

De nieuwe wetgeving inzake schijnzelfstandigheid

Een werknemer is iemand die werkt onder het gezag van een andere persoon.

Schijnzelfstandigheid ontstaat wanneer twee partijen op zelfstandige basis samenwerken, doch waarvan één partij, de uiteindelijke schijnzelfstandige, in werkelijkheid zijn prestaties uitoefent onder het gezag van de andere partij.

Hoe kan men in het statuut van schijnzelfstandige geraken en waarom neemt men dit risico?

- soms vraagt **de werkgever** aan de sollicitant om als “zelfstandige” te werken. De werkgever doet dit omdat de sociale zekerheidsbijdragen, die hij moet betalen voor een werknemer, vrij hoog zijn. Een zelfstandige kost veel minder.
- soms is het **de medewerker** zelf die als schijnzelfstandige wil werken. Een werknemer die veel verdient, kost aan zijn werkgever heel veel aan sociale bijdragen. Voor een zelfstandige verhoogt de bijdrage echter niet meer vanaf een bepaald bedrag. Door als zelfstandige de bruto-kostprijs aan zijn werkgever te vragen, kan hij dus besparen op sociale bijdragen en meestal kan de “zelfstandige” zich fiscaal beter organiseren, waardoor hij minder belastingen dient te betalen en dus uiteindelijk netto meer verdient.

Schijnzelfstandigheid kan niet alleen een zeer dure grap zijn voor de werkgever, ook voor de “schijnzelfstandige” zijn er gevolgen.

Risico's

Voor de werkgever:

Als de **Rijksdienst voor Sociale Zekerheid** schijnzelfstandigheid op het spoor komt en de werkgever voor de rechtbank daagt, kan het zijn dat deze dan alle achterstallige bijdragen moet betalen. Hier boven op komen dan nog de bijdrage-opslagen van ongeveer 10% en de nalatigheidsintresten van ongeveer 7%. De RSZ kan vijf jaar teruggaan! Bovendien kan de werknemer de bijdragen, die hij als “schijnzelfstandige” betaald heeft, terugvorderen van de werkgever. Ook hier kan men vijf jaar teruggaan.

Ook op **fiscaal vlak** zal de werkgever dus verplicht kunnen worden bedrijfsvoorheffing te betalen op de uitgereikte vergoeding in de verlopen periode. Ook hier kunnen boetes en intresten gelden.

Op **strafrechtelijk vlak** kan de “werkgever” vervolgd worden wegens een sociaalrechtelijk misdrijf (ontduiking van sociale zekerheidsbijdragen) en hierop staan belangrijke geldboetes en zelfs gevangenisstraffen.

Voor de schijnzelfstandige:

Hij geniet minder voordelen dan een werknemer: geen recht op werkloosheidsvergoedingen, geen uitkeringen inzake de arbeidsongevallenverzekering of beroepsziekte, aansprakelijkheid voor eventuele schade, geen bevoorrechte schuldeiser bij een faillissement, ... Daarom gebeurt het vaak dat schijnzelfstandigen plots beweren werknemer te zijn als er problemen opduiken.

Is er een herkwalificatie van “schijnzelfstandige” naar werknemer, dan kan de betrokken persoon ook nadien zijn rechten als werknemer laten gelden: stempelen, kinderbijslag, vakantiegeld, verbrekingsvergoedingen, ... Opgelet: om deze vorderingen in te stellen, heeft de werknemer maar een korte verjaringstermijn.

Nieuwe wet (programmawet Belgisch Staatsblad 28/12/2006)

De wettekst bevestigt sommige algemene principes die de rechtbanken de voorbije jaren over schijnzelfstandigheid ontwikkelden en legt dus de vier algemene criteria vast, die gebruikt worden bij de beoordeling van de arbeidsrelatie. Het ontwerp voorziet in de mogelijkheid een lijst met specifieke criteria uit te werken die aangepast zijn aan de specifieke realiteit van een sector of een beroep. De keuze voor het statuut van zelfstandige blijft vrij, maar is dus afhankelijk van deze **vier nieuwe voorwaarden**:

- de **vrije wil van partijen**, d.w.z. de partijen dienen vrij te zijn in de keuze van hun samenwerkingsvorm
- de **vrijheid om de arbeidstijd** te organiseren
 - De zelfstandige komt en gaat wanneer hij wil. Hij moet zich niet houden aan een strikte werktijdregeling, dient geen verlof aan te vragen, dient zijn afwezigheden niet te verantwoorden (ziekte e.d.).
 - De werknemer moet zich aan bepaalde uren houden, moet verlof aanvragen, moet zich verantwoorden bij afwezigheid.
 - Opmerking: de verplichting om tijdens bepaalde uren te werken wegens commerciële of organisatorische redenen en de verplichting om rekenschap van het tijdsgebruik te geven aan de opdrachtgever zijn echter neutrale criteria die de zelfstandigheid niet in de weg kunnen staan.
- de **vrijheid om zelf zijn werk** te organiseren
 - De zelfstandige werkt hoe hij wil.
 - De werknemer dient de instructies van zijn werkgever zeer precies op te volgen.
 - Opmerking: algemene richtlijnen inzake de aard van de uitgevoerde activiteit of tot het behalen van vooropgestelde resultaten (bv. het afleveren van tijdstabellen, ...), verplichtingen op vlak van

organisatie (bv. een minimum aantal uren voorzien, ...), of verplichtingen inzake commerciële aard (een bepaald beleid van de opdrachtgever volgen, niet-concurrerend werken) zijn echter neutrale criteria die de zelfstandigheid niet in de weg mogen staan.

- de mogelijkheid om **hiërarchische controle** uit te oefenen
 - De zelfstandige wordt niet gecontroleerd door de opdrachtgever.
 - De werknemer staat onder hiërarchische controle van de werkgever.
 - Opmerking: regels die worden opgelegd inzake specifieke controle van de samenwerking, maar die niet verwijzen naar de bekende sanctiemogelijkheden van een arbeids- of bediendencontract zijn neutrale criteria die de zelfstandigheid niet in de weg staan.

Als **één van deze vier criteria niet in orde** is, kan er geen sprake zijn van een zelfstandige overeenkomst.

Sociale rulling aanvragen is voorzien in de wet:

Voordat een werkgever met een zelfstandige in zee gaat, kunnen de twee partijen hun arbeidsrelatie voorleggen aan de nieuw op te richten "Commissie ter regeling van de arbeidsrelaties". Op basis van bovengenoemde criteria en gedragingen zal deze commissie beslissen of er effectief sprake is van een zelfstandige activiteit. De uitspraak is bindend voor de RSZ en de RSVZ.

Maar er is meer. De uitspraak kan ook worden aangevraagd door één van beide partijen, in de loop van het contract of bij het einde daarvan. Als zich dus een geschil voordoet tussen de opdrachtgever en de zelfstandige, kan deze laatste zelf naar de commissie stappen om zijn arbeidsrelatie te laten beoordelen en bijvoorbeeld stellen dat hij eigenlijk altijd "werknemer" was en in een verkeerd statuut diende te werken.

Tegen een beslissing van de ruling kan echter steeds beroep aangetekend worden bij de rechter.

Rechtspraak

De rechtspraak maakte tot nu toe veel gebruik van de zogenaamde **Unizo-formule** om te oordelen of iemand al dan niet schijnzelfstandige is.

In deze formule zijn er twaalf criteria. Elk criterium krijgt een aantal punten in functie van de belangrijkheid ervan voor het bepalen van de effectieve zelfstandigheid van de betrokkene.

De formule is als volgt:

- substantiële deelname in de winst, dwz. winst of verlies behoort tot de mogelijkheden:
13 punten
- belangrijke beroepsinvesteringen:
13 punten
- verantwoordelijkheid en beslissingsmacht om met bedrijfsmiddelen de onderneming rendabel te houden:
13 punten
- variabel inkomen zonder minimum inkomensgarantie: 9 punten
- mogelijkheid om voor meerdere opdrachtgevers of klanten te werken:
9 punten
- zich manifesteren als onderneming ten overstaan van derden:
9 punten
- beschikking over eigen bedrijfsruimte en -

- uitrusting: 4 punten
- niet onderworpen aan interne controle- of sanctiemogelijkheid: 4 punten
- aankoopvrijheid of vrije prijsbepaling: 4 punten
- zelf organiseren: arbeidstijd 9 punten
- reële mogelijkheid om zelf geselecteerd personeel ten laste te hebben: 9 punten
- zich contractueel als zelfstandige verbinden: 4 punten

TOTAAL

.../100 punten

Indien de score:

- lager dan 40: de betrokken persoon kan niet worden aanzien als zelfstandige.
- boven de 60 punten: de betrokken persoon wordt geacht een zelfstandige te zijn
- tussen de 40 en de 60 punten: dit is een twijfelgeval, hier bestaat het risico dat de betrokkene als schijnzelfstandige kan worden beschouwd.

Hoe kan men schijnzelfstandigheid in de beginne ontdekken?

De procedure ziet er als volgt uit: wanneer uit de aansluitingsverklaring van de zelfstandige blijkt dat de aangegeven beroepsbezigheid **voordien uitgeoefend werd** onder voorwaarden die aanleiding gaven tot onderwerping aan de **sociale zekerheid van de werknemers**, stuurt het Rijksinstituut een afschrift van de aansluitingsverklaring naar de RSZ.

Betwist de RSZ de aansluiting, dan moet zij dit aan het Rijksinstituut meedelen voor het einde van de tweede maand volgend op de datum van deze verzending.

Daarna volgt overleg tussen de beide overheidsdiensten. Wanneer de aansluiting ongegrond blijkt, wordt zij door het RSVZ vernietigd. Het Rijksinstituut stuurt die beslissing bij aangetekend schrijven naar de betrokkene. Het sociale verzekeringsfonds wordt eveneens op de hoogte gebracht.

Hoe kan schijnzelfstandigheid later ontdekt worden?

- uiteraard door de Sociale Inspectiediensten zelf die zich nu beter kunnen gaan steunen op de nieuwe wet die voor die specifieke taak sterk gemotiveerd het terrein opgestuurd worden,
- veelal door een discussie tussen “schijnzelfstandige” en werkgever.

Visie:

Om te toetsen of er een ondergeschikt verband voorhanden is, worden in de praktijk meerdere criteria gebruikt. Enkele voorbeelden:

- Mag de zelfstandige ook voor andere opdrachtgevers werken?
- Mag hij zijn werk in volle vrijheid regelen? Moet hij bijvoorbeeld op bepaalde dagen en uren komen werken, moet hij verlof aanvragen, moet hij uurregistraties maken op de tikklok van het bedrijf, ...
- Betaalt hij zelf zijn eigen bedrijfskosten of is het zijn “werkgever” die hem bijvoorbeeld een kilometervergoeding betaalt, hem een GSM van de zaak ter beschikking stelt, rijdt hij met een auto van de werkgever, ...
- Kan de zelfstandige zich voor de uitvoering van de

opdracht laten vervangen door eigen personeel?

Belangrijk is ook dat de zelfstandige zich ook als een zelfstandige gedraagt:

- Hij mag geen garantie hebben op een vaste vergoeding of loon, is er een minimuminkomen voorzien?
- Hij moet kunnen aantonen dat hij een onderneming runt met producten of diensten. Hij moet zich ook zo aan de buitenwereld presenteren, visitekaartjes, eigen kledij, eigen briefwisseling, dus heeft hij meestal ook andere klanten, ...
- Hij moet werken met materiaal dat van hem is. Heeft de zelfstandige eigen investeringen gedaan?
- Hij moet in zijn eigen burelen kunnen werken, waarvan hij dus eigenaar is of huurder.
- Draagt de zelfstandige wel degelijk een bedrijfsrisico?
- Is er niet een samenwerkingscontract opgemaakt dat erg lijkt op een arbeidsovereenkomst: proefperiode, termijnen van opzeg van een contract, specifieke bepalingen van arbeiders of bedienden gekoppeld aan wetgeving ter zake?
- Werkt men met de administratieve ondersteuning van de werkgever?
- Is er voldoende kapitaalsvorming zodat de zelfstandige zelf zijn beslissingen kan nemen?

Bezint eer ge begint !!!

(Auteur: Georges Bauwens, erkend boekhouder-fiscalist BIBF 301 85 790)