

Brussel, 24 mei 2012

Advies nr. 2012/07

Uitgebracht op vraag van de minister van Zelfstandigen

Artikel 110, § 1 van de wet van 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen

Aard van de arbeidsrelaties: Voorontwerp van wet inzake het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige

Het voorontwerp van wet inzake het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige:

- *voert een weerlegbaar vermoeden in dat berust op mathematische criteria om een arbeidsrelatie te kwalificeren in zogenaamde risicosectoren en*
- *vereenvoudigt de wijze waarop de specifieke criteria worden aangenomen en heft bijgevolg de normatieve afdeling van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie op.*

Het ABC is van mening dat het voorontwerp van wet over het algemeen tegemoet komt aan zijn algemene bekommernissen inzake rechtszekerheid en flexibiliteit.

Het betreft echter ten eerste de invoering van een vermoeden dat berust op een mathematische toepassing van criteria van economische ondergeschiktheid. Het stelt vast dat de effecten van dit vermoeden door een reeks elementen worden afgezwakt. Zo is het vermoeden weerlegbaar en momenteel beperkt tot 3 zogenaamde "risicosectoren".

Rekening houdend met het voorgaande, brengt het ABC een positief advies uit over het voorontwerp van wet, maar het meent dat het vermoeden van onderwerping op 4 vlakken onmiddellijk zou moeten gewijzigd worden:

- *de uitbreiding van het toepassingsgebied van het vermoeden beperken tot enkel de "risicosectoren die een dergelijk vermoeden zouden vragen;*
- *de partijen de mogelijkheid geven om het vermoeden om te keren voor de Administratieve Commissie;*
- *de mogelijkheid voor een sector om het toepassingsgebied van het vermoeden te verlaten indien dit niet langer nut heeft, en*
- *de niet toepassing van het vermoeden voorzien op werkende vennoten, ouders en verwanten van een mandataris tot de 3^{de} graad in de familievennootschappen.*

Het Comité formuleert enkele technische opmerkingen.

Gezien de vele vragen over de daadwerkelijke uitvoering van de nieuwe wetgeving, is het Comité ten slotte vragende partij voor een geplande evaluatie van deze wet.

I. Context

Het regeerakkoord van 1 december 2011 stelt het volgende:

"In de strijd tegen de socialebijdragenfraude zal de regering onder andere de volgende maatregelen nemen:

- *Een versterking van de strijd tegen de schijnzelfstandigen, voornamelijk door het invoeren na overleg met de betrokken sectoren, van een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een band van ondergeschiktheid indien meerdere, bij wet bepaalde criteria betreffende de economische afhankelijkheid vervuld zijn. Afhankelijk van hun specificiteit zullen de sectoren hiervan kunnen afwijken ;*
- *Een versterking van de strijd tegen de schijnwerknemers"* (pagina 100).

In dit kader heeft de Ministerraad op 29 maart 2012 het voorontwerp van wet inzake het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige goedgekeurd en aan het Algemeen Beheerscomité gevraagd om binnen de 2 maanden een advies uit te brengen over dit voorontwerp van wet.

II. Voorontwerp van wet inzake het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige

Het voorontwerp van wet inzake het onderscheid tussen werknemer en zelfstandige wijzigt de titel XIII "Aard van de arbeidsrelaties" van de programmawet (I) van 27 december 2006 (de WAR).

a) Algemeen beginsel

Het voorontwerp van wet behoudt het principe van de wilsautonomie: de partijen kunnen vrij de aard van hun arbeidsrelatie kiezen, waarbij de reële wil voorrang heeft op de uitgedrukte wil.

De arbeidsrelatie moet geherkwalificeerd worden:

- indien de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die onverenigbaar zijn met de kwalificatie die door de partijen wordt gegeven. Deze elementen worden beoordeeld op basis van algemene en specifieke criteria. Daarbij vormen de neutrale criteria een aanwijzing van de wil van de partijen indien ze met andere criteria worden gecombineerd en
- indien de gegeven kwalificatie niet overeenstemt met de vermoedelijke aard van de arbeidsrelatie en indien dit vermoeden niet wordt weerlegd (cf. punt c "Vermoedens betreffende de aard van de arbeidsrelatie").

Het voorontwerp van wet raakt niet aan de bestaande wettelijke of reglementaire vermoedens van onderwerping aan de sociale zekerheid van de werknemers of van de zelfstandigen.

b) De criteria

Het voorontwerp van wet herneemt de 3 soorten criteria die het mogelijk maken de aard van een arbeidsrelatie te beoordelen:

- de algemene criteria, die voor elke arbeidsrelatie kunnen worden gebruikt¹;
- de specifieke criteria, die eigen zijn aan een sector, een beroep of een categorie van beroepen (bepaald bij een koninklijk besluit) en
- de neutrale criteria², die op zichzelf niet doorslaggevend kunnen zijn voor de kwalificatie van een arbeidsrelatie.

De samenloop van de criteria maakt het mogelijk te bepalen of de arbeidsrelatie overeenstemt met de kwalificatie die door de partijen wordt gegeven.

Het voorontwerp van wet vereenvoudigt de procedure voor het aannemen van de specifieke criteria: ze worden bij koninklijk besluit goedgekeurd op verzoek van de minister van Werk, van de minister van Sociale Zaken of van de minister van Middenstand. Alvorens een dergelijk koninklijk besluit te nemen, moet de Koning de volgende instanties raadplegen³:

- het Directiecomité van het Federaal Aansturingsbureau van de SIOD,
- de NAR die, "indien er een bevoegd en werkend paritair comité of subcomité is zijn advies uitbrengt na raadpleging van dit comité",
- de HRZKMO, die "zijn advies uitbrengt na raadpleging van de betrokken sectoren en beroepen, en als er een bestaat, de beroepsorde die of het beroepsinstituut dat voor het betrokken beroep door de wet is aangesteld".

Die moeten binnen de 2 maanden hun advies uitbrengen.

Indien hun advies eensluidend en eenparig is, zal het worden gevolgd.

Indien er binnen de 2 maanden geen eensluidend en eenparig advies werd uitgebracht, kan de Koning enkel specifieke criteria opstellen bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.

Het voorontwerp van wet heft aldus de normatieve afdeling van de commissie ter regeling van de arbeidsrelatie op.

c) Vermoedens betreffende de aard van de arbeidsrelaties

Het voorontwerp van wet voert een weerlegbaar vermoeden in over de aard van de arbeidsrelatie binnen 3 sectoren die als "risicosectoren" worden gekwalificeerd:

- De werken in onroerende staat. De commentaar bij de artikelen 8, 9 en 10 preciseert wat onder dat begrip moet worden verstaan.
- Bewaking en toezicht, alsmede
- Het vervoer van personen en goederen (behalve en onder bepaalde voorwaarden indien de vervoerder eigenaar is van zijn vrachtwagen).

Deze lijst van sectoren kan worden uitgebreid bij koninklijk besluit volgens dezelfde procedure als die wordt gebruikt om de specifieke criteria op te stellen (cf. punt b "De criteria").

Het weerlegbaar vermoeden wordt beoordeeld in functie van 9 criteria. Indien de helft van de criteria is vervuld, vermoedt men een activiteit als werknemer. Indien minder dan de helft van deze criteria is vervuld, vermoedt men een activiteit als zelfstandige.

Het gaat om de volgende criteria:

- de ontstentenis van enig financieel of economisch risico in hoofde van de uitvoerder van de werken (cf. ontstentenis van persoonlijke en substantiële

¹ Namelijk: de wil der partijen zoals die in hun overeenkomst werd uitgedrukt, de vrijheid van organisatie van de werktijd, de vrijheid van organisatie van het werk, en de mogelijkheid om hiërarchische controle uit te oefenen

² Te weten: het opschrift van de Overeenkomst, de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid, de inschrijving bij de KBO, de inschrijving bij de administratie van de BTW en de wijze waarop de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven.

³ Deze procedure maakt het mogelijk om de inspectiediensten, de werkgeversorganisaties, de vakorganisaties en de interprofessionele organisaties van zelfstandigen te betrekken.

- investering in de onderneming met eigen middelen of ontstentenis van persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en verliezen van de onderneming);
- de ontstentenis van verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming in hoofde van de uitvoerder van de werken;
 - de ontstentenis van beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming in hoofde van de uitvoerder van de werken;
 - de ontstentenis van beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming in hoofde van de uitvoerder van de werken, behalve wanneer de prijzen wettelijk zijn vastgelegd;
 - de ontstentenis van een resultaatsverbintenis betreffende de overeengekomen arbeid;
 - de garantie op betaling van een vaste vergoeding ongeacht de bedrijfsresultaten of de omvang van de prestaties, geleverd door de uitvoerder van de werken;
 - het zelf geen werkgever zijn van persoonlijk en vrij aangeworven personeel of het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk personeel aan te werven of zicht te laten vervangen;
 - het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één medecontractant werken, en
 - in ruimtes werken waarvan men niet de eigenaar of huurder is en/of met materiaal dat ter beschikking wordt gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant;

Deze criteria kunnen worden vervangen of aangevuld met specifieke criteria die eigen zijn aan een sector, een beroep of een categorie van beroepen volgens dezelfde procedure als die wordt gebruikt om de specifieke criteria op te stellen (cf. punt b "De criteria").

Aangezien dit vermoeden weerlegbaar is, kunnen de betrokkenen het nog altijd weerleggen. De commentaren van de artikelen 8, 9 en 10 preciseren dat "het tegenbewijs met alle mogelijke rechtsmiddelen kan worden geleverd op grond van de algemene criteria die in de programmawet werden vastgelegd."

d) De Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie

De administratieve afdeling van de commissie ter regeling van de arbeidsrelatie wordt omgedoopt tot Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie.

De kamer die bevoegd is voor de Administratieve Commissie kan worden gevat:

- tijdens de arbeidsrelatie, op gezamenlijk verzoek van de partijen in die relatie. Deze mogelijkheid bestaat gedurende 1 jaar te tellen vanaf de inwerkingtreding van
 - o de wet;
 - o het koninklijk besluit tot vaststelling van specifieke criteria die eigen zijn aan sectoren, beroepen en categorieën van beroepen, voor zover dit besluit van toepassing is op de betrokken arbeidsrelatie;
 - o het koninklijk besluit tot aanvulling van de lijst van de beroepen die aan het vermoeden zijn onderworpen, voor zover dit besluit van toepassing is op de betrokken arbeidsrelatie en
 - o het koninklijk besluit dat voorziet in criteria die eigen zijn aan sectoren, beroepen en categorieën van beroepen die de criteria aanvullen of vervangen die in het voorontwerp van wet werden vermeld in het

kader van de invoering van het vermoeden, voor zover dit besluit van toepassing is op de betrokken arbeidsrelatie.

- op initiatief van de zelfstandige die een beroepsactiviteit aanvangt, en
- op initiatief van elke partij die beoogt een arbeidsrelatie te hebben met een andere partij, waarvan het statuut van werknemer of zelfstandige onzeker is.

Het koninklijk besluit van 14 december 2010 houdende samenstelling en werking van de kamers van de administratieve afdeling van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie blijft van toepassing.

e) Financiële transfers tussen stelsels

Net als de WAR voorziet het voorontwerp van wet erin dat de bijdragen die werden betaald in het stelsel waaraan de persoon vóór zijn herkwalificatie onderworpen was, niet worden terugbetaald. Er is in financiële overdrachten voorzien tussen de instellingen. In dat kader dienen de RSZ en het RSVZ jaarlijks een globale afrekening op te stellen: het bedrag van deze afrekening wordt van het ene globaal beheer naar het andere overgedragen vóór het einde van het jaar waarvan de afrekening wordt opgemaakt.

III. Advies van het Algemeen Beheerscomité

Het Algemeen Beheerscomité heeft zich meerdere malen uitgesproken over de aard van de arbeidsrelaties⁴.

Het Comité heeft in zijn verschillende adviezen en verslagen altijd aangedrongen op:

- Het principe van de **wilsautonomie**, dat vervat is in artikel 1134 van het Burgerlijk wetboek en overeenstemt met de rechtspraak van het Hof van Cassatie.
- Het **op voet van gelijkheid brengen van de statuten van werknemer en van zelfstandige**; geen enkel statuut moet worden beoordeeld ten opzichte van het andere.
- De noodzaak van een **soepelheid** bij het beoordelen van een arbeidsrelatie: de arbeidsrelaties moeten geval per geval worden beoordeeld, zonder gebruik te maken van gesloten mathematische criteria. Bovendien moeten de hoven en rechtbanken hun soevereine beoordelingsmacht behouden.
- De **rechtszekerheid**, onder meer via een ware sociale rulling en het behoud van de bestaande wettelijke of reglementaire vermoedens van onderwerping aan de sociale zekerheid van de werknemers of van de zelfstandigen.
- Het feit dat de **neutrale criteria een aanwijzing vormen van de wil van de partijen indien ze worden gecombineerd met andere criteria**.

⁴ Advies 2000/3 van 27/04/2000 – "Meer rechtszekerheid voor de bedrijven door vroegtijdig voorkomen van verkeerde statuutkeuze"

Advies 2002/3 van 10/07/2002 – "Het voorkomen van een verkeerde kwalificatie op het vlak van de socialezekerheidsbijdragen en -prestaties "

Verslag 2004/1 van 30/11/2004 – "Voorontwerp van kaderwet betreffende de aard van de arbeidsrelaties"

Advies 2005/1 van 17/03/2005, "Oprichting van een Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie"

Advies 2006/6 van 07/09/2006 – "Voorontwerp van kaderwet betreffende de aard van de arbeidsrelaties"

Advies 2012/01 van 26/01/2012 – "Aard van de arbeidsrelaties"

Het Comité is van mening dat het voorontwerp van wet over het algemeen tegemoet komt aan zijn algemene bekommernissen. Het verwelkomt de vereenvoudiging van de procedure voor de aanneming van de specifieke criteria. Het brengt evenwel bemerkings uit over het vermoeden en formuleert technische opmerkingen.

a) Het vermoeden

Het Comité herinnert er aan dat het altijd een tegenstander was van een invoering van een vermoeden van onderwerping dat berust op gesloten mathematische criteria: deze manier om een arbeidsrelatie te kwalificeren is immers onverenigbaar met de vereiste soepelheid.

Bijgevolg kan het ABC niet anders dan de invoering van een dergelijk vermoeden in het wetsvoorstel ten zeerste te betreuren.

Het is echter van mening dat het voorontwerp van wet dit gebrek aan soepelheid afzwakt door in de volgende zaken te voorzien:

- Deze vermoedens zijn slechts van toepassing op sectoren die vragende partij zijn. Bovendien worden de sociale partners betrokken bij de uitbreiding van de sectoren en beroepen die bij het vermoeden zijn betrokken.
- De 3 sectoren die momenteel worden bedoeld zijn die waarin het risico op sociale fraude groot is.
- In overleg met de sociale partners is het mogelijk om de criteria waarop het vermoeden zich baseert, te vervangen of aan te vullen in functie van de sectoren en beroepen, en
- Het vermoeden is weerlegbaar: de betrokkenen kunnen het weerleggen met alle mogelijke rechtsmiddelen.

Het Comité meent echter dat het vermoeden onmiddellijk moet afgezwakt worden door de 4 volgende elementen:

- het vermoeden kan in geen enkel geval worden opgelegd aan specifieke sectoren of beroepen. Het kan bijgevolg slechts uitgebreid worden **tot enkel de "risicosectoren" die vragende partij zouden zijn;**
- de persoon die het vermoeden van onderwerping wenst om te keren of de beslissing van de sociale inspectie die zich op dit vermoeden baseert wil aanvechten zou zich moeten kunnen wenden tot de Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie⁵. Dergelijke maatregel zou aan de betrokken personen de mogelijkheid geven om zich niet rechtstreeks tot de arbeidsrechtbank te moeten wenden (waar de procedure veel zwaarder is);
- indien een sector of een beroep gevraagd heeft om opgenomen te worden in het toepassingsgebied van, er vervolgens ook de mogelijkheid moet zijn om te vragen het toepassingsgebied van het vermoeden te verlaten (bijvoorbeeld omdat de problemen die eigen zijn aan deze sector of dit beroep opgelost werden en het vermoeden bijgevolg geen nut meer heeft);
- het vermoeden van onderwerping is problematisch in de kleine familiale ondernemingen. Het zou kunnen leiden tot de onderwerping aan de sociale zekerheid van de werknemers van een naaste (kind, ouder, broer, oom, ...) die toevallig helpt in de onderneming. Om dit te verhelpen meent het Comité dat in de familiale vennootschappen de werkend vennoten, ouders en verwanten van een mandataris in de 1^{ste}, 2^{de} en 3^{de} graad uitgesloten zouden moeten zijn van het toepassingsgebied van het vermoeden.

⁵ Het zou gaan over een uitzondering op het artikel 338, §3 van de wet

b) Technische opmerkingen

Het ABC wenst de volgende technische opmerkingen te formuleren op het voorontwerp van wet⁶:

Een te grote diversiteit van specifieke criteria per sector of beroep zou met zich kunnen brengen dat eenzelfde arbeidsrelatie als een activiteit als werknemer in de ene sector kan worden beschouwd en als een activiteit als zelfstandige in een andere. Men zal hieraan aandacht moeten besteden tijdens de aanneming van de specifieke criteria. Dezelfde opmerking geldt wat betreft de criteria inzake het vermoeden.

De 2^{de} alinea van het artikel 332 moet verwijzen naar de paragrafen 1 en 2 van het artikel 3 van het KB nr. 38.

Wat betreft de sociale ruling:

- De mogelijkheid tot aanhangigmaking bij de Administratieve commissie zou moeten worden uitgebreid tot de instellingen van sociale zekerheid (RSZ, RSVZ en de socialeverzekeringsfondsen), tot de werknemers die vragen hebben bij hun eventueel statuut van "schijnwerknemer" en tot de zelfstandige die zijn activiteiten wenst uit te breiden of te wijzigen. Deze mogelijkheid zou tevens moeten worden ingevoerd voor de partijen van de arbeidsrelatie wanneer aanzienlijke wijzigingen in die relatie zijn gebeurd;
- In geval van eenzijdige aanhangigmaking bij de Administratieve Commissie zou men moeten voorzien in de verplichting voor de partij die het initiatief van de aanhangigmaking neemt, om de andere partijen van de arbeidsrelatie daarvan op de hoogte te brengen;
- In geval van herkwalificatie ingevolge de raadpleging van de Administratieve commissie, zou men moeten voorzien in een ruimere verlichting van de sancties inzake arbeidsrecht en fiscaal recht (er is slechts voorzien in een verlichting van de strafrechtelijke en de burgerlijke sancties). Men zou ook expliciet de niet-toepassing van de administratieve geldboetes van het KB nr. 38 moeten voorzien;
- Men zal er over moeten waken dat de Administratieve commissie en de Commissie "Kunstenaars" geen uitspraak doen over dezelfde dossiers.

Men zou snel moeten bepalen op grond van welke elementen de globale afrekening gaat gebeuren en ter zake zo snel mogelijk een koninklijk besluit nemen⁷.

Om praktische redenen zou het wenselijk zijn om de transfer van het bedrag van de afrekening tussen de globale financiële beheren te voorzien vóór 31 maart van het jaar dat volgt op het jaar waarin de afrekening wordt opgesteld.

Het Comité wenst de nadruk te leggen op de noodzakelijke informatieplicht van de socialeverzekeringsfondsen bij hun aangeslotenen, in het bijzonder wat betreft de sectoren die onderworpen zijn aan het vermoeden van onderwerping.

Gezien de vele vragen over de daadwerkelijke uitvoering van de nieuwe wetgeving, is het Comité ten slotte vragende partij voor een geplande evaluatie van deze wet.

⁶ De meeste opmerkingen werden reeds in vroegere adviezen van het Comité geformuleerd.

⁷ Artikel 340, § 4 van de WAR: "De Koning bepaalt de berekeningswijze en de nadere regels voor de vaststelling van deze globale afrekening."

Ten slotte moet het koninklijk besluit van 14 december 2010 worden gewijzigd om het in overeenstemming te brengen met de wet (cf. nummering, benaming van de Administratieve commissie).

IV. Besluit

Het Comité meent dat het voorontwerp van wet relatief evenwichtig is en rekening houdt met de bijzondere kenmerken van de sectoren.

Het betreft evenwel ten eerste de invoering van een vermoeden dat berust op gesloten mathematische criteria, maar het stelt vast dat dit vermoeden door een aantal elementen afgezwakt wordt.

Rekening houdend met deze elementen, brengt het Comité een positief advies uit, maar wenst het dat het vermoeden nog zou afgezwakt worden⁸ en dat de wet zou geëvalueerd worden..

In naam van het Algemeen Beheerscomité voor het sociaal statuut der zelfstandigen,
24 mei 2012:



Muriel GALERIN,
Secretaris



Anne VANDERSTAPPEN,
Voorzitter

⁸ Cf : enkel uitbreiding van het toepassingsgebied van het vermoeden voor sectoren die dit vragen, de mogelijkheid om het vermoeden voor de Administratieve commissie om te keren, de mogelijkheid om het toepassingsgebied van het vermoeden te verlaten en de niet toepassing van het vermoeden op werkend vennoten, ouders en familieleden van een mandataris tot de 3^{de} graad.