

Schijnzelfstandigheid

Begrip en te vermijden risico's

Presentatie ADEB-VBA

4 mei 2021

Gaëlle Willems

Advocaat - Counsel



HR
BOARD

Inhoudstafel

1. Onderscheid werknemer / zelfstandige
2. De band van ondergeschiktheid
3. Programmawet van 27 december 2006
4. Wet van 25 augustus 2012 en vermoeden voor de bouwsector (KB van 7 juni 2013)
5. Gevolgen van een herkwalificatie
6. Voorbeelden van beslissingen (rechtspraak en commissie ter regeling van de arbeidsrelatie)
7. Tips



1. Onderscheid werknemer / zelfstandige

Onderscheid werknemer / zelfstandige

Definitie

▶ Werknemer:

- Arbeid
- Loon
- Gezag van de werkgever: band van ondergeschiktheid

▶ Zelfstandige:

- Arbeid
- Loon
- **Geen** band van ondergeschiktheid

▶ Onderscheidingscriterium = band van ondergeschiktheid

Onderscheid werknemer / zelfstandige

Flexibiliteit *versus* arbeidsrecht

- Flexibiliteit en afwezigheid van de toepassing van de arbeidsrechtelijke bepalingen

- Voorbeelden
 - Bepalingen betreffende verbreking / beschermingen tegen ontslag
 - Afwezigheid van de toepassing van de bepalingen betreffende de arbeidstijd
 - Afwezigheid van de toepassing van de bepalingen betreffende het taalgebruik
 - Afwezigheid van de toepassing van collectieve arbeidsovereenkomsten (13^e maand, indexatie,...)
 - Afwezigheid van de toepassing van de bepalingen betreffende de jaarlijkse vakantie
 - Afwezigheid van vertegenwoordiging in de sociale organen (ondernemingsraad, CPBW, SD)



2. De band van ondergeschiktheid

De band van ondergeschiktheid

Definitie

- ▶ Geen wettelijke definitie
- ▶ Hof van Cassatie: “**Het recht** van de werkgever om aan zijn werknemer **instructies** te geven met betrekking tot de **organisatie** en de **uitvoering** van het overeengekomen werk”
 - Instructies betreffende de wijze van uitvoering van het werk
 - Instructies betreffende de organisatie van de arbeidstijd
 - Toezicht

De band van ondergeschiktheid

Uitoefening van gezag

- Door een fysiek persoon of orgaan
 - Bv. raad van bestuur, gedelegeerd bestuurder, voorzitter raad van bestuur, één of meerdere bestuurders, directiecomité, aangestelde (bv. algemeen directeur)
- Het gezag moet “juridisch mogelijk” zijn
- Juridisch gezag ≠ economische afhankelijkheid

De band van ondergeschiktheid

Onweerlegbaar vermoeden (art. 5bis wet 3/7/1978)

- ▶ *“Bijkomende dienstprestaties die in uitvoering van een aannemingsovereenkomst worden uitgevoerd, worden geacht te zijn uitgevoerd op basis van een arbeidsovereenkomst zonder dat het bewijs van het tegendeel kan worden geleverd, wanneer diegene die de diensten uitvoert en diegene voor wie hij die uitvoert, verbonden zijn door een arbeidsovereenkomst voor het uitvoeren van gelijkaardige prestaties.”*
- ▶ Overgang van status van werknemer naar die van zelfstandige: verhoogd risico op controle door de RSZ

3. Programmawet van 27 december 2006



Programmawet van 27 december 2006

Principes (artikel 331 en 332)

- Vrije keuze van de partijen van de aard van hun arbeidsrelatie
 - Waarvan de uitvoering in overeenstemming moet zijn met de aard van de relatie

- Herkwalificatie wanneer:
 - Uit de uitvoering van de arbeidsrelatie de combinatie blijkt van voldoende elementen die onverenigbaar zijn met de kwalificatie
 - De kwalificatie niet overeenstemt met de vermoede arbeidsrelatie en dit vermoeden niet wordt weerlegd

- De 'elementen' worden beoordeeld op basis van:
 - Algemene criteria
 - In voorkomend geval, specifieke criteria
 - Neutrale criteria

Programmawet van 27 december 2006

Algemene criteria (artikel 333)

- Wil der partijen zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt
 - Voor zover deze laatste wordt uitgevoerd overeenkomstig de bepalingen van artikel 331 (overeenkomst met de aard van de relatie)
 - Geschreven overeenkomst + clausules
 - Bij afwezigheid van geschrift: puur feitelijke beoordeling

- Vrijheid van organisatie van arbeidstijd
 - In het bijzonder:
 - Opgelegde uurroosters en eisen van een verantwoording van het tijdsgebruik
 - Activiteitenverslagen/"time-sheet"?
 - Organisatorische of commerciële beperkingen

Programmawet van 27 december 2006

Algemene criteria (artikel 333)

- ▶ Vrijheid van organisatie van het werk
 - In het bijzonder:
 - Mogelijkheid om opdrachten te aanvaarden of te weigeren?
 - Algemene richtlijnen *versus* precieze richtlijnen (“wat, wanneer, hoe?”)
 - Mogelijkheid om zich te laten vervangen?

- ▶ Mogelijkheid van een hiërarchische controle
 - In het bijzonder:
 - Controlemiddelen? Aard van het ‘verslag’
 - Hiërarchische controle op het werk?
 - Macht om tuchtrechtelijke sanctie op te leggen?

Programmawet van 27 december 2006

Neutrale en geneutraliseerde criteria (artikel 333)

- Verplichtingen inherent aan de uitoefening van een beroep (bv.: CBFA, Ziekenhuiswet,...)

- Kunnen op zich de aard van de arbeidsrelatie niet bepalen:
 - Benaming van de overeenkomst
 - Inschrijving bij een sociale zekerheidsinstelling
 - Inschrijving in het KBO
 - Inschrijving bij de btw-administratie
 - Wijze waarop de inkomsten worden aangegeven bij de fiscale administratie

Programmawet van 27 december 2006

Specifieke criteria (artikel 334 en 335)

➤ Welke criteria?

- Criteria **eigen aan één of meerdere sector(en)** / één of meerdere beroep(en) / één of meerdere categorieën van beroepen of professionele activiteiten (zie *infra* voor de bouwsector)

Programmawet van 27 december 2006

Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie

- ▶ Oprichting van een commissie ter regeling van de arbeidsrelatie
- ▶ Verzoek tot evaluatie van de arbeidsrelatie
- ▶ <https://commissiearbeidsrelaties.belgium.be/nl>: voorbeelden van genomen beslissingen in de verschillende sectoren



**4. Wet van 25
augustus 2012 en
het vermoeden
voor de
bouwsector**

Wet van 25 augustus 2012

Inleiding

- ▶ **Krachtlijnen:**
 - De bestaande principes zijn behouden
 - Invoering van een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst **in bepaalde sectoren** (waaronder de bouw)
 - Vereenvoudiging van de procedure tot vaststelling van de specifieke criteria

- ▶ **Inwerkingtreding:**
 - 1 januari 2013
 - Voor alle lopende arbeidsrelaties

- ▶ **Sectoren:** bouw, bewaking, transport, schoonmaak

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013

- Het KB is van toepassing op alle onroerende activiteiten zoals omschreven in de btw-wetgeving, op voorwaarde dat de activiteiten binnen het toepassingsgebied vallen van:
 - Hetzij het paritair comité voor stoffering en houtbewerking (PC nr. 126)
 - **Hetzij het paritair comité voor de bouw (PC nr. 124)**
 - Hetzij het paritair comité voor de metaal-, machine- en elektrische bouw (PC nr. 111)
 - Hetzij het paritair subcomité voor elektriciens: installatie en distributie (PC nr. 149.1).

- Onderneming = *de onderneming die de werken uitvoert of de onderneming die de werken uitvoert en waarin de persoon die de werken uitvoert aandelen bezit.*

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013

- ▶ Specifieke criteria (die de criteria vervangen van artikel 337, §2 wet 27/12/06):

1. Ontstentenis, in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, van enig financieel of economisch risico, zoals dit onder meer het geval is:

- bij ontstentenis van een persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen, of,
- bij ontstentenis van een persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en de verliezen van de onderneming, of,
- bij ontstentenis van persoonlijke aansprakelijkheid, die geen betrekking heeft op bedrog, een zware fout of een lichte gewoonlijke fout, in voorkomend geval met name beoordeeld in functie van het bestek of van iedere andere verbintenis ten aanzien de gerealiseerde werken;

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013

2. Ontstentenis, in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, van verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming, zoals dit onder meer het geval is inzake de uitgaven, ontvangsten, investeringen of aanwending van de al dan niet eigen middelen van de onderneming;
3. Ontstentenis, in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, van beslissingsmacht over het aankoop- en prijsbeleid van de onderneming of van vrijheid in het identificeren van mogelijke klanten, het onderhandelen of het afsluiten van contracten;
4. De garantie op betaling van een vaste vergoeding, ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert. Voor de toepassing van dit criterium mag geen rekening gehouden worden met vaste voorschotten om materiaal en grondstoffen aan te kopen;

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013

5. Het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zich te laten vervangen;

6. Het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of van zijn medecontractant, zoals met name het geval is wanneer geen gebruik wordt gemaakt van bepaalde zichtbare elementen die kenmerkend zijn voor de onderneming, zoals logo's, belettering op voertuigen, uithangborden of publicitaire slogans;

7. Werken hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant;

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013

8. Werken in ruimtes die zich buiten de werf bevinden of met materiaal waarvan men geen eigenaar of huurder is, zoals met name het geval is wanneer gewerkt wordt in ruimtes die aangewend worden als opslag- of werkplaats, of met voertuigen, materieel of gereedschap waarvan de uitvoerder van de werken geen eigenaar is, die hij niet heeft geleased of die hem door de medecontractant werden ter beschikking gesteld;

9. Niet onafhankelijk werken ten overstaan van de werkploegen van de medecontractant of van de onderneming waarin de uitvoerder van de werken de hoedanigheid van werkende vennoot heeft.

Wet van 25 augustus 2012

KB van 7 juni 2013



Indien meer dan de helft van deze criteria **niet** zijn vervuld, wordt een arbeidsrelatie als **zelfstandige** vermoed. In het **tegenovergestelde** geval wordt een arbeidsrelatie als **werknemer** vermoed.



5. Gevolgen van een herkwalificatie

Gevolgen van een herkwalificatie

Risico's ten aanzien van de werknemer

- Loonachterstallen:
 - Gewaarborgd minimumloon (+ indexering)
 - Eindejaarspremie
 - Vakantiegeld
 - Overuren

- Opzeggingsvergoeding

- Schadevergoeding wegens niet-naleving van de sociale zekerheidswetgeving

Gevolgen van een herkwalificatie

Risico's ten aanzien van de RSZ

- Sociale zekerheidsbijdragen
 - Patronale en persoonlijke bijdragen!

- Burgerlijke sancties
 - Opslag van 10% op de niet binnen de wettelijke termijn betaalde bijdragen
 - Verwijlintresten: 7%
 - Forfaitaire vergoedingen voor het nalaten van een kwartaalaangifte te doen

- Nietigheid van iedere clausule die het risico gedeeltelijk ten laste van de uitvoerder legt

Gevolgen van een herkwalificatie

Risico's ten aanzien van de RSZ

➤ Vraag van verjaring:

- Principe: 3 jaar vanaf de dag van de opeisbaarheid van de schuldvordering
- Uitzondering: 7 jaar in geval van bedrieglijke handelingen of valse/opzettelijk onvolledige aangiften

Gevolgen van een herkwalificatie

Andere risico's

- ▶ Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971

- ▶ Strafsancties
 - 6 maanden – 3 jaar gevangenisstraf en/of geldboete van 600 tot 6.000 EUR
 - Administratieve boete van 300 tot 3.000 EUR
 - Te vermenigvuldigen met opdecimen
 - Sanctie van niveau 4 voor de niet-aangifte van prestaties van een werknemer aan de RSZ en sanctie van niveau 2 voor de niet-betaling van bijdragen aan de RSZ

6. Voorbeelden



Voorbeelden

Arrest van 23/11/2016 van het arbeidshof van Brussel

➤ Feiten:

- Vennootschap is actief in de bouwsector.
- 18 beherende vennoten.
- Naar aanleiding van een controle door de sociale inspectie wordt een beslissing tot onderwerping aan de sociale zekerheid van werknemers aangenomen.

➤ Arrest:

- De band van ondergeschiktheid, die kenmerkend is voor een arbeidsovereenkomst, bestaat zodra een persoon de mogelijkheid heeft om gezag uit te oefenen over een andere persoon, zelfs als het gezag niet effectief is;
- De rechter moet zich houden aan de kwalificatie die door de partijen aan hun arbeidsrelatie werd gegeven, wanneer de aan hem voorlegde elementen niet toelaten om dergelijke kwalificatie uit te sluiten.
- De RSZ draagt de bewijslast (!! Dit arrest analyseert niet het wettelijk vermoeden in de bouwsector)

Voorbeelden

Arrest van 23/11/2016 van het arbeidshof van Brussel

➤ Arrest:

- De partijen hebben hun arbeidsrelatie gekwalificeerd als een zelfstandige relatie.
- De volgende feiten zijn niet voldoende om deze kwalificatie in vraag te stellen:
 - Bepaalde vennoten hebben voor dit statuut gekozen om werk te hebben en niet uit vrije wil;
 - Bepaalde vennoten zijn geen oprichters van de vennootschap;
 - Bepaalde vennoten hebben nooit hun aandelen volgestort;
 - Bepaalde medewerkers hadden een zwakke kennis van de juridische gevolgen van hun statuut;
 - Een GPS systeem werd op de voertuigen geplaatst (gebruik van zeer korte duur en mogelijkheid om los te koppelen).

Voorbeelden

Arrest van 23/11/2016 van het arbeidshof van Brussel

- De manier waarop het werk wordt uitgevoerd. Het hof stelt vast dat de vennoten over autonomie beschikken, aangezien enkel algemene richtlijnen worden gegeven die nodig zijn voor de goede uitvoering van de bouwwerken. Ook de arbeidstijd maakt niet het voorwerp uit van controle;
 - Het gevoel van bepaalde vennoten dat de eerste weken van samenwerking een “test” waren;
 - Het feit dat de vennootschap zou hebben overwogen om het statuut van haar medewerkers te herzien.
- Geen herkwalificatie van de zelfstandige arbeidsrelatie

Voorbeelden

Commissie arbeidsrelaties: dossier nr. 170 – 9 december 2019

➤ Feiten:

- Onderneming actief in de bouwsector
- Persoon met facturatie en boekhouding tot taak
- Wens om als zelfstandige te werken: gezamenlijke aanvraag van de partijen

➤ Beslissing:

- Specifieke criteria zijn niet van toepassing op dit soort functie
- Analyse op basis van de algemene criteria van de wet van 27/12/06
- Zelfstandige relatie: ok



7. Tips

Tips voor een “werkelijke zelfstandigheid”

“TO DO”	“NOT TO DO”
Wil van de partijen	
Een dienstverleningsovereenkomst ondertekenen met clauses die coherent zijn met de keuze voor zelfstandigheid	Geen overeenkomst ondertekenen of een overeenkomst ondertekenen met aanwijzingen van een ondergeschikt verband
Organisatie van de arbeidstijd	
Geen uurrooster opleggen (maar vereisten m.b.t. de activiteit) noch een minimum aantal arbeidsduren	Een uurrooster opleggen
Geen verantwoording eisen van afwezigheden (indien noodzakelijk voor de organisatie: mededeling vragen)	Een verantwoording eisen in geval van verhindering (medisch attest)
Geen voorafgaand akkoord opleggen om ‘verlof’ te nemen (mededeling vragen)	Een voorafgaand akkoord opleggen om verlof te nemen
Organisatie van het werk	
De mogelijkheid geven opdrachten te aanvaarden of te weigeren	Opleggen om het werk te aanvaarden, in voorkomend geval met sanctie
Zich beperken tot algemene richtlijnen	Precieze instructies geven (“wat, wanneer, hoe?”)
Het toestaan van vervanging en/of beroep op onderaannemers, eigen personeel	Het verbieden van vervanging en/of beroep op onderaannemers, eigen personeel

Tips voor een “werkelijke zelfstandigheid”

“TO DO”	“NOT TO DO”
Organisatie van het werk	
Geen exclusiviteit eisen, maar de goede uitvoering van prestaties	Exclusiviteit eisen
Prestaties verlonen op basis van facturen (geen prestaties = geen verloning)	Vaste verloning, ook bij gebrek aan prestaties
De werknemer de beroepskosten laten dragen (of andere regels toepassen dan deze die van toepassing zijn op werknemers in loondienst)	Ten laste nemen van beroepskosten van de werknemer
De werknemer de kost laten dragen voor zijn eigen materiaal	De werknemer het materiaal bezorgen dat nodig is voor het uitvoeren van de prestaties
De werknemer zijn prestaties laten uitvoeren op de plaats die hij wil	Eisen dat de uitvoering van het werk plaatsvindt in de gebouwen van de onderneming (maar voorschriften m.b.t. de activiteit)
Mogelijkheid van hiërarchisch controle	
Mededeling vragen m.b.t. de vooruitgang van de prestaties	Een strikte rapportering eisen met toezichtsbevoegdheid
Geen mogelijkheid tot hiërarchische controle en sancties	Mogelijkheid tot hiërarchisch controle en sancties

Tips voor een “werkelijke zelfstandigheid”

“TO DO”	“NOT TO DO”
Een aantal andere praktische tips	
De werknemer niet vermelden in de organigrammen van de onderneming	De werknemer vermelden in de organigrammen van de onderneming
De werknemer niet vermelden in de telefoonlijst van werknemers in loondienst, maar in een aparte lijst	De werknemer onder de werknemers in loondienst vermelden in de telefoonlijst van werknemers in loondienst
Een apart e-mailadres toekennen (“EXT”?)	Een e-mailadres toekennen dat gelijk is aan dat voor werknemers in loondienst, een visitekaartje geven van de onderneming
De interne regels / ‘policies’ die van toepassing zijn op werknemers in loondienst niet opleggen (andere regels?)	De interne regels / ‘policies’ die van toepassing zijn op de werknemers in loondienst opleggen
De werknemer voorstellen als een (‘consultant’) zelfstandige	De werknemer voorstellen als deel uitmakend / als werknemer in loondienst van de onderneming
Vermijden dat de werknemer binnen de onderneming wordt geïntegreerd alsof hij een werknemer in loondienst is (personeelsfeesten?)	De werknemer laten deelnemen aan de evenementen die zijn voorbehouden aan het personeel

Gaëlle Willems

Advocaat - Counsel

T +32 2 761 47 42

gaelle.willems@claeysengels.be

www.claeysengels.be

Partners with you ●