

SCHIJNZELFSTANDIGHEID: EEN STAND VAN ZAKEN

Olivier Debray – Advocaat-vennoot
Patrick Maerten – Advocaat-vennoot
Claeys & Engels (tel.: 02 761 46 00)
olivier.debray@claeysengels.be
patrick.maerten@claeysengels.be

1 Wet

Overeenkomstig het koninklijk besluit van 27 juli 1967 betreffende het sociaal statuut der zelfstandigen wordt een ‘zelfstandige’ gedefinieerd als een restcategorie: *“ieder natuurlijk persoon die in België een beroepsbezigheid uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of een statuut verbonden is”*.

De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij een werknemer zich verbindt arbeid te verrichten tegen loon onder het gezag van een andere persoon (art. 3 Arbeidsovereenkomstenwet).

Het meest onderscheidende van de drie elementen - om na te gaan of er in een bepaald geval sprake is van een arbeidsovereenkomst dan wel een zelfstandige samenwerkingsovereenkomst - is uiteraard het element ‘gezag’, aangezien bij een zelfstandige samenwerking in principe ook sprake zal zijn van prestaties (arbeid) die worden verricht tegen een bepaalde vergoeding (loon). In beginsel zal een arbeidsovereenkomst dan ook kunnen worden onderscheiden door de aanwezigheid van een gezagsrelatie of anders gezegd een band van ondergeschiktheid.

2 Rechtspraak

De inhoud van het begrip “ondergeschikt verband” of “gezag”, wordt vooralsnog niet nader bepaald door de wet. Voorlopig dient men bijgevolg voor de invulling van het begrip terug te grijpen naar de rechtspraak.

Belangrijk hierbij te noteren is dat de rechter niet gebonden is door de kwalificatie van de overeenkomst, in die zin dat de feitelijke realiteit primeert. Volgens het Hof van Cassatie moet er gekeken worden naar alle feitelijke gegevens.¹ De kwalificatie van de overeenkomst kan evenwel niet opzij gezet worden wanneer de feitelijke elementen niet onverenigbaar zijn met de gekozen kwalificatie (cfr. infra).

2.1 Klassieke criteria

Onder meer volgende elementen werden in de klassieke rechtspraak weerhouden om te besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst:

- de onderwerping aan de sociale zekerheid voor werknemers
- de opname in het personeelsregister

¹ Cass., 7 september 1992, *Soc. Kron.*, 1993, 13; Cass., 11 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 558.

- voorkomen op het organogram, briefpapier, naamkaartjes van de vennootschap
- de oplegging van een proefperiode
- het verplicht aanwezig zijn op vergaderingen waarop richtlijnen worden gegeven
- de verplichting om regelmatig activiteitsverslagen op te stellen
- de terugbetaling van gemaakte kosten, zoals restaurantkosten, verplaatsingskosten, telefoonkosten,...
- het bezitten van een bedrijfswagen
- verplichting om het gebruik van zijn arbeidstijd te rechtvaardigen
- het ontvangen van precieze en permanente bevelen die verder gaan dan het verstrekken van louter technische en commerciële richtlijnen binnen het kader van de ondernemingspolitiek
- de toekenning van een vast loon of een loongarantie
- de oplegging van een bepaald uurrooster
- de verplichting om zijn afwezigheden te rechtvaardigen door bijvoorbeeld het voorleggen van medische attesten
- de toekenning van vergoedingen eigen aan de arbeidsovereenkomst, zoals vakantiegeld en/of eindejaarspremie
- de verplichting om toestemming te vragen om met vakantie te gaan
- de beschikking over een eigen bureau in de vennootschap
- de afsluiting van een verzekering voor arbeidsongevallen
- het gegeven dat bepaalde collega's dezelfde activiteit uitoefenen maar dan als bediende
- de voorafgaande uitoefening van activiteiten als bediende (in de vennootschap)
- de aanwezigheid van een concurrentiebeding
- de aanwezigheid van een exclusiviteitsbeding
- opname van beëindigingsmodaliteiten eigen aan de arbeidsovereenkomst
- ...

Het is belangrijk te vermelden dat deze criteria nu eens beschouwd worden als een bewijs van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, dan weer als neutrale elementen in de analyse van de situatie. In deze indicatiemethode moet rekening gehouden worden met de globale situatie. Eén criterium op zich zal dan ook niet toelaten om de contractuele relatie te herkwalficeren in een arbeidsovereenkomst.

2.2 Houding van de inspectiediensten: economische afhankelijkheid

Bij controles door de sociale inspectie, dient menigmaal te worden vastgesteld dat deze veel belang hecht aan elementen die wijzen op economische afhankelijkheid: *“Iemand die economisch afhankelijk is, kan geen zelfstandige zijn”*.

Zo wordt er bijvoorbeeld gezocht naar volgende elementen:

- werken voor één opdrachtgever;
- betaald worden met een vaste vergoeding;
- werken in de lokalen van de opdrachtgever;
- werken met het materiaal van de opdrachtgever;
- werken op vaste dagen en/of volgens vaste openingsuren;
- deelname in het kapitaal of beheer;
- bestaan van een economisch risico voor de werknemer.

Deze visie vond eveneens weerklank bij bepaalde arbeidsrechtbanken en arbeidshoven. In een aantal gevallen ging de rechtspraak zelfs zover om te oordelen dat een werknemer in onderschikt verband werkt van zodra hij "in een organisatie geïntegreerd wordt".

Deze tendens van de rechtspraak heeft een grote rechtsonzekerheid doen ontstaan, aangezien zij niet overeenstemde met de traditionele rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Hieronder zullen wij zien dat het Hof van Cassatie in haar meest recente rechtspraak duidelijk de zaken op een rijtje heeft gezet.

2.3 Recente Cassatierechtspraak

2.3.1 Juridische band van ondergeschiktheid

In haar recente rechtspraak bevestigt het Hof van Cassatie dat economische afhankelijkheid niet verward mag worden met het begrip van de gezagsband en dat er enkel op grond van een juridische afhankelijkheid mag besloten worden tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst.²

Wij herinneren er in dit verband aan dat de band van ondergeschiktheid gedefinieerd wordt als de juridische mogelijkheid voor de werkgever om aan de werknemer instructies te geven met betrekking tot de organisatie van zijn werk.

Volgende elementen wijzen volgens het Hof van Cassatie op het bestaan van een economische afhankelijkheid, maar blijven toch verenigbaar met het bestaan van een zelfstandige samenwerking:

² Cass., 23 december 2002, *J.T.T.*, 2003, 271; Cass., 28 april 2003, *J.T.T.*, 2003, 261; Cass., 21 juni 2004, *onuitg.*, AR S.03.0128.N.

- de verplichting om algemene technische en commerciële richtlijnen na te leven
- de verplichting om op bepaalde vaste dagen en/of openingsuren te werken
- de uitoefening van de activiteit in de lokalen van de opdrachtgever
- het gebruik van het materiaal, het gereedschap en de infrastructuur van de opdrachtgever
- de verplichting om de door de opdrachtgever vastgestelde prijzen en voorwaarden na te leven
- het feit dat er per uur wordt betaald
- het gebrek aan beheersautonomie of het feit geen eigenaar te zijn van het handelsfonds
- in het algemeen het feit dat de contractant geen economisch of financieel risico draagt of geen deelname heeft in het kapitaal.

2.3.2 Primauteit van de wil van partijen

2.3.2.1 Enkel herkwalificatie in geval van onverenigbare elementen

Daarenboven oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter een zelfstandige samenwerkingsovereenkomst slechts mag herkwalificeren in een arbeidsovereenkomst, indien er elementen aanwezig zijn die onverenigbaar zijn met een zelfstandige samenwerking en dus de door partijen gekozen kwalificatie van zelfstandige samenwerking uitsluiten.³

Met andere woorden, volgens deze rechtspraak is het niet langer voldoende dat er bepaalde criteria aanwezig zijn die wijzen op een arbeidsovereenkomst. Er moet bovendien gezocht worden naar elementen die onverenigbaar zijn met de door partijen gekozen kwalificatie. Men dient aldus te vertrekken van het door de partijen gekozen zelfstandige statuut, en men moet onderzoeken of de (voorgelegde) feitelijke elementen dit statuut niet tegenspreken. Bij deze oefening moeten de elementen die wijzen op een economische afhankelijkheid niet in aanmerking komen.

In de zaak die aanleiding gaf tot het cassatiearrest van 28 april 2003, had het Arbeidshof geoordeeld dat er geen sprake was van een aannemingsovereenkomst omdat het handelsfonds toebehoorde aan de opdrachtgever en de opdrachtgever de verkoopvoorwaarden oplegde. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest en was

³ Cass., 23 december 2002, *J.T.T.*, 2003, 271; Cass., 28 april 2003, *J.T.T.*, 2003, 261; Cass., 8 december 2003, *onuitg.*, *J.T.T.*, 2004, 122; Cass., 3 mei 2004, *R.W.*, 2004/05, 1220; Cass., 6 december 2004, *NjW*, 2005, 95, 21; Cass., 20 maart 2006, *onuitg.*, S.05.0069.N.

dus van oordeel dat het arbeidshof ten onrechte uit deze elementen het bestaan van een arbeidsovereenkomst kon afleiden.⁴

Met haar arrest van 23 december 2002 verbrak het Hof van Cassatie een arrest waarin het bestaan van een arbeidsovereenkomst was afgeleid uit volgende elementen: aangezien er prestaties van 8 à 9 uur per dag werden verwacht kon er geen eigen cliënteel worden ontwikkeld, de opdrachtgever legde de prijzen vast, er was geen sprake van beheersautonomie, geen eigendom van het handelsfonds, de materialen en lokalen werden geleverd door de opdrachtgever, er werd geen economisch of financieel risico genomen.⁵

In haar arrest van 20 maart 2006 oordeelde het Hof van Cassatie dat het arbeidshof ten onrechte uit volgende vaststellingen had afgeleid dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst: de vermeende schijnzelfstandigen stelden enkel hun arbeid ter beschikking om bij de opdrachtgever bestelde keukens te plaatsen, zij hebben hun rechtsverhouding gekwalificeerd als een zelfstandige samenwerking, zij plaatsten de keukens op de door de opdrachtgever aangeduide plaats, het werk werd uitgevoerd op initiatief van de opdrachtgever en onder zijn instructies, de arbeid werd verricht tegen een vast uurloon, één van de vermeende schijnzelfstandigen was niet ingeschreven in het handelsregister en had geen BTW-nummer.⁶

Een interessante overweging in het cassatiearrest van 20 maart 2006 is dat het arbeidshof had vastgesteld dat er instructies werden gegeven en dat er controle werd uitgeoefend op de uitvoering van de arbeid, maar dat daarbij niet werd aangegeven “*hoe en waardoor de instructies aan de betrokkenen van die aard waren dat zij onverenigbaar waren met het uitvoeren van hun werk als zelfstandige*”. Hiermee lijkt het Hof van Cassatie impliciet te aanvaarden dat ook in het kader van een zelfstandige samenwerking instructies kunnen gegeven worden en dat de uitvoering van de taken kan gecontroleerd worden en dat deze elementen met andere woorden niet noodzakelijk onverenigbaar zijn met de uitvoering van een zelfstandige samenwerkingsovereenkomst.

2.3.2.2 Uitzondering: handelsvertegenwoordigers

Een uitzondering op bovenvermeld principe is de arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers.⁷ Er geldt namelijk een weerlegbaar vermoeden dat een

⁴ Cass., 28 april 2003, *J.T.T.*, 2003, 261.

⁵ Cass., 23 december 2002, *J.T.T.*, 2003, 271.

⁶ Cass., 20 maart 2006, *omlgt.*, S.05.0069.N.

⁷ Dit is de overeenkomst waarbij een werknemer (de handelsvertegenwoordiger) zich verbindt om tegen loon cliënteel op te sporen en te bezoeken met het oog op het onderhandelen over en het sluiten van zaken, onder het gezag, voor rekening en in naam van een of meer opdrachtgevers (art. 4 Arbeidsovereenkomstenwet 3 juli 1978).

overeenkomst gesloten tussen een opdrachtgever en een tussenpersoon een arbeidsovereenkomst voor handelsvertegenwoordigers is, ongeacht de benaming die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven.⁸

Dit vermoeden heeft een omkering van de bewijslast tot gevolg. In dit geval zal het aan de opdrachtgever toekomen om aan te tonen dat er elementen zijn die onverenigbaar zijn met het bestaan van een arbeidsovereenkomst.⁹

2.3.3 Toepassing van de recente cassatierechtspraak

Er is nog maar weinig rechtspraak bekend van de Arbeidsrechtbanken en -hoven waarin de recente cassatierechtspraak werd toegepast.

Er werd echter reeds geoordeeld dat onder meer volgende elementen niet onverenigbaar zijn met een aannemingsovereenkomst en dus niet tot herkwalificatie kunnen leiden:

- prestaties leveren in de lokalen van de opdrachtgever¹⁰;
- opdrachtgever bepaalt aanvangsuur¹¹, opleggen van een uurrooster¹²;
- economische afhankelijkheid¹³;
- opdrachtgever moet akkoord gaan met vervanger¹⁴;
- niet-concurrentiebeding¹⁵;
- betalen per uur¹⁶;
- ter beschikking stellen van een bestelwagen om de overeenkomst uit te voeren¹⁷;
- exclusiviteitsverplichting (niet mogen werken voor een concurrent tijdens de overeenkomst, maar wel voor eigen rekening);¹⁸
- modaliteiten van beëindiging die eerder aanleunen bij deze van een arbeidsovereenkomst;¹⁹

⁸ Art. 4, lid 2 Arbeidsovereenkomstenwet 3 juli 1978.

⁹ Cass., 17 mei 2004, *R.W.*, 2004-05, 625.

¹⁰ Arbh. Antwerpen, 16 december 2004, AR 2030410, Arbh. Luik, 10 november 2006 naar aanleiding van het arrest van het Hof van Cassatie van 31 januari 2005, AR 33353/05.

¹¹ Arbh. Antwerpen, 4 april 2003, *R.A.B.G.*, 2003, 1098.

¹² Arbh. Luik, 23 december 2005, AR 32568/04.

¹³ Arbh. Antwerpen, 16 december 2004, AR 2030410.

¹⁴ Arbh. Antwerpen, 4 april 2003, *R.A.B.G.*, 2003, 1098.

¹⁵ Arbh. Antwerpen, 16 december 2004, AR 2030325.

¹⁶ Arbh. Antwerpen, 4 april 2003, *R.A.B.G.*, 2003, 1098.

¹⁷ Arbh. Antwerpen, 4 februari 2005, AR 2040307.

¹⁸ Arbh. Luik, 7 december 2004, AR 7461/03.

¹⁹ Arbh. Luik, 7 december 2004, AR 7461/03.

- het vastleggen van het aantal uur gedurende dewelke de prestaties moeten geleverd worden, wat kan overeenkomen met een voltijdse betrekking²⁰;
- ...

Anderzijds werden volgende elementen als niet verenigbaar met een zelfstandige samenwerking aanzien:

- het garanderen van een minimumloon dat ook bij ziekte wordt uitbetaald, aangezien betaald worden ongeacht het resultaat wijst op het bestaan van een middelenverbintenis en niet op een resultaatsverbintenis²¹;
- betaald worden met een vaste vergoeding per maand, omdat dit er op wijst dat niet het resultaat van de arbeid wordt vergoed en er slechts sprake is van een middelenverbintenis²²;
- exclusiviteit²³;
- controle op de aanwezigheid, arbeidskledij van de opdrachtgever, arbeidsmateriaal ter beschikking gesteld door de opdrachtgever, controle op de dagontvangsten, niet zelf voorzien in zijn vervanging, ...²⁴;
- ...

Aangezien het hier telkens om geïsoleerde arresten gaat en het bovendien om feitenkwesties gaat, blijft het afwachten hoe de rechtspraak in de toekomst zal evolueren.

3 De meest recente wetgevende initiatieven

Teneinde de strijd aan te binden tegen het fenomeen van de schijnzelfstandigheid, werden diverse initiatieven ondernomen. Hierbij zoekt men naar formules om het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige makkelijker af te lijnen.

3.1 Unizo-formule

De eerste aanzet kwam er met de Unizo-formule. Om uit te maken of iemand al dan niet zelfstandige is, werkte men met een 40/60 scenario: elkeen die een score haalt van 60 punten of meer zou beschouwd worden als zelfstandige, terwijl elkeen

²⁰ Arbh. Luik, 7 december 2004, AR 7461/03.

²¹ Arbh. Antwerpen, 16 december 2004, AR 2030410.

²² Arbh. Antwerpen, 26 november 2004, AR 2030584.

²³ Arbh. Antwerpen, 16 december 2004, AR 2030410.

²⁴ Arbrb. Antwerpen, 6 september 2005, AR 344190-346246.

die een score behaalt van minder dan 40 punten een schijnzelfstandige zou zijn. De scores die zich tussen 40 en 60 punten bevinden zijn twijfelgevallen die door een 'sociale rulingcommissie' moeten worden beoordeeld.

De 12 criteria die de Unizo-formule hanteert en waaraan zij telkens een overeenstemmend aantal punten toekent, zijn de volgende:

Criterium	Punten
Substantiële deelname in winst en verlies	13
Belangrijke beroepsinvesteringen	13
Verantwoordelijkheid en beslissingsmacht om met bedrijfsmiddelen onderneming rendabel te houden	13
Variabel inkomen zonder minimuminkomensgarantie	9
Mogelijkheid om voor meerdere opdrachtgevers of klanten te werken	9
Zich manifesteren als onderneming t.o.v. derden	9
Beschikking over eigen bedrijfsruimte en –uitrusting	4
Niet onderworpen aan interne controle- of sanctiemogelijkheid	4
Aankoopvrijheid of vrije prijsbepaling	4
Zelf arbeidstijd organiseren	9
Reële mogelijkheid om zelf geselecteerd personeel ten laste te hebben	9
Zich contractueel als zelfstandige verbinden	4

Totaal: 100

Het is belangrijk op te merken dat de Unizo formule een groot belang hechtte aan economische criteria. De recente rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft aangetoond dat deze benadering niet in lijn was met de rechtspraak.

3.2 Voorontwerp van wet Vandenbroucke

Ondanks de kritiek op de Unizo-formule werden de criteria ervan overgenomen in een voorontwerp van wet van minister Onkelinx, toenmalig minister van tewerkstelling. Dit wetsontwerp werd nooit wet, maar werd voor een belangrijk deel overgenomen in het voorontwerp van wet van minister Vandenbroucke.

3.2.1 Inhoud

Het voorontwerp van wet bevatte onder meer volgende krachtlijnen:

- bestaan van een arbeidsovereenkomst voor zover een meerderheid van criteria (namelijk 7 op 12) hiertoe vervuld zijn (*merk op dat het wetsontwerp, in tegenstelling tot de Unizo-formule, de aanwezigheid van een aantal criteria niet aanwendt om tot 'zelfstandigheid', maar wel om tot 'schijnzelfstandigheid' te besluiten*);
- mogelijkheid om een aantal eigen -afwijkende- criteria te voorzien voor welbepaalde sectoren en/of (beroeps)categorieën van werknemers;
- bepaling van een aantal neutrale criteria (vervulling van sociaalrechtelijke, handelsrechtelijke en fiscaalrechtelijke formaliteiten alsmede de terminologie van de overeenkomst, de omstandigheid dat er via een vennootschap wordt gewerkt);
- oprichting van een 'rulingcommissie Statuut der werknemers' met normatieve en interpretatieve rol (zonder dat zij zich evenwel over individuele dossiers kan uitspreken).

3.2.2 Criteria

Criteria
Ontstentenis van persoonlijke en substantiële deling in de winst en het verlies van het bedrijf
Ontstentenis van persoonlijke en substantiële investering van eigen kapitaal in het bedrijf
Ontstentenis van verantwoordelijkheid en beslissingsbevoegdheid om met financiële middelen de onderneming rendabel te houden
Een garantie hebben op een periodieke betaling van loon
Hoofdzakelijk en gewoonlijk voor één enkele onderneming of dezelfde groep van ondernemingen werken
Zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel
Niet vrij zijn in het organiseren van het werk en de werktijden
Niet naar buiten treden als onderneming ten overstaan van andere personen of van de medecontractant
In ruimten en/of met materieel werken waarvan men geen eigenaar is of dat beschikbaar wordt gesteld, gefinancierd of gegarandeerd door degene die het

werk verschaft
Onderworpen zijn aan een interne controle of aan sanctiemogelijkheden
Geen beslissingsbevoegdheid hebben over het prijzenbeleid van de onderneming
Niet beschikken over enige aankoopbevoegdheid ten laste van de onderneming

3.3 Het voorontwerp van wet Laruelle

Ook minister van Middenstand en Landbouw Laruelle bereidde een voorontwerp van wet voor.

Dit voorontwerp van wet werd goedgekeurd op de ministerraad van 24 mei 2006. Het wetsontwerp zal nu verder de parlementaire etappes moeten doorlopen vooraleer het definitief tot een wet komt.

3.3.1 Inhoud

Het wetsontwerp bevat onder meer volgende krachtlijnen:

- **uitgangspunt is dat partijen vrij zijn in de keuze van hun samenwerkingsvorm:** in navolging van de recente cassatierechtspraak, vormt de door partijen gekozen vorm van samenwerking (inzonderheid arbeidsovereenkomst of zelfstandige samenwerking) het vertrekpunt.
- **herkwalificatie bij voldoende onverenigbare elementen:** in navolging van de recente cassatierechtspraak, is herkwalificatie mogelijk wanneer er in de feitelijke uitvoering van de overeenkomst voldoende elementen aanwezig zijn die de gekozen kwalificatie van zelfstandige samenwerking uitsluiten.
- **beoordeling van schijnzelfstandigheid aan de hand van 4 algemene criteria** en desgevallend de **specifieke criteria voor welbepaalde sectoren en/of (categorieën van) beroepen.**
- **bepaling van een aantal neutrale criteria** (benaming van de overeenkomst, vervulling van sociaalrechtelijke, handelsrechtelijke en fiscaalrechtelijke formaliteiten) **en verplichtingen** (verplichtingen die inherent zijn aan de uitoefening van een beroep die door de wet zijn opgelegd).
- **mogelijkheid tot uitwerken van specifieke criteria voor bepaalde sectoren, beroepen of beroeps categorieën.**

- oprichting van een **rulingcommissie** met 2 belangrijke bevoegdheden:

- **normatieve afdeling²⁵:**

Taak: op eigen initiatief of op verzoek van de bevoegde ministers) onderzoeken of er zich een probleem van onzekerheid rond de kwalificatie van de arbeidsrelatie/van eventuele schijnzelfstandigheid voordoet binnen een bepaalde **sector of bepaald(e) beroep(scategorie)**. Na het inwinnen van advies bij representatieve organen (bvb. een beroepsorde/instituut of het paritair comité of publieke overheden/instanties), dient zij hieromtrent verslag uit te brengen aan de bevoegde ministers (en na het inwinnen van het advies van de Nationale Arbeidsraad en de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO's) een lijst met **specifieke criteria** uitwerken die vervolgens bindend verklaard wordt bij KB.

- **administratieve afdeling²⁶:**

Taak: verlenen van **individueel** bindend²⁷ advies indien twee partijen duidelijkheid wensen omtrent de aard van hun samenwerking ('sociale ruling').

- **gevolgen ingeval van vrijwillige regularisatie²⁸ :**

- invordering van bijdragen (niet van bijdrageopslagen en intresten) na aftrek van de reeds betaalde bijdragen als 'zelfstandige' (geen mogelijkheid voor de 'schijnzelfstandige' of 'werkgever' om deze bijdragen terug te vorderen).

²⁵ Paritair samengesteld uit 12 vertegenwoordigers van werknemers en zelfstandigen, 2 academici en 2 leden met nuttige beroepservaring (met eventuele toevoeging van experts of vertegenwoordigers uit de sector of (de categorieën) van beroepen en voorgezeten door een beroepsmagistraat.

²⁶ Paritair samengesteld uit een aantal leden aangewezen op voorstel van de Minister van Middenstand en van leden aangewezen op voorstel van de Ministers van Sociale Zaken en van Werk en voorgezeten door een beroepsmagistraat.

²⁷ Voor partijen, de RSZ en het RSVZ en de sociale verzekeringsfondsen (behalve ingeval van gewijzigde omstandigheden na de beslissing of ingeval van onvolledige of onjuiste informatie verschaft door partijen) en met beroepsmogelijkheid bij de arbeidsrechtbank binnen de maand na kennisgeving (met voortzetting in beroep en in cassatie).

²⁸ Slechts 2 hypothesen worden geïnvloed:

- vrijwillige regularisatie binnen de 6 maanden na inwerkingtreding van het wetsontwerp of het KB dat de specifieke criteria voorziet voor de sector of de beroepscategorie
- vrijwillige regularisatie binnen de 6 maanden na de beslissing van de administratieve afdeling m.b.t. de -individuele- arbeidsrelatie.

- berekening van de bijdragen op de maandelijkse gemiddelde inkomsten van de zelfstandige (na aftrek van de maandelijks gemiddelde sociale zekerheidsbijdragen als zelfstandige).
- geen strafsancities.

3.3.2 Criteria

De beoordeling van eventuele schijnzelfstandigheid, gebeurt aan de hand van 2 soorten criteria:

Algemene criteria

- wilsautonomie van partijen: (beoordeling op basis van (alle clausules van) de schriftelijke overeenkomst tussen partijen of op grond van de feitelijke contractuele relatie bij afwezigheid van schriftelijke overeenkomst)
- vrije organisatie van de arbeidstijd:
 - Vormen aldus een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst:
 - de verplichting om zich naar een precieze en dwingende werktijdregeling te schikken
 - het feit de verlof- en vakantiedagen niet vrij te kunnen bepalen
 - de verplichting om de afwezigheden te verantwoorden of te verwittigen ingeval van afwezigheid
 - de verplichting om te prikken, enz....
 - beoordeling evenwel in concreto: vormen aldus op zich geen aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst:
 - de verplichting om tijdens bepaalde uren te werken wegens commerciële of organisatorische beperkingen/verplichtingen
 - de verplichting tot rekenschap over het tijdsgebruik aan de opdrachtgever door de aannemer die over een bepaalde graad van vrijheid met betrekking tot de organisatie en de praktische uitvoering van het werk beschikt.
 - vertrouwenspersoneel of personeel met een leidende functie in de zin van het KB van 10 februari 1965 blijft door een arbeidsovereenkomst verbonden ook al beschikt dit over het algemeen over een grotere autonomie in de organisatie van de werktijd.

- vrije organisatie van het werk:
 - vormen aldus een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst:
 - de precieze omschrijving van de taken
 - het bestaan van precieze onderrichtingen en beslissingen van een hiërarchische meerdere
 - vormen aldus (o.a. in de mate dat de zelfstandige een resultaatsverbintenis op zich neemt) op zich geen aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst:
 - algemene onderrichtingen, verplichtingen en richtlijnen die het gevolg zijn van de aard van de uitgeoefende activiteit of indien zij noodzakelijk zijn met het oog op de verwezenlijking van een vastgesteld resultaat (bvb. de verplichting tot het opstellen van verslagen of het invullen van timesheets, enz...).
 - wettelijke of reglementaire verplichtingen op het vlak van organisatie of werking (bvb. de verplichting een bepaald aantal openingsuren te verzekeren of de aanwezigheid van een minimumaantal werknemers op de werkplaats, enz...).
 - verplichtingen van louter commerciële aard (bvb. de verplichting zich uitsluitend bij de medecontractant te bevoorraden, een minimumomzetcijfer te bereiken, geen concurrerende activiteiten uit te oefenen, een bepaald promotie- of marketingbeleid te moeten eerbiedigen zoals dit geldt voor de franchisenemer, verplichting om de producten te verkopen van de medecontractant rekening houdend met zijn verkoopstechnieken of openingsuren).
 - regels van deontologische aard (hetzij vrijheidsbeperkend, hetzij duidend op intellectuele onafhankelijkheid) zijn niet eigen aan een bepaald statuut.
- mogelijkheid van hiërarchische controle en blootstelling aan interne sancties:
 - aldus vormt de mogelijkheid om te worden gecontroleerd of onder toezicht te staan (ongeacht of deze controle al dan niet daadwerkelijk wordt uitgeoefend) in se een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst; wanneer de controle en het toezicht gekenmerkt worden door de macht om echte tuchtsancties op te leggen (zoals bvb. deze in het arbeidsreglement) is er sprake van een arbeidsrelatie.
 - het bestaan van deontologische regels en van een specifieke controle ter zake (en van verplichtingen die inherent zijn aan de uitoefening van een beroep die door de wet zijn opgelegd) vormen neutrale criteria.

Specifieke criteria

Naast voormelde algemene criteria, voert het wetsontwerp een procedure²⁹ in die het mogelijk maakt om bij Koninklijk Besluit per sector of beroep(scategorie) specifieke criteria van juridische of economische aard te voorzien.

Deze specifieke criteria mogen niet afwijken van de algemene criteria en kunnen onder meer volgende socio-economische en juridische elementen bevatten:

- verantwoordelijkheid en beslissingsmacht over de financiële middelen om de onderneming rendabel te houden;
- toekenning van een vaste en/of gewaarborgde bezoldiging;
- persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen en persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en verliezen;
- mogelijkheid om personeel in dienst te nemen of zich te laten vervangen;
- zich manifesteren als onderneming ten overstaan van de medecontractant of van derden;
- in eigen ruimtes en/of met eigen materiaal werken (dit laatste criterium kan niet weerhouden worden voor ziekenhuisartsen, noch voor vrije beroepen die zich groeperen met het oog op schaalvergroting edm).

4 Risico's ingeval van herkwalificatie

Ingeval van herkwalificatie, stelt men zich inzonderheid bloot aan volgende risico's:

4.1 Vordering door de RSZ

Indien één of meerdere contractanten als werknemer worden aanzien, dan zal (een deel van) hun bezoldiging worden beschouwd als loon en dus onderworpen worden aan sociale zekerheidsbijdragen.

Het betreft hier zowel de werkgeversbijdragen ($\pm 35\%$) als de werknemersbijdragen (13,07%). Deze bedragen worden verhoogd met een éénmalige bijdrageopslag van 10% alsmede met nalatigheidsintresten à rato van 7% per jaar. De terugvordering door de RSZ kan maximaal vijf jaar bedragen. Artikel 32 van de wet van 3 juli 2005 houdende diverse bepalingen betreffende het sociaal overleg vermindert deze termijn tot drie jaar. Deze bepaling zal echter pas in werking treden op 1 januari 2009.

²⁹ cfr. supra rulingcommissie.

4.2 Vordering door de 'schijnzelfstandige'

Wanneer het de “schijnzelfstandige” zelf is die de herkwalificatie vordert, kan deze daarenboven aanspraak maken op achterstallig vakantiegeld, dertiende maand, indexeringen,... alsmede op een verbrekingsvergoeding conform de Arbeidsovereenkomstenwet, in geval de overeenkomst door de vennootschap eenzijdig zou worden beëindigd.

Aangezien het niet-betalen van loon een misdrijf is, kan een terugvordering door de betrokkene zelf worden gedaan met betrekking tot de volledige periode van tewerkstelling.

4.3 Contractuele dekking

Het is niet mogelijk om het risico van de herkwalificatie op de werknemer/schijnzelfstandige te leggen door deze contractueel aansprakelijk te stellen voor de betaling van de sociale bijdragen in geval van herkwalificatie. Artikel 23 van de RSZ-wet van 27 juni 1969 bepaalt dat de werkgever de sociale zekerheidsbijdragen betaalt en artikel 26 van dezelfde wet stelt dat de werkgever de werknemersbijdrage niet op de werknemer mag verhalen. Hieruit volgt dat de RSZ-bijdragen niet kunnen gerecupereerd worden van de schijnzelfstandige.

Het Arbeidshof te Gent heeft evenwel geoordeeld dat dit niet belet dat contractueel kan bepaald worden dat de RSZ-bijdragen waartoe de opdrachtgever zou veroordeeld worden, ten laste worden gelegd van de managementvennootschap.³⁰ De managementvennootschap is volgens het Arbeidshof namelijk geen werknemer in de zin van de artikelen 23 en 26 van de RSZ-wet.

Het is dus aangewezen om in een managementovereenkomst die wordt afgesloten met een managementvennootschap een clause op te nemen die de opdrachtgever toelaat om in geval van herkwalificatie, de kosten te verhalen op de managementvennootschap:

- dit zal in principe de fysieke persoon die via de managementvennootschap werkt ervan weerhouden om zelf aan te sturen op een herkwalificatie, aangezien dit nadelig zou uitvallen voor de managementvennootschap;

³⁰ Arbh. Gent, 8 december 2003, *omittg.*, AR 195/02.

- dit zal de opdrachtgever toelaten om in geval van herkwalificatie, de managementvennootschap in de procedure te betrekken en de eventuele herkwalificatie op de vennootschap te verhalen (in de mate dat deze solvabel is).

4.4 Strafrechtelijke en administratieve sancties

Tenslotte kunnen strafrechtelijke of administratieve sancties opgelegd worden.

Claeys & Engels
November 2006