



Federale Overheidsdienst
Sociale Zekerheid

**Administratieve Commissie ter regeling van de
arbeidsrelatie (CAR) – Nederlandstalige kamer**
Administratief Centrum Kruidtuin - Finance Tower
Kruidtuinlaan 50 bus 165, 1000 Brussel

Dossier nr: 011/NL/2013/12/7_X
Verzoekende partijen: NV X en Y

Aanvraag tot kwalificatie van de arbeidsrelatie
--

Gelet op artikel 329 van de programmawet (I) van 27 december 2006;

Gelet op het koninklijk besluit van 11 februari 2013 houdende samenstelling en werking van de kamers van de Administratieve Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie;

Gelet op artikel 338, §1 van voormelde programmawet dat stelt: « De kamers van de in artikel 329 bedoelde commissie hebben tot taak beslissingen te nemen betreffende de kwalificatie van een bepaalde arbeidsrelatie [...] »;

Gelet op de aanwezigheid van de meerderheid van de leden of de vertegenwoordigde leden van de kamer van de Administratieve Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie;

Gelet op de aanvraag tot kwalificatie van de arbeidsrelatie, geregistreerd op 10 december 2013;

Gelet op de voorgelegde stukken:

- Aanvraagformulier, met de handtekeningen van Y dd. 10 december 2013 en Mevr. Z (vertegenwoordiger van Q AG, die op haar beurt NV X vertegenwoordigt) dd. 9 december 2013
- "Contract of employment" dd. 31 juli 2006
- Job description – executive
- Standard Internal Rules of Procedure for the Management of Subsidiaries of Q Aktiengesellschaft;

Gelet op het schrijven dd. 26 februari 2014 waarbij de NV X om bijkomende inlichtingen wordt verzocht;

Gelet op het schrijven dd. 24 maart 2014 waarbij de NV X in antwoord op het schrijven dd. 26 februari 2014 volgende stukken overmaakt:

- Arbeidsovereenkomst dd. 31 juli 2006
- Eenvormig huishoudelijk reglement voor het beheer van de dochterondernemingen van Q Aktiengesellschaft
- Jaarverslag dd. 28 februari 2013
- Jaarverslag dd. 28 februari 2014
- Notulen van de raad van bestuur dd. 22 februari 2013
- Notulen van de raad van bestuur dd. 28 februari 2014

Gelet op het schrijven dd. 2 april 2014 waarbij de NV X op de hoogte wordt gebracht van het feit dat haar aanvraag zal behandeld worden ter zitting van 8 april 2014;

Gelet op het schrijven dd. 2 april 2014 waarbij de heer Y wordt uitgenodigd ter zitting van 8 april 2014 teneinde gehoord te worden;

Gelet op het verzoek tot uitstel vanwege de heer Y dd. 4 april 2014;

Gelet op de mail dd. 6 april 2014 vanwege Mevr. Z, waarin het verzoek tot uitstel namens de heer Y wordt herhaald;

Gelet op de mail dd. 9 april 2014 waarbij het verzoek tot uitstel wordt ingewilligd en een nieuwe datum voor de zitting wordt vastgelegd op 7 mei 2014;

Gelet op de mondelinge toelichting van de heer Y en Mr. W, vertegenwoordiger van NV X, tijdens de zitting van 7 mei 2014;

Overwegende dat de aanvraag werd ingediend binnen de in artikel 338, §2 van voormelde programmawet gestelde termijn;

Overwegende dat de aanvrager zich, blijkens zijn aanvraagformulier, niet bevindt in één van de toestanden opgenomen in artikel 338, §3 van voormelde programmawet;

De Administratieve Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie, samengesteld uit:

- De heer Lieven Lenaerts, voorzitter
- De heer Wim Brouckaert, als vertegenwoordiger van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, plaatsvervangend lid
- De heer Brecht Stalmans, als vertegenwoordiger van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, plaatsvervangend lid
- De heer Sven Vanhuysse, als vertegenwoordiger van de FOD Sociale Zekerheid, Directie-generaal Zelfstandigen, vast lid
- De heer Erwin Tavernier, als vertegenwoordiger van het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen, vast lid

Beslist:

De Commissie heeft de aanvraag tot kwalificatie van de arbeidsrelatie, die haar door de verzoeker werd voorgelegd, onderzocht.

Zij heeft vastgesteld dat de aanvraag ontvankelijk is en heeft als volgt beslist:

Overwegende dat het in casu niet gaat om een activiteit waarvoor de wetgever heeft voorzien in specifieke criteria conform artikel 334 van voormelde programmawet, noch om een activiteit opgenomen in artikel 337/1 van deze programmawet, dient de arbeidsrelatie in casu beoordeeld te worden aan de hand van de vier algemene criteria zoals opgenomen in artikel 333, §1 van voormelde programmawet, met name de wil der partijen, de vrijheid van organisatie van werktijd, de vrijheid van organisatie van het werk en de mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen.

Inzake de «**wil der partijen**» kan gesteld worden dat in de voorgelegde arbeidsovereenkomst duidelijk werd opgenomen: «vanaf 16 juni 2006 wordt u tewerkgesteld als General Manager van X nv/sa, (...), België, dat een 100% dochtermaatschappij is van Q AG».

Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat in de aanvraag in de rubriek “welke wil der partijen werd in uw overeenkomst uitgedrukt?” werd geantwoord: «werknemer», gevolgd door de opmerking: «Geen voorkeur voor het ene dan wel het andere statuut, maar partijen wensen zekerheid te bekomen».

Ter zitting werd verduidelijkt dat er op dat moment niet echt werd stilgestaan bij het statuut (werknemer dan wel zelfstandige): men nam gewoon dezelfde overeenkomst over als diegene waarmee de heer A, de voorganger van de heer Y, verbonden was met de NV X, met name een arbeidsovereenkomst.

Wat betreft «**de vrijheid van organisatie van de werktijd**» staat in de arbeidsovereenkomst: “U bent niet gebonden door werkuren”. De aanvraag vermeldt terzake: “de werknemer is niet gebonden door een uurrooster, maar werkt zodanige uren die noodzakelijk zijn om aan de eisen en verantwoordelijkheid van zijn functie te voldoen”.

Inzake vakantie wordt gesteld: “Overeenkomstig de huidige Belgische wetgeving, heeft u jaarlijks recht op 20 vakantiedagen, de wettelijke feestdagen niet inbegrepen. De vakantiedagen mogen verdeeld worden opgenomen. De vakantieperiode dient te worden goedgekeurd door uw rechtstreekse overste”. In de aanvraag wordt evenwel gesteld: “de werknemer dient geen vakantie aan te vragen (maar deze worden aangegeven en opgelijst)”.

Ter zitting verduidelijkt de heer Y dat zijn vakantiedagen worden opgenomen in het binnen de NV X gehanteerde registratiesysteem, maar dat zijn vakantiedagen niet goedgekeurd dienen te worden.

Met betrekking tot «**de vrijheid van organisatie van het werk**» stelt de overeenkomst: “We zijn gerechtigd, op gelijk welk moment, uw taken te wijzigen in een andere mogelijke en geschikte functie, aangepast aan uw opleiding en capaciteiten. Een overbrenging naar een andere locatie is enkel mogelijk mits uw toestemming”, alsook “Op vraag van de Raad van Bestuur bent u verplicht een bestuursmandaat, of een zetel in gelijkaardige controlelichamen in andere organen, naast de onbezoldigde posten in verenigingen waarvan het bedrijf lid is. Op vraag van de Raad moet u, op gelijk welk moment, ontslag nemen van dergelijke posten en ten laatste wanneer opzegging is gegeven van de arbeidsovereenkomst.

In de aanvraag zelf wordt gesteld: de werknemer is vrij om zijn werk te organiseren binnen de afgesproken doelstellingen en binnen de limieten van de “Standard Internal Rules of Procedure for the Management of Subsidiaries of Q Aktiengesellschaft (Eenvormig huishoudelijk reglement voor het beheer van de dochterondernemingen van Q Aktiengesellschaft)”, welke bijgevoegd werden bij de aanvraag. Deze regels hebben betrekking op de relatie tussen de moederonderneming Q AG en haar dochteronderneming(en) en bevatten rapporteringsverplichtingen, verplichtingen inzake verplicht voor te leggen documenten en bepalingen inzake activiteiten en handelingen die voorafgaandelijke goedkeuring van de moederonderneming behoeven. Deze regels hebben geen betrekking op “de interne organisatie van de beheersorganen van de dochtermaatschappijen” en situeren zich derhalve op het ondernemingsniveau.

Op de zitting werd verduidelijkt dat er twee maal per jaar een overleg plaatsvindt tussen de heer Y en vertegenwoordigers van de moedermaatschappij Q AG. Op dit overleg wordt enkel het beleid en de strategische planning besproken. Het persoonlijk functioneren komt hier niet ter sprake. Hetzelfde geldt voor elke andere vorm van rapportage van de heer Y aan de moedermaatschappij: deze heeft enkel betrekking op het beleid en de strategie en heeft geen betrekking op het persoonlijk functioneren van de heer Y.

Wat betreft de «**mogelijkheid om hiërarchische controle uit te oefenen**» kan op het volgende gewezen worden: volgens de afgesloten overeenkomst moet de heer Y rechtsreeks rapporteren aan de senior vice president buitenlandse zaken (foreign business) van Q AG. Zoals reeds vermeld verduidelijkte de heer Y op de zitting dat deze rapportage enkel betrekking heeft op het beleid en de strategie van de dochteronderneming en geen betrekking heeft op diens functioneren.

Op intern vlak stelt de arbeidsovereenkomst “Wat betreft de interne relaties bent u gebonden door de instructies van de algemene vergadering en haar vertegenwoordigers”.

In casu bestond de raad van bestuur in de periode van 16 juni 2006 tot 5 juni 2012 uit de heer Y zelf, aangevuld met een vertegenwoordiger van Q AG. Vanaf 5 juni 2012 werd een derde bestuurder aangeduid, met name de vennootschap naar Frans recht B s.a.s., vertegenwoordigd door C.

In de rechtspraak en de rechtsleer wordt aanvaard dat het feit dat men afgevaardigd bestuurder is van een NV niet per definitie uitsluit dat men het dagelijks bestuur van deze NV waarneemt in het kader van een arbeidsovereenkomst. Hiervoor is uiteraard wel vereist dat men deze functie uitoefent onder het gezag van een orgaan van een vennootschap, van een andere bestuurder of van een aangestelde van de vennootschap. Er moet met andere woorden sprake zijn van een

daadwerkelijke uitoefening van het gezag van de werkgever, vereist voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

In casu is de Raad van Bestuur het enige orgaan dat in aanmerking zou kunnen komen voor deze uitoefening van het gezag van de werkgever, vermits er geen sprake is van het uitoefenen van het gezag door een andere bestuurder of een aangestelde van de vennootschap.

In de periode tot 5 juni 2012 was de raad van bestuur samengesteld uit slechts twee vertegenwoordigers, met name enerzijds de heer Y zelf en anderzijds een vertegenwoordiger van de moedermaatschappij Q AG. Gelet op deze samenstelling van de raad van bestuur is het onmogelijk dat deze het gezag over de heer Y uitoefende, vermits beiden evenveel zeggenschap hadden binnen de raad van bestuur.

In dit verband merkt CLESSE terecht op: *«De uitoefening van een mandaat van bestuurder of van afgevaardigd bestuurder van een naamloze vennootschap sluit het uitoefenen van een andere functie in het kader van een arbeidsovereenkomst niet uit, in zoverre deze functie wordt uitgeoefend onder het gezag van een orgaan van de vennootschap of een aangestelde van de vennootschap. Het gezag kan uitgeoefend worden door de raad van bestuur. In deze hypothese dient het aantal stemmen die een bestuurder binnen de raad van bestuur heeft te worden geverifieerd, teneinde zich te verzekeren dat hij in de minderheid kan worden geplaatst. Een meerderheidspositie of een vetorecht binnen de raad van bestuur sluit elk gezag uit»*¹.

Vanaf 5 juni 2012 werd de raad van bestuur aangevuld met een derde bestuurder, met name de vennootschap naar Frans recht B s.a.s., vertegenwoordigd door C.

De vraag stelt zich hierbij of deze raad van bestuur in staat was en is om op een permanente wijze toezicht uit te oefenen.

Uit de gevraagde bijkomende inlichtingen blijkt dat de raad van bestuur eenmaal per jaar bijeenkomt. In de twee bijeenkomsten sedert 5 juni 2012 (22 februari 2013 en 28 februari 2014) werd er op inhoudelijk vlak enkel overlegd over het opstellen van de jaarrekening, het jaarverslag, de waarderingsregels en de jaarvergadering. Er is bijgevolg ook qua inhoud geen sprake van het uitoefenen van gezag of hiërarchische controle. Daarnaast bleek dat er fysiek slechts twee personen aanwezig waren op deze vergaderingen, met name Y (voorzitter) en D (secretaris). Laatstgenoemde is de Finance en HR-manager van de NV X. De overige leden werden via volmacht vertegenwoordigd.

Rekening houdende met deze gegevens beslist de Commissie dat voormelde arbeidsrelatie niet verenigbaar is met de kwalificatie die de partijen aan de beoogde arbeidsrelatie hebben gegeven, met name een arbeidsovereenkomst.

De commissie is immers van mening dat uit de grote mate van vrijheid van organisatie van het werk, de vrijheid van organisatie van de werktijd en de afwezigheid van de mogelijkheid om een hiërarchische controle uit te oefenen moet afgeleid worden dat de samenwerking in casu geherkwalificeerd dient te worden als een zelfstandige arbeidsrelatie.

¹ (Eigen vertaling) *«L'exercice d'un mandat d'administrateur ou d'administrateur délégué d'une société anonyme n'exclut pas l'exercice d'une autre fonction dans les liens d'un contrat de travail, pour autant que cette fonction soit exercée sous l'autorité d'un organe ou d'un préposé de la société. L'autorité peut-être exercée par le conseil d'administration. Dans cette hypothèse, le nombre de voix que possède l'administrateur au sein de ce conseil doit être vérifié aux fins de s'assurer qu'il peut être mis en minorité. Une position majoritaire ou un droit de veto au sein du conseil d'administration exclut toute autorité.»* (CLESSE, "Le contrat de travail, les gérants et mandataires de sociétés: la difficile existence d'un lien de subordination interne à la société", Ors, 2004, 20).

Deze beslissing is bindend voor de instellingen, vermeld in het hierna² aangehaalde art. 338, §4 van de programmawet (I) van 27 december 2006, behalve wanneer de voorwaarden betreffende de uitvoering van de arbeidsrelatie en waarop de beslissing werd gegrond, gewijzigd worden.

Aldus uitgesproken ter zitting van 7 mei 2014

² Artikel 338, §4 van de Programmawet (I) van 27 december 2006 stelt: «Deze beslissing is bindend voor de instellingen die in de administratieve commissie vertegenwoordigd zijn evenals voor de sociaalverzekeringsfondsen bedoeld in artikel 20 van het koninklijk besluit nr38, behalve

1° wanneer de voorwaarden betreffende de uitvoering van de arbeidsrelatie en waarop de beslissing werd gegrond, gewijzigd worden. In dit geval heeft de intrekking van de beslissing uitwerking vanaf de dag van de wijziging van deze voorwaarden;

2° wanneer blijkt dat de elementen betreffende de kwalificatie van de arbeidsrelatie die door de partijen werden verschaft op een onvolledige of onjuiste wijze werden verschaft. In dat geval wordt de beslissing geacht nooit te hebben bestaan.

De instellingen van sociale zekerheid blijven er dus toe gemachtigd over te gaan tot een controle van het behoud van de elementen die de beslissing van de administratieve kamer hebben gegrond.

In de gevallen voorzien bij artikel 338, §2, tweede en derde lid, zijnde de beslissingen genomen op initiatief van een enkele partij van de arbeidsrelatie, worden deze beslissingen van kracht voor een periode van drie jaar.

Er kan door de partijen binnen de maand die volgt op de kennisgeving van de beslissing bij aangetekend schrijven, bij de arbeidsrechtbank van de plaats van de aanvrager(s) beroep worden aangetekend door het uitbrengen van een dagvaarding of door het neerleggen ter griffie van een tegensprekelijk verzoekschrift (art. 704, §1 Ger. W.) lastens de Belgische Staat (FOD Sociale Zekerheid). Het voorwerp van het beroep moet daarbij worden vermeld.

Indien geen enkel beroep wordt aangetekend, wordt de beslissing definitief.»