

Afschrift afgeleverd aan:

I.T.B. VZW
Dhr. VAN PEETERSSEN W.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

Afdeling Antwerpen

ARREST

Rep. Nr. 2010/2235

A.R. 2009/AA/697

Vierde kamer

Eindarrest op tegenspraak

Administratieve geldboete

BUITENGEWONE OPENBARE TERECHTZITTING VAN TWEEEN- TWINTIG DECEMBER TWEEDUIZEND EN TIEN

In de zaak van:

[REDACTED]
wonend te [REDACTED]

appellant,

vertegenwoordigd door mr. [REDACTED], advocaat te [REDACTED]

tegen:

[REDACTED]
vertegenwoordigd door de directeur-generaal van de studiedienst,
gevestigd te [REDACTED]

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door mr. [REDACTED] loco mr. [REDACTED]
[REDACTED], advocaat te [REDACTED]

Na over de zaak beraadslaagd te hebben, heeft de vierde kamer van het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, het volgende arrest uitgesproken.

Gelet op de zittingsbladen van 3 februari 2010 en 6 december 2010.

Rekening houdend met de akten van de rechtspleging, onder meer:

- het eensluidend verklaard afschrift van het vonnis, op 8 december 2009 uit-

gesproken door de derde kamer van de arbeidsrechtbank te [REDACTED], overeenkomstig artikel 792, tweede lid, Ger.W., aan de heer [REDACTED] ter kennis gebracht bij gerechtsbrief van 10 december 2009;

- het verzoekschrift tot hoger beroep, neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 31 december 2009 en ter kennis gebracht overeenkomstig artikel 1056 Ger.W. op 6 januari 2010;
- de conclusies voor de [REDACTED] ontvangen ter griffie van het arbeidshof op 18 januari 2010;
- de conclusies voor de [REDACTED] ontvangen ter griffie van het arbeidshof op 26 maart 2010;
- de conclusies voor de heer [REDACTED] neergelegd ter griffie van het arbeidshof op 13 april 2010.

Partijen werden gehoord op de openbare terechtzitting van 6 december 2010.

1. Ontvankelijkheid

Met een verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit hof op 31 december 2009, tekende de heer [REDACTED] hoger beroep aan tegen een vonnis van 8 december 2009 (AR 08/8167/A) van de arbeidsrechtbank te [REDACTED]

Het vonnis werd aan de heer [REDACTED] ter kennis gebracht overeenkomstig artikel 792, tweede lid, Ger.W., bij gerechtsbrief van 10 december 2009.

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

2. Feiten en voorafgaande procedure

In het kader van een systematische controle m.b.t. de toepassing van de arbeidsreglementering werd op 21 oktober 2006 om 10 uur door een inspecteur van de dienst toezicht op de sociale wetten – directie Gent, samen met de scheepvaartpolitie Gent, een controle uitgevoerd in de Westbekesluis te Evergem op het binnenschip [REDACTED]

De sociaal inspecteur heeft op 23 oktober 2006 processen-verbaal opgesteld [REDACTED] ten laste van de heer [REDACTED] eigenaar van voornoemd binnenschip, als natuurlijk en rechtspersoon, met vermelding van volgende vastgestelde inbreuken:

- het niet mededelen van bepaalde gegevens, bedoeld in artikel 4 en 8 van het KB van 5 november 2002, aan de instelling die belast is met de inning van de socialezekerheidsbijdragen, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer zijn prestaties aanvat – aantal werknemers: 1, met name [REDACTED]

- het niet bewaren op de plaats van tewerkstelling van (een afschrift of uittreksel van) een deeltijdse arbeidsovereenkomst die het deeltijds werkrooster vermeldt overeenkomstig artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 – aantal werknemers: 1, met name [REDACTED]
- geen arbeidsreglement te hebben opgemaakt.

Voornoemde processen-verbaal werden aan de arbeidsauditeur te Gent en de directeur-generaal van de [REDACTED] (hierna directeur-generaal genoemd) overgemaakt, en een afschrift ervan werd per aangetekend schrijven toegezonden aan de heer [REDACTED] als natuurlijk en rechtspersoon.

De arbeidsauditeur te Antwerpen besliste op 8 december 200 niet tot strafvervolging over te gaan zodat de directeur-generaal, in uitvoering van de wet van 30 juni 1971, een administratieve geldboete kon opleggen.

Met een aangetekende brief van 11 september 2008, uitgaande van de directeur-generaal, werd aan de heer [REDACTED] de mogelijkheid geboden binnen dertig dagen na ontvangst van de brief zijn verweermiddelen in te dienen. De heer [REDACTED] diende, via zijn raadsman, met een brief van 7 oktober 2008 verweermiddelen in.

Ingevolge het proces-verbaal van 23 oktober 2006 besliste de directeur-generaal op 19 november 2008 tot het weerhouden van de inbreuken:

- A) het niet mededelen van de gegevens, bedoeld in artikel 4 van het KB van 5 november 2002, aan de instelling die belast is met de inning van de socialezekerheidsbijdragen, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer zijn prestaties aanvat: aantal personen tewerkgesteld in strijd met deze bepaling: 1, met name [REDACTED]
- B) het niet naleven van een maatregel tot bekendmaking van de werkroosters van de deeltijdse werknemers, meer bepaald door geen afschrift van de arbeidsovereenkomst van een deeltijdse werknemer, schriftelijk vastgesteld overeenkomstig artikel 11bis van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, of een uittreksel van die arbeidsovereenkomst met de werkroosters en met de identiteit van de deeltijdse werknemer waarop deze van toepassing zijn, alsmede zijn handtekening en die van de werkgever, te hebben bewaard op de plaats waar het arbeidsreglement kan geraadpleegd worden met toepassing van artikel 15 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen: aantal personen tewerkgesteld in strijd met deze bepaling: 1, met name [REDACTED]
- C) het niet naleven van een maatregel tot bekendmaking van de werkroosters van de deeltijdse werknemers, meer bepaald door, vóór het begin van de arbeidsdag, geen bericht, afzonderlijk voor iedere deeltijdse werknemer het werkrooster bepalend en gedateerd door de werkgever, te hebben aangeplakt in de lokalen van de onderneming op de plaats bedoeld bij artikel 15, vierde lid van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen: aantal personen tewerkgesteld in strijd met deze bepaling: 1, met name [REDACTED]
- D) het niet opmaken van een arbeidsreglement.

De directeur-generaal, die rekening hield met verzachtende omstandigheden wegens eerste inbreuk, oordeelde dat de onder A, B, C en D vermelde inbreu-

toond worden dat deze werkgever gezag kon uitoefenen over de werknemer.

Er is immers maar sprake van een arbeidsovereenkomst tussen partijen wanneer een werknemer zich verbindt om tegen loon, onder gezag van een werkgever, arbeid te verrichten (artikel 2 en 3 arbeidsovereenkomstenwet).

Aangezien niet betwist wordt dat de heer [REDACTED] een vergoeding ontving voor zijn prestaties, is voldaan aan de loonvoorwaarde. Zo verklaarde de heer [REDACTED] dat hij 5,00 euro per week ontving, dat ook zijn verplaatsingen van Antwerpen of Gent naar Evergem vergoed worden en dat hij regelmatig op kosten van de heer [REDACTED] mocht gaan eten.

Er wordt dus het bewijs geleverd dat de heer [REDACTED] een vergoeding ontving en tevens kan niet ontkend worden dat de activiteit ingeschakeld is in het economisch ruilverkeer.

Vervolgens moet nagegaan worden of er ook sprake was van een gezagsrelatie.

4.2. Bedoeling van partijen

De directeur-generaal stelt dat er sprake was van een gezagsrelatie en moet daarvan het bewijs leveren. Hierbij dient nagegaan te worden wat de bedoeling was van de partijen.

De heer [REDACTED] stelt dat uit de verklaringen van partijen niet kan afgeleid worden dat zij de bedoeling hadden om een arbeidsovereenkomst met elkaar te sluiten, waarbij hij verwijst naar zijn eigen verklaring en naar de verklaring van de heer [REDACTED].

Zelfs indien uit deze verklaringen niet afgeleid kan worden dat partijen de bedoeling hadden om een arbeidsovereenkomst te sluiten, kan hieruit evenmin afgeleid worden dat partijen de bedoeling hadden om een aannemingsovereenkomst of een andere vorm van overeenkomst te sluiten.

Uit deze verklaringen kan derhalve geen argument afgeleid worden dat dienstig is om de relatie tussen de heer [REDACTED] en de heer [REDACTED] te omschrijven.

Het loutere feit dat de heer [REDACTED] zich nooit beklaagd heeft over het feit dat hij niet als werknemer werd behandeld of vergoed, levert evenmin enig bewijs dat er geen sprake kan zijn van enige gezagsrelatie. Indien hij immers een werknemer zou zijn, kan verwacht worden dat hij deze tewerkstelling niet in gevaar wenste te brengen en bovendien is het mogelijk dat hij tevreden was met de afgesproken regeling. Hieruit kan evenwel niet afgeleid worden dat partijen een zelfstandige overeenkomst op het oog hadden.

De verwijzing naar de cassatierechtspraak, waarmee de zogenaamde kwalificatiearresten worden bedoeld wiens inhoud ondertussen door de wetgever bevestigd werd in de arbeidsrelatiewet (programmawet van 27 december 2006, Titel XIII), levert evenmin enig bewijs van de verhouding tussen de heer [REDACTED] en de heer [REDACTED].

Deze rechtspraak gaat immers uit van de veronderstelling dat indien uit de over-

eenkomst die partijen zijn aangegaan blijkt dat dezen de bedoeling hadden om een overeenkomst op zelfstandige basis aan te gaan, de rechter er slechts een andere kwalificatie voor in de plaats kan stellen wanneer de feitelijke elementen de door de partijen aangenomen kwalificatie uitsluiten.

Er dient evenwel vastgesteld dat er geen overeenkomst tussen partijen wordt voorgelegd en dat nergens uit enig stuk blijkt dat partijen de bedoeling hadden om een overeenkomst op zelfstandige basis af te sluiten.

Noch uit de verklaringen, noch uit de voorgelegde stukken kan afgeleid worden welke overeenkomst partijen voor ogen hadden, waardoor hieruit geen besluiten kunnen getrokken worden.

De vaststelling dat de heer [REDACTED] na zijn pensioen nooit de intentie zou gehad hebben om nog arbeid als werknemer te willen verrichten en dat hij het enkel beschouwde als een verzetje, wordt niet alleen niet bewezen, maar sluit bovendien niet uit dat er ondertussen tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen zo dit zou blijken uit de feitelijke situatie. Met dit argument kan dan ook geen rekening gehouden worden.

4.3. Feitelijke situatie

Er dient derhalve uit de feitelijke omstandigheden afgeleid te worden of de arbeid van de heer [REDACTED] kan beschouwd worden als arbeid die onder gezag wordt geleverd en of de directeur-generaal desbetreffend voldoende argumenten aanreikt.

Uit de verklaring van de heer [REDACTED] blijkt dat wanneer de heer [REDACTED] vanuit Gent vertrekt, hij hem per gsm opbelt om aan te geven waar en wanneer hij aanwezig moet zijn om het schip te helpen afmeren.

Hieruit blijkt dat de heer [REDACTED] vooreerst ter beschikking moet zijn aangezien hij bereikbaar moet zijn voor de heer [REDACTED]. Er is nergens sprake dat de heer [REDACTED] naar andere personen kan bellen om hem te helpen om zijn schip af te meren, waardoor kan vastgesteld worden dat de heer [REDACTED] steeds beschikbaar moet zijn en zijn aanwezigheid derhalve noodzakelijk is. Dit wijst reeds op het bestaan van een gezagsrelatie.

Vervolgens zou de heer [REDACTED] aldus de conclusie van de heer [REDACTED], de vrachtbrieven gaan oppikken en meebrengen en begeeft hij zich naar de afgesproken plek en helpt hij daar het schip af te meren. Nergens wordt gesteld dat de heer [REDACTED] de mogelijkheid had om de opdracht te weigeren.

Ook hieruit blijkt dat er sprake is van een gezagsrelatie.

Maar zelfs indien zou aangetoond zijn dat de heer [REDACTED] de vrijheid had om de opdracht te weigeren, betekent dit niet dat een gezagsrelatie hierdoor uitgesloten wordt. Het loutere feit dat de uitvoerder van arbeid volstrekt vrij is om al dan niet in te gaan op het aanbod van werk, houdt immers niet in dat die uitvoerder van arbeid vrij is in de organisatie van zijn werktijd, eens dat hij de opdracht heeft aanvaard.

(Cass. 18 oktober 2010, AR S.10.0023.N, www.cass.be).

Wanneer de heer [REDACTED] zich vervolgens aanbiedt op de afgesproken plaats, dient hij de heer [REDACTED] te helpen om het schip af te meren, waarbij uit de aard van het werk kan afgeleid worden dat dit onder gezag van de heer [REDACTED] zal gebeuren. Het is volstrekt ongeloofwaardig dat bij het afmeren van het schip de heer [REDACTED] kon doen waar hij zin in had, aangezien deze activiteit vereist dat de schipper de nodige bevelen geeft aan de persoon op de wal om het schip op een goede wijze aan te meren.

Het loutere feit dat de heer [REDACTED] voordien ook schipper is geweest en derhalve weet wat er van hem verwacht wordt, betekent immers niet dat hij bij het afmeren van het schip de instructies van de heer [REDACTED] niet dient op te volgen. Dat er noch in de verhoren, noch in het proces-verbaal sprake is van het geven van instructies, wijzigt dit niet.

Hoewel kan aanvaard worden dat voormelde activiteiten op zich mogelijks op zelfstandige wijze uitgeoefend kunnen worden, leidt het arbeidshof uit het geheel van de omstandigheden en uit het verloop van de activiteiten af dat de heer [REDACTED] gezag uitoefende of kon uitoefenen over de heer [REDACTED]

Dit wordt afgeleid uit de vaststelling dat heer [REDACTED] beschikbaar moest zijn voor de heer [REDACTED] dat hij immers steeds per gsm kon opgebeld worden, dat hij na een telefoontje een afgesproken taak diende uit te voeren, met name het ophalen van de vrachtbrieven en zich vervolgens naar de afgesproken plaats moest begeven, dat hij blijkbaar niet de mogelijkheid had om de gegeven opdracht te weigeren, er evenmin een persoon was die zijn taak kon overnemen en dat hij zich ten slotte moest schikken naar de instructies van de heer [REDACTED] bij het afmeren van het schip.

Aangezien uit de niet betwiste feitelijke omstandigheden en uit de verklaring van de heer [REDACTED] kan afgeleid worden dat de heer [REDACTED] gezag uitoefende en minstens kon uitoefenen over de heer [REDACTED] moet er niet ingegaan worden op de discussie of met de verklaring van de heer [REDACTED] rekening kan gehouden worden, gelet op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak [REDACTED]

Of deze arbeid al dan niet handenarbeid was, is hierbij niet van belang.

4.4. Geen vriendendienst

Vervolgens stelt de heer [REDACTED] dat het zou gaan om een loutere vriendendienst. Hoewel er geen enkele wettelijke bepaling is die omschrijft wat er dient verstaan te worden onder het begrip "vriendendienst", dient er vanuit gegaan te worden dat een vriendendienst een vrijblijvende en eerder toevallige hulp is aan "een vriend".

Uit de omstandigheden blijkt dat huidige situatie niet als dusdanig kan omschreven worden.

Zo dient vastgesteld dat de heer [REDACTED] gedurende vijftien jaar beschikbaar is om, na een telefoontje van de heer [REDACTED], zich te begeven naar een afgesproken plaats om daar de heer [REDACTED] te helpen om het schip af te meren. Zoals

vermeld blijkt hij de enige persoon te zijn die de heer [REDACTED] hierbij kan helpen, waardoor een eventuele weigering van de heer [REDACTED] problematisch is voor de heer [REDACTED].

Bovendien ontvangt hij hiervoor een (beperkt) loon, worden zijn verplaatsingskosten betaald en ontvangt hij voordelen *in natura* (gratis maaltijden).

Aangezien hij de heer [REDACTED] minstens eenmaal per week helpt, en dit gedurende vijftien jaar, kan er niet langer sprake zijn van een vriendendienst.

Bovendien sluit het bestaan van een vriendschapsrelatie, voor zover bewezen, een gezagsrelatie niet uit.

4.5. Inbreuken zijn bewezen

Aangezien aanvaard werd dat er sprake is van een gezagsrelatie en er derhalve een arbeidsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, dient onderzocht of de ten laste gelegde inbreuken bewezen worden.

Hierbij blijkt uit het proces-verbaal, en wordt trouwens niet betwist, dat er nooit een aangifte van tewerkstelling is gedaan in het kader van een DIMONA-aangifte, waardoor een inbreuk op het koninklijk besluit van 5 november 2002 tot invoering van een onmiddellijke aangifte van tewerkstelling met toepassing van artikel 38 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, dat bepaalt dat er aangifte moet gedaan worden van elke tewerkstelling wanneer er sprake is van werknemers en werkgevers, bewezen is.

Evenmin wordt betwist, en blijkt uit het proces-verbaal, dat de maatregel tot bekendmaking van de werkroosters voor deeltijdse werknemers niet nageleefd werd (inbreuk op artikel 157 van de programmawet van 22 december 1989, strafbaar gesteld door artikel 170 en volgende van voormelde programmawet), dat de werkroosters voor deeltijdse werknemers niet aangeplakt werden (inbreuk op artikel 159 van de programmawet van 22 december 1989, strafbaar gesteld door artikel 170 en volgende van voormelde programmawet) en dat er geen arbeidsreglement werd opgesteld (inbreuk op artikel 4, eerste lid van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen), waardoor alle inbreuken bewezen worden.

Terecht werd er slechts een geldboete opgelegd door toepassing van artikel 65 Sw. en werd er tevens rekening gehouden met verzachtende omstandigheden voor de eerste inbreuk, waardoor het opleggen van een geldboete van 750,00 euro een gepaste straf is voor de begane inbreuk.

5. De rechtsplegingsvergoeding

Partijen betwisten niet dat de rechtsplegingsvergoeding voor een niet in geld waardeerbare vordering moet opgelegd worden.

A.R. 2009/AA/697

Op die gronden,**het hof,**

Heeft kennis genomen van het eensluidend mondeling advies, uitgebracht door de heer J. Dekeersmaeker, substituut-generaal, op de openbare terechtzitting van 6 december 2010, waarover partijen verklaren geen opmerkingen te hebben.

Houdt rekening met de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Doet uitspraak op tegenspraak.

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk, doch ongegrond.





Bevestigt het vonnis van de arbeidsrechtbank te [REDACTED] van 8 december 2009.

Legt de kosten van het hoger beroep, overeenkomstig artikel 1017, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, ten laste van de heer [REDACTED]

Vereffent deze kosten, zowel aan de zijde van de [REDACTED] als aan de zijde van de heer [REDACTED], op 1200,00 euro rechtsplegingsvergoeding.

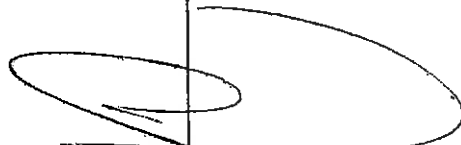
Aldus gewezen door:

de heer D. TORFS, raadsheer, voorzitter van de kamer,
de heer M. VAN GORP, raadsheer in sociale zaken als werkgever,
de heer W. VAN MIERLO, raadsheer in sociale zaken als werknemer,
bijgestaan door de heer R. SMETS, griffier,

R. SMETS W. VAN MIERLO M. VAN GORP D. TORFS

en uitgesproken door voormelde voorzitter van de vierde kamer van het arbeids-hof te Antwerpen, afdeling Antwerpen, zitting houdend te Antwerpen in buitengewone openbare terechtzitting van tweeëntwintig december tweeduizend en tien.


R. SMETS


D. TORFS