beiden.

V.2.2

Sinds de “kwalificatiearresten” van het Hof van Cassatie (Cass., 23 december 2002, *JTT*, 2003 271; Cass., 28 april 2003, *JTT*, 261, Cass., 8 december 2003, *JTT*, 2004, 122, Cass., 3 mei 2004, *NJW* 2005, 18, Cass., 6 december 2004, *NJW*, 21) wordt aangenomen dat de kwalificatie van de overeenkomst door de partijen als *vertrepunt* geldt bij het beoordelen van de vraag of er een arbeidsovereenkomst bestaat. De rechter mag de bewoordingen, evenals de inhoud van een tussen partijen gesloten overeenkomst immers niet zomaar afwijzen. In beginsel moet de rechter zowel de bewijskracht als de bindende kracht (datgene waartoe de partijen zich werkelijk hebben willen verbinden) van de overeenkomst respecteren. Alleen wanneer de overeenkomst niet wettig is, is de onwettige overeenkomst zelf niet verbindend ex artikel 1134 B.W. en kan de rechter de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven ter zijde schuiven om tot een herkwalificatie over te gaan. Er is sprake van een onwettige overeenkomst wanneer de overeenkomst door de partijen als een arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd, terwijl dit in wezen niet het geval is m.n. door de afwezigheid van bijvoorbeeld een gezagsverhouding tussen de contractpartijen. Omdat de kwalificatie

van de partijen op die grond terzijde zou kunnen worden geschoven, moet wel vaststaan, en bijgevolg noodzakelijkerwijs bewezen worden, dat er effectief *geen* gezagsverhouding is. Er kan immers maar een arbeidsovereenkomst bestaan wanneer alle constitutieve elementen van de arbeidsovereenkomst voor handen zijn. Wanneer de partijen veinzen dat zij op grond van een gezagsverhouding (en dus op grond van een arbeidsovereenkomst) samenwerken, betekent zulks dat de rechter de kwalificatie maar mag wijzigen wanneer hij uit de feiten vaststelt dat er effectief *geen* gezag of verhouding van ondergeschiktheid is, of geen prestaties werden geleverd of geen loon werd betaald. (W. Rauws, *De kwalificatie van de (arbeids)overeenkomst*, bundel colloquium Schijnzelfstandigheid, Gent, 20 oktober 2005, p. 1-5; W. van Eeckhoutte, *Gezag* in de cassatierechtspraak, *NJW* 2005, nr. 95, p. 2-17; V. Dooms, T. Messiaen, *Schijnzelfstandigheid*, Larcier, Brussel, 2005, p. 149-162; T. Messiaen, K. Van Den Langebergh, *Contractvrijheid en de ontwijking van het werknemerschap : is de arbeidsrelatiewet een afdoende remedie tegen de schijnzelfstandigheid ?*, in M. Rigaux, A. Latinne (eds.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht 9*, Intersentia, Antwerpen, 2014, 115-191).

In het verlengde van voornoemde “kwalificatiearresten” werd bij Programmawet (I) van 27 december 2006 (Arbeidsrelatiewet) een aantal principes en criteria ingevoerd om de aard van de arbeidsrelatie te kunnen bepalen.

Overeenkomstig artikel 331 van de Arbeidsrelatiewet kiezen de partijen, zonder daarbij de openbare orde, goede zeden en de dwingende wetten te kunnen overtreden, vrij de aard van hun arbeidsrelatie, waarbij de effectieve uitvoering van de arbeidsovereenkomst 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.

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, gebeurt er een herkwalificatie van de arbeidsrelatie en wordt er een overeenstemmend stelsel van sociale zekerheid toegepast.

Deze elementen worden beoordeeld op basis van de algemene criteria (art. 333 Arbeidsrelatiewet) en, in voorkomend geval, de toepasselijke specifieke criteria van juridische of socio-economische aard die overeenkomstig de adviesprocedure van hoofdstuk V worden vastgesteld (art. 334 -335 Arbeidsrelatiewet).

Er zijn het arbeidshof thans geen koninklijke besluiten bekend die in toepassing van artikel 334 van de Arbeidsrelatiewet specifieke criteria hebben uitgewerkt voor sectoren, beroepen, beroeps categorieën of beroepsactiviteiten waarop huidig geschil betrekking heeft, zodat met geen enkel specifiek criterium rekening moet worden gehouden. De toetsing kan, bij afwezigheid van het vermoeden als bedoeld in artikel 337 van de Arbeidsrelatiewet, derhalve louter gebeuren aan de hand van de algemene criteria van artikel 333 van de Arbeidsrelatiewet.

Artikel 333 bepaalt de algemene criteria die het mogelijk moeten maken het bestaan of de afwezigheid van een gezagsband te beoordelen, m.n. (a) de wil van de partijen zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt, voor zover deze laatste overeenkomstig de bepalingen van artikel 331 wordt uitgevoerd; (b) de vrijheid van organisatie van de werktijd; (c) de vrijheid van organisatie van het werk en (d) de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen.

De verplichtingen die inherent zijn aan de uitoefening van een beroep en die door of krachtens een wet zijn opgelegd kunnen daarentegen niet in overweging worden genomen om de aard van een arbeidsrelatie te beoordelen. Conform artikel 333, §3 van de Arbeidsrelatiewet zijn de hierna volgende elementen, op zichzelf genomen, niet bij machte om de arbeidsrelatie adequaat te kwalificeren : (a) de titel van de overeenkomst; (b) de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid; (c) de inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen; (d) de inschrijving bij de administratie van de btw en (e) de wijze waarop de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven (Ph. De Wulf, S. Diels, M.A. Staar, De Arbeidsrelatiewet: 5 jaar rechtspraak, *Or*, 2012, 179-192; H. Van Hoogenbemt, Zelfstandigheid en schijnzelfstandigheid na de Programmawet (I) van 27 december 2006, *Or.*, 2007, 49-65).

V.2.3

Zowel uit artikel 331 van de Arbeidsrelatiewet als uit de cassatierechtspraak vloeit voort dat de partijen vrij het statuut bepalen waarvoor zij hun activiteit uitoefenen en hun betrekkingen regelen en dat het gekozen statuut van (loontrekkende/zelfstandige) zich opdringt in de mate waarin het niet wordt tegengesproken door de uitvoeringsmodaliteiten van de gepresteerde arbeid (arbh. Brussel, 12 februari 2014, *JTT*, 171).

Het arbeidshof mag geen andere kwalificatie in de plaats stellen wanneer de elementen die aan zijn beoordeling worden voorgelegd, de door de partijen aangenomen kwalificatie niet uitsluiten (Cass., 22 december 2002, *JTT*, 2003, 271).

Derhalve dient te worden onderzocht of uit de feiten inderdaad blijkt, zoals de gcv ADDS 2 Mobile voorhoudt, dat de heer C. D. in de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015, van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016 en van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017 arbeid heeft verricht tegen loon in een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder het gezag van een werkgever.

Het komt de Rijksdienst voor Sociale zekerheid toe te bewijzen dat dit niet het geval is, wat impliceert dat het bewijs zal moeten worden geleverd van het bestaan van een overeenkomst van zelfstandige arbeid, wegens de afwezigheid van gezag in de arbeidsverhouding tussen de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile. Voor zover de gegevens die hier-voor worden aangevoerd niet onverenigbaar zijn met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zijn deze gegevens geen sluitend bewijs van het bestaan van een overeenkomst van zelfstandige arbeid (vgl. Cass., 5 februari 2007, R.W., 2007-2008, 781).

V.2.4

Het is kennelijk niet betwist dat de heer C. D. in de periode van 1 december 2013 t.e.m. 3 juli 2015, van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016 en van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017 voor de gcv ADDS 2 Mobile prestaties (arbeid) heeft verricht, tegen een vergoeding (loon), in het kader van een overeenkomst.

Het voorgaande blijkt uit de tussen de partijen gesloten arbeidsovereenkomst voor bedienenden, waarbij de gcv ADDS 2 Mobile de heer C. D. vanaf 1 december 2013 voor on-bepaalde duur in dienst nam als “commercieel verantwoordelijke”, a rato van een brutoloon van 1.498,64 euro per maand (stukken 1-3/bijlagen, bundel geïntimeerde).

Daarnaast zou de heer C. D. ook “technische ondersteuning” hebben verleend in informatica en marketing (stukken 1-3, bundel geïntimeerde).

V.2.5

Er bestaat wel betwisting over de vraag of de heer C. D. zijn prestaties (arbeid) al dan niet heeft verricht in een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder gezag van de gcv ADDS 2 Mobile, met zijn dochter, mevrouw Iris C. D., als zaakvoerder.

Het arbeidshof herinnert eraan dat familiale relaties op zich het ondergeschikt verband niet uitsluiten. Het is principieel niet uitgesloten dat een vader in een vennootschap arbeidsprestaties verricht onder het gezag van zijn zoon/dochter (Cass., 28 mei 1984, *R.W.*, 1984-85, 333). Doorslaggevend is wel de machtspositie die de ouder in de vennootschap inneemt om te bepalen of het werkgeversgezag ook daadwerkelijk kon worden uitgeoefend (arbh. Gent, 6 februari 2003, *RABG*, 2003, 1115).

Het arbeidshof stelt, wat het bestaan van een gezagsverhouding betreft, het volgende vast :

- De gewone commanditaire vennootschap ADDS 2 Mobile werd op 23 mei 2013 opgericht door, enerzijds, Limited ADDS 2 Mobile, vertegenwoordigd door de heer C. D. en, anderzijds, Limited Mobile Global Services, vertegenwoordigd door mevrouw A. B.
- Limited ADDS 2 Mobile is een vennootschap naar Engels recht, met zetel te Londen (U.K.). De hoofdaandeelhouder, director en vaste vertegenwoordiger is de heer C. D..
- Limited Mobile Global Services is een vennootschap naar Engels recht, met zetel te Londen (U.K.). Mevrouw A. B., de echtgenote van de heer C. D., is er hoofdaandeelhoudster, director en vaste vertegenwoordiger.
- Beide vennootschappen brachten elk de helft in van het maatschappelijk kapitaal van de gcv ADDS 2 Mobile (elk 500 € van in totaal 1000 €, vertegenwoordigd door 10[0] aandelen), zodat beiden over de helft van de aandelen (5[0]) beschikken.

- De statuten van de gcv ADDS 2 Mobile bepalen dat de vennootschap uit werkende en stille vennoten bestaat; de werkende vennoten zijn aansprakelijk voor alle verbintenissen van de vennootschap; de vennootschap wordt bestuurd door een of meer beherende vennoten, waarbij met eenparige toestemming van alle vennoten een niet vennoot tot zaakvoerder kan worden aangesteld om daden van dagelijks bestuur te verrichten; de algemene vergadering bestaat uit beherende (werkende) en stille vennoten; deze vergadering komt telkens bijeen wanneer een van de vennoten daarom verzoekt; de algemene vergadering neemt rechtsgeldige beslissingen wanneer ze worden goedgekeurd door de meerderheid van de vennoten; de besluiten worden genomen met een meerderheid van stemmen, waarbij elk aandeel recht heeft op één stem; de ontbinding van de vennootschap is het gevolg van een besluit van de algemene vergadering, genomen met een gewone meerderheid van stemmen, waarbij in geval van staking van stemmen de stem van de beherende (werkende) vennoten overweegt.
- Mevrouw Iris C. D., de dochter van de heer C. D. en mevrouw A. B., is sedert 23 mei 2013 zaakvoerder van de gcv ADDS 2 Mobile, zonder dat zij over aandelen beschikte. Pas op 11 december 2017 werden een aantal aandelen aan haar overgedragen.
- De heer C. D. beschikte, via Limited ADDS 2 Mobile, tussen 23 mei 2013 en 11 december 2017 over de helft van de aandelen van de gcv ADDS 2 Mobile, zodat hij in deze periode elke beslissing van de algemene vergadering kon blokkeren vermits hij kon verhinderen dat er met een gewone meerderheid geldige beslissingen werden genomen. Hij was o.a. in staat de benoeming en het ontslag van de zaakvoerder, het verlenen van kwijting, de goedkeuring van jaarrekeningen, enz. eigenhandig te blokkeren. Hij was daarnaast bij machte de ontbinding van de vennootschap te forceren, aangezien dit besluit bij gewone meerderheid door de algemene vergadering werd genomen en, bij staking van stemmen, de stem van de beherende (werkende) vennoot de doorslag gaf.

Uit al het voorgaande besluit het arbeidshof dat elke gezagsverhouding tussen de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile uitgesloten was in de periode van 1 december 2013 t.e. m. 3 juli 2015, van 12 december 2016 t.e.m. 31 december 2016 en van 1 januari 2017 t.e.m. 31 maart 2017.

De heer C. D., die de helft (50 procent) van de aandelen van de gcv ADDS 2 Mobile controleerde in de periode van 23 mei 2013 tot 11 december 2017, bezat een feitelijke machtspositie in de vennootschap die hem in staat stelde, zo nodig, alle beslissingen van de algemene vergadering te blokkeren, de werking van de vennootschap lam te leggen en zelfs de ontbinding van de vennootschap te forceren. In deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat de heer C. D. arbeidsprestaties heeft verricht in een verhouding van ondergeschiktheid aan of onder gezag van de werkgever, vertegenwoordigd door zijn

dochter Iris C. D., zaakvoerder. Er was in werkelijkheid voor haar geen mogelijkheid tot het uitoefenen van werkgeversgezag over haar vader. Zij bezat niet de feitelijke macht om haar vader te ontslaan aangezien zijn onvrijwillig ontslag ongetwijfeld tot een patstelling (besluitloosheid, geen kwijting voor zaakvoerder, enz.) zou hebben geleid binnen de vennootschap, zelfs tot de ontbinding/vereffening ervan. Zonder de welwillendheid van de heer C. D. kon de vennootschap onmogelijk functioneren, zodat zijn wil steeds wet was. In die zin was het werkgeversgezag van mevrouw Iris C. D., de zaakvoerder, louter fictief en ontbrak in werkelijkheid elke band van ondergeschiktheid wegens de dominante machtspositie van de heer C. D. in de vennootschap.

Het ontbreken van een gezagsverhouding in de relatie tussen de heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile sluit het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen hen uit in de periode van 23 mei 2013 tot 11 december 2017.

V.2.6

Al het voorgaande ontnemt aan de overige grieven en middelen elk belang voor de beslechting van het geschil.

Het hoger beroep is derhalve ongegrond en het bestreden vonnis van de Nederlandstalige arbeidsrechtbank Brussel van 26 oktober 2018 moet worden bevestigd.

De rechter a quo oordeelde dan ook terecht dat :

- De bestreden beslissingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid van 12 april 2017 en 14 juli 2017 moeten worden bevestigd.
- De heer C. D. en de gcv ADDS 2 Mobile gehouden zijn tot de kosten van het geding, waarbij de rechtsplegingsvergoeding voor de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid wordt begroot op 1.440 euro, waarvan 131,18 euro ten laste van de rijksdienst valt.

V.2.7

Artikel 1017, 2^{de} lid Ger.W. is niet toepasselijk op de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ter zake van vorderingen ingesteld door of tegen de bijdrageplichtige werkgevers (Cass 9 mei 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1116; Cass., 26 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 95).

De gcv ADDS 2 Mobile treedt op in haar hoedanigheid van bijdrageplichtige en niet in deze van sociaal verzekerde of gerechtigde, zodat artikel 1017, tweede lid Ger.W. geen uitwerking vindt (Cass., 18 oktober 1999, *Arr. Cass.*, 1999, nr. 538).

De gcv ADDS 2 Mobile dient, als in het ongelijk gestelde partij, ten aanzien van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid op grond van artikel 1017, eerste lid, Ger.W. veroordeeld te worden tot de kosten van het geding.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de rechtsplegingsvergoeding, in de gerechtelijke band tussen de gcv ADDS 2 Mobile en de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, moet worden begroot conform de artikelen 2 en 3 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.

Het betreft een niet in geld waardeerbare vordering, zodat de rechtsplegingsvergoeding 1.440 euro bedraagt nu geen argumenten worden aangevoerd om af te wijken van het basisbedrag (art. 3 KB 26 oktober 2007).

De heer C. D. treedt op in zijn hoedanigheid van sociaal verzekerde, als bedoeld in artikel 2, 7° van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het sociaal handvest van de sociaal verzekerde, zodat de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid ex artikel 1017, tweede lid Ger. W. verwezen moet worden in de kosten (Cass., 12 januari 1998, *Pas.*, 1998, I, 70).

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de rechtsplegingsvergoeding, in de gerechtelijke band tussen de heer C. D. en de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, moet worden begroot conform artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 oktober 2007.

Het betreft een niet in geld waardeerbare vordering, zodat de rechtsplegingsvergoeding in graad van hoger beroep op 174, 94 euro kan worden begroot nu geen argumenten worden aangevoerd om af te wijken van het basisbedrag (art. 4 KB 26 oktober 2007).

De vordering tot vrijwillige tussenkomst, in toepassing van artikel 1053 Ger.W., is noodzakelijk conservatief van aard en doet geen procesverhouding ontstaan, zodat zij geen aanleiding geeft tot een afzonderlijke rechtsplegingsvergoeding (B. Van den Bergh, S. Sobrie, *De rechtsplegingsvergoeding in al zijn facetten*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2016, 108-109; Cass., 25 januari 2013, *R.W.*, 2012-13, 1584).

OM DEZE REDENEN HET ARBEIDSHOF

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Rechtsprekend op tegenspraak en na erover beraadslaagd te hebben :

Verklaart het hoger beroep van de gcv ADDS 2 Mobile ontvankelijk.

Verklaart het hoger beroep van de heer C. D. onontvankelijk.

Verklaart de vrijwillige tussenkomst, in toepassing van artikel 1053 Ger.W., ontoelaatbaar.

Wijst het hoger beroep af als ongegrond.

Bevestigt het bestreden vonnis.

Legt de kosten van het geding, in de gerechtelijke band tussen de gcv ADDS 2 Mobile en de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, ten laste van de gcv ADDS 2 Mobile.

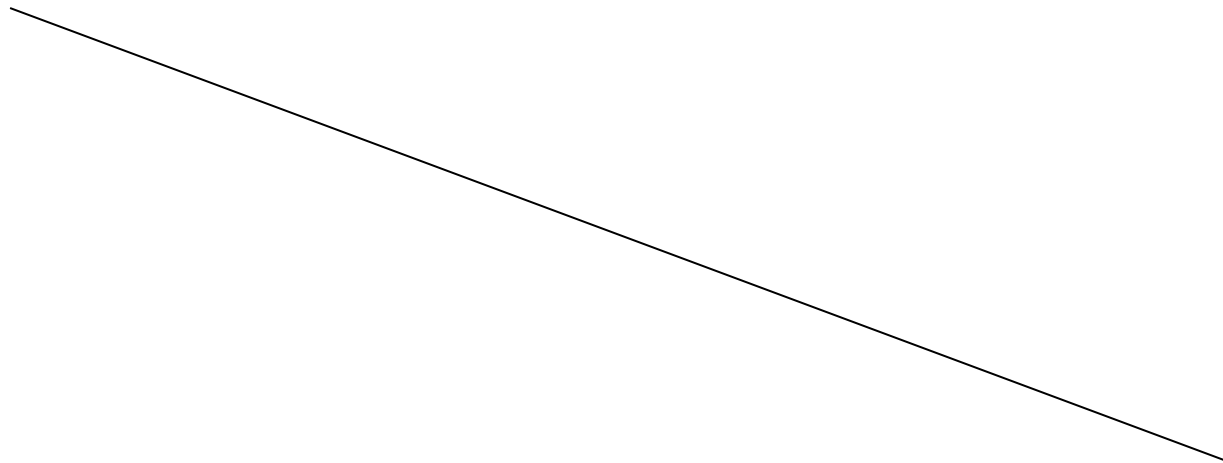
Begroot de kosten in graad van beroep op een rechtsplegingsvergoeding van 1.440 euro.

Legt de kosten van het geding, in de gerechtelijke band tussen de heer C. D. en de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, ten laste van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid.

Begroot de kosten in graad van beroep op een rechtsplegingsvergoeding van 174,94 euro.

Legt de bijdrage van 20 euro voor het Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand voor de helft ten laste van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en voor de helft ten laste van de gcv ADDS 2 Mobile.

Verklaart het huidig arrest bindend en tegenwerpelijk ten aanzien van de heer C. D.



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

B. DEGRAEVE, raadsheer m.o.,

J. BOULOGNE, raadsheer in sociale zaken, werkgever,

S. LOGIST, raadsheer in sociale zaken, werknemer-bediende,

bijgestaan door K. CUVELIER, griffier.

K. CUVELIER,

S. LOGIST,

B. DEGRAEVE,

De heer J. Boulogne, raadsheer in sociale zaken, als werkgever, en die aanwezig was bij de debatten en die heeft deelgenomen aan het beraad, verkeert in de onmogelijkheid om dit arrest te ondertekenen.

Overeenkomstig artikel 785 Ger. W., wordt dit arrest ondertekend B. Degraeve, raadsheer met opdracht, voorzitter van deze kamer en door S. Logist, raadsheer in sociale zaken, als werknemer-bediende.

K. CUVELIER, griffier

en uitgesproken op de buitengewone openbare terechtzitting van 13 juli 2020 door :

B. DEGRAEVE, raadsheer m.o.,

K. CUVELIER, griffier

K. CUVELIER,

B. DEGRAEVE,