

Tendenzen en ontwikkelingen inzake de aanpak van het fenomeen 'schijnzelfstandigen'

1. Gezag of ondergeschikt verband als determinerend onderscheid

De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst waarbij een werknemer zich ertoe verbindt om onder het gezag van een andere persoon arbeid te verrichten tegen betaling van loon. De drie onderscheiden elementen arbeid, loon en gezag zijn wezenlijke elementen van elke arbeidsovereenkomst.¹

Het element gezag zal echter het doorslaggevende element zijn om een arbeidsovereenkomst te onderscheiden van andere, gelijkaardige overeenkomsten.² Immers, ook bij bijvoorbeeld een dienstverleningsovereenkomst, zijnde een overeenkomst waarbij een persoon zich ertoe verbindt bepaalde diensten te verrichten voor een opdrachtgever, zijn de aspecten arbeid en een vergoeding of loon aanwezig.

Het al dan niet aanwezig zijn van een gezagsrelatie is aldus het determinerende element om te kunnen bepalen of een bepaalde persoon die tegen een vergoeding arbeid levert, werknemer dan wel zelfstandige is.

Evenwel is er in de huidige stand van de wetgeving geen enkele definitie van de notie 'gezag' terug te vinden. De rechtspraak van het Hof van Cassatie verduidelijkt dat het volstaat dat iemand in feite gezag kan uitoefenen over de handelingen van een andere persoon.³ Het gaat daarbij om juridisch gezag, nl. het recht om te bepalen welk werk moet verricht worden en hoe dit werk moet verricht worden. Het Hof van Cassatie stelde steeds voorop dat economische afhankelijkheid (veelal aanwezig in een aannemingsrelatie) daarentegen niet op een juridische gezagsrelatie duidt.⁴

Natuurlijk is het niet steeds gemakkelijk om een relatie van economische afhankelijkheid af te bakenen van daadwerkelijk juridisch gezag. Ook de rechtspraak werd meermaals met die moeilijkheid geconfronteerd.

Het Hof van Cassatie stelde traditioneel dat om te oordelen of er al dan niet een gezagsrelatie aanwezig is, de rechter niet gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst geven⁵ en alleszins

¹ Cass. 12 maart 1979, *Pas.* 1979, I, 819.

² R. Blanpain, "Ondergeschikt verband: de sleutel op de deur van het arbeidsrecht", *R.D.S.* 1998, 34.

³ Cass. 10 september 2001, *Pas.* 2001, afl. 9-10, 1364; Cass. 27 april 1998, *R.W.* 1999-2000 (verkort), 131; Cass. 23 juni 1997, *J.T.T.* 1997, 335, noot; Cass. 9 januari 1995, *J.T.T.* 1995, 93, noot; Cass. 14 november 1994, *R.W.* 1995-96 (verkort), 154; Cass. 15 februari 1982, *R.W.* 1982-83, 2210; Cass. 18 mei 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 1080.

⁴ Zie o.m. Cass. 3 oktober 1957, *J.T.* 1958, 109.

⁵ Cass. 7 september 1992, *Soc. Kron.* 1993, 13, noot; Cass. 15 februari 1982, *Pas.* 1982, 741; Cass. 6 december 1968, *Pas.* 1969,333; Cass. 29 november 1967, *Pas.* 1968, 430.

moet gekeken worden naar alle feitelijke gegevens eigen aan de zaak om te achterhalen wat de daadwerkelijke bedoeling van de partijen was en of deze overeenstemt met de door partijen gekozen kwalificatie.⁶ Wanneer de kwalificatie van de overeenkomst overeenstemt met de werkelijke bedoelingen van de partijen, dan mag de rechter die kwalificatie enkel terzijde schuiven indien de partij of derde die de kwalificatie betwist daarvan het bewijs levert.

De feitenrechter beslist op grond van een onaantastbare beoordeling in feite of er al dan niet een band van ondergeschiktheid aanwezig is in een concrete relatie tussen contractanten, met dien verstande dat het Hof van Cassatie bevoegd is om na te gaan of de feitenrechter uit de door hem vastgestelde elementen wettig heeft kunnen afleiden of er een gezagsrelatie bestond tussen de betrokken partijen.⁷

2. Traditionele feitenanalyse in de rechtspraak

Aan de hand van de overvloedige rechtspraak kunnen een aantal krachtlijnen worden gedistilleerd inzake de beoordelingselementen die doorgaans gehanteerd worden bij het onderzoek naar het al dan niet bestaan van een gezagsrelatie die de arbeidsovereenkomst typeert. Er moet wel benadrukt worden dat in de rechtspraak nooit één of ander element als doorslaggevend werd bestempeld: een totaliteit van elementen moet in dezelfde richting wijzen opdat tot het bestaan van een ondergeschikt verband en dus van een arbeidsovereenkomst zou worden besloten.

Volgende elementen deden de arbeidsgerechten doorgaans besluiten tot het bestaan van een gezagsrelatie, typerend voor een arbeidsovereenkomst:

- onderworpen zijn aan de sociale zekerheid voor werknemers;
- opgenomen zijn in het personeelsregister;
- voorkomen op het organigram van de vennootschap;
- het opleggen van een proefbeding, concurrentiebeding of exclusiviteitsbeding;
- het verplicht aanwezig zijn op vergaderingen waar richtlijnen worden gegeven;
- de verplichting om op regelmatige tijdstippen activiteitenverslagen op te maken;
- de terugbetaling onkosten zoals restaurantkosten, verplaatsingskosten, telefoonkosten, enz.;
- het beschikken over een bedrijfswagen;
- de verplichting om het gebruik en de verdeling van de arbeidstijd te rechtvaardigen;
- het ontvangen van precieze en permanente bevelen die verder gaan dan het verstrekken van loutere technische en commerciële richtlijnen;
- het ontvangen van een vast loon of een gegarandeerd loon;
- het moeten naleven van een verplicht opgelegd uurrooster;
- de verplichting om afwezigheden te rechtvaardigen door medische attesten;
- het ontvangen van vakantiegeld en/of een eindejaarspremie;
- de verplichting om toestemming te vragen voor het nemen van vakantie;

⁶ Cass. 14 november 2001, *Pas.* 2001, afl. 11, 1860; Cass. 5 oktober 1998, *Soc. Kron.* 1999, 231, noot K. VAN DEN LANGENBERGH; Cass. 7 september 1992, *Soc. Kron.* 1993, 13, noot; Cass. 11 januari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 558.

⁷ Cass. 14 maart 1978, *Arr. Cass.* 1978, 825; voor het toetsingsrecht van het Hof van Cassatie, zie o.m. Cass. 15 april 2002, *J.L.M.B.* 2003, 224, noot; Cass. 17 december 2001, *Pas.* 2001, afl. 12, 2140; Cass. 19 oktober 1999, *R.W.* 2001-02, 92; Cass. 23 juni 1997, *J.T.T.* 1997, 335; Cass. 8 oktober 1975, *Arr. Cass.* 1976, 168;

- het beschikken over een eigen bureau in de onderneming van de opdrachtgever;
- het hebben van collega's die dezelfde activiteit uitoefenen in hoedanigheid van bediende, enz.

Andere arbeidsgerechten oordeelden dan weer in tegengestelde zin dat sommige van voornoemde elementen hoegenaamd niet op het bestaan van een gezagsrelatie wezen. Dit leidde niet alleen tot een grote diversiteit aan rechtspraak, maar bijgevolg ook tot rechtsonzekerheid. Vanuit verschillende hoeken werden daarom initiatieven gelanceerd teneinde meer rechtszekerheid of minstens een praktische houvast te creëren.

3. De UNIZO-formule

De Unie der Zelfstandige Ondernemers bracht bijvoorbeeld eind 1998 een werkgroep van deskundigen in verband met de problematiek van de (schijn)zelfstandigen rond de tafel. Doelstelling van deze werkgroep was om een praktische, werkbare 'tool' te ontwerpen waarmee gemakkelijker het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen kon worden gemaakt. Omdat een onderzoek van de feitelijke toestand op grond van de criteria van de rechtspraak steeds een zekere mate van rechtsonzekerheid inhoudt, heeft de werkgroep door het creëren van een formule houvast willen bieden door aan de hand van een aantal criteria uitsluitend te bieden over het sociaal statuut van de betrokkene.

Deze deskundigen hebben uiteindelijk een formule ontwikkeld die gebaseerd is op de bestaande rechtspraak. De formule bestaat uit 12 criteria en elk van deze criteria kreeg een score, als het ware een 'gewicht' dat de 'weegschaal' in bepaalde mate zou doen overhellen naar de ene of andere kant. Vooral dit laatste maakte de UNIZO-formule aantrekkelijk, in tegenstelling tot de door de rechtspraak gehanteerde criteria die, althans in theorie, elk even sterk (of zwak) wezen in de ene of andere richting.

De criteria van de UNIZO-formule en de eraan toegekende scores zijn:

- substantiële deelname in de winst en verlies	13 punten
- belangrijke beroepsinvesteringen	13 punten
- verantwoordelijkheid en beslissingsmacht om met bedrijfsmiddelen de onderneming rendabel te houden	13 punten
- variabel inkomen zonder minimuminkomensgarantie	9 punten
- mogelijkheid om voor meerdere opdrachtgevers of klanten te werken	9 punten
- zich manifesteren als onderneming t.o.v. derden	9 punten
- beschikking over eigen bedrijfsruimte en -uitrusting	4 punten
- niet onderworpen zijn aan interne controlemogelijkheid of sancties	4 punten
- aankoopvrijheid of vrije prijsbepaling	4 punten
- zelf arbeidstijd organiseren	9 punten
- reële mogelijkheid om zelf geselecteerd personeel ten laste te hebben	9 punten
- zich contractueel als zelfstandige verbinden	4 punten

Voor elk van de 12 criteria moet men de corresponderende scores optellen (met een maximumscore gelijk aan 100). Indien men bij de optelsom een score haalt die lager is dan 40, dan is de betrokkene zeker geen zelfstandige. Ligt de score boven de 60 punten, dan is de betrokkene een zelfstandige. Ligt de score echter tussen de 40 en 60, dan bevindt men zich in de 'twijfelzone'. De UNIZO-werkgroep stelde voor om in zulke gevallen een sociale ruingcommissie te laten beslissen.

Over de UNIZO-formule en haar kwaliteiten is sedertdien in de rechtsleer reeds heel wat inkt gevloeid.⁸ Talrijke auteurs hebben de formule geanalyseerd en in zowel positieve als in negatieve zin becommentarieerd. De negatieve kritiek had vooral betrekking op ‘het gewicht’ van de verschillende criteria. Niettegenstaande de ongetwijfeld praktische aantrekkelijkheid van een puntensysteem, kon men zich de vraag stellen waarom een welbepaald criterium zwaarder zou moeten wegen dan een ander criterium en of dit wel verantwoord was. Volgens sommigen was er dan ook een duidelijke overheersing van de economische criteria.⁹ Ongetwijfeld had dit te maken met het feit dat UNIZO als belangengroep van de zelfstandige ondernemers meer oog had voor de economische aspecten van de zelfstandige samenwerkingsrelatie.¹⁰

Waarschijnlijk is deze en andere kritiek de oorzaak van het feit dat de arbeidsgerechten tot op heden slechts zelden gebruik maken van de UNIZO-formule. Ons zijn slechts enkele gevallen bekend waarin een arbeidsgerechtigde *expressis verbis* toepassing maakte van de UNIZO-formule.¹¹

De Arbeidsrechtbank van Leuven moest zich op 26 oktober 2001 uitspreken over de vraag of een bedeelster van reclamedrukwerken al dan niet als werknemer moest worden beschouwd. Tussen de bedeelster en de drukkerij bestond een ‘aannemingsovereenkomst’ voor de wekelijkse verspreiding van door de opdrachtgever ter beschikking gestelde drukwerken. De Arbeidsrechtbank analyseerde de feitelijke situatie en paste daarop vervolgens de UNIZO-formule toe. Dit leidde tot een score van 17 punten, hetgeen volgens de UNIZO-formule het sociaal statuut van werknemer impliceert.

4. De verschillende wetgevende initiatieven

Ook vanuit politieke hoek wilde men een einde stellen aan de rechtsonzekerheid die de zogenaamde indicieënmethode van de rechtspraak veroorzaakte. Diverse wetgevende initiatieven moesten een wettelijk kader scheppen voor de ‘jacht’ op de schijnzelfstandigen. We bespreken hierna kort deze opeenvolgende initiatieven, maar stippen daarbij alvast aan dat tot op heden echter geen nieuwe wetgeving tot stand kwam.

4.1 Het voorontwerp van wet ‘Onkelinx’

Ook de regering Verhofstadt I bleef niet onberoerd ten aanzien van de alsmaar groeiende groep van de (schijn)zelfstandigen. Laurette Onkelinx, de voormalige Minister van Werkgelegenheid in de paarsgroene regering Verhofstadt I, werkte in 1999 een wetsontwerp uit waarin een aantal criteria werden bepaald om de grens tussen een zelfstandige activiteit en arbeid in ondergeschikt verband duidelijk af te bakenen. Dit

⁸ Zie o.m. het themanummer “Werknemer of zelfstandige: met vragenlijst en puntensysteem naar een voorafgaandelijk bindend advies?”, *T.S.R.* 2001, 107-299.

⁹ Zie voorbeeld I. BAEKE en G. VAN LIMBERGHEN, “Werknemer of zelfstandige: inhoudelijke beoordeling van vragenlijst en puntensysteem”, *T.S.R.* 2001, 173 e.v.

¹⁰ In dat opzicht was ook de naam “UNIZO-formule” bijzonder ongelukkig nu deze de indruk wekte vanuit het eigenbelang van de UNIZO te zijn geconcipeerd en erop gericht te zijn een toename van het aantal werknemers tegen te gaan. Zie K. VAN DEN LANGENBERGH en A. VAN REGENMORTEL, “De UNIZO-formule kritisch bekeken”, *T.S.R.* 2002, 10-12.

¹¹ *Arbrb.* Leuven 26 oktober 2001, *NjW* 2002, 358-360; *Arbrb.* Mechelen 15 mei 2002, AR 75268, onuitg.

wetsontwerp was een quasi-letterlijke overname van de criteria die destijds door UNIZO werden ontwikkeld.

Het ontwerp voorzag in de toevoeging van een nieuwe paragraaf aan het bestaande artikel *5bis* van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten. Deze nieuwe paragraaf voerde een weerlegbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst in, voor zover uit een analyse zou blijken dat een meerderheid van door de Koning te bepalen criteria is vervuld.

Het ontwerp somde tevens criteria op die niet als bewijselement konden dienen met het oog op de omkering van het vermoeden. Deze elementen zouden volgens het wetsontwerp noch op zichzelf, noch in onderling verband wijzen op het al dan niet bestaan van een gezagsrelatie. Meer zelfs, zij zouden juist gebruikt kunnen worden om de schijn van zelfstandigheid op te wekken. Meer bepaald ging het om volgende zogenaamde 'neutrale' elementen:

- de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven;
- de inschrijving bij een sociale verzekeringsinstelling voor zelfstandigen;
- de inschrijving in het handelsregister;
- het bezit van een B.T.W.-nummer;
- het optreden als zelfstandige ten aanzien van de fiscale administratie.

Volgens het bijhorende ontwerp van koninklijk besluit vestigden volgende criteria daarentegen wel het vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst:

- ontstentenis van persoonlijke en substantiële deelname in de winsten en verliezen van de onderneming;
- ontstentenis van persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen kapitaal; voor de toepassing van dit criterium wordt niet als kapitaal beschouwd, het kapitaal dat werd ter beschikking gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door diegene die het werk verschaft;
- ontstentenis van verantwoordelijkheid en beslissingsmacht om met financiële middelen de onderneming rendabel te houden;
- een garantie hebben op periodieke uitbetaling 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 arbeid en arbeidstijd kunnen organiseren;
- zich niet manifesteren als onderneming ten overstaan van andere personen of van de medecontractant;
- in ruimtes en/of met materiaal werken die niet eigen bezit zijn of die ter beschikking worden gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door diegene die het werk verschaft;
- onderworpen zijn aan interne controle of aan sanctiemogelijkheden;
- geen beslissingsmacht hebben over het prijsbeleid van de onderneming;
- niet beschikken over enige aankoopvrijheid ten laste van de onderneming.

Het hoeft geen verduidelijking dat het toenmalige wetsontwerp en ontwerp van koninklijk besluit tot hevige reacties en kritiek hebben geleid, vooral vanuit juridische hoek. Mede daardoor maar ongetwijfeld ook door het feit dat het Hof van Cassatie de regering Verhofstadt I inmiddels voor was (*infra*), leek het lot van het wetsontwerp al snel bezegeld.

4.2 Het voorontwerp van wet ‘Vandenbroucke’

Uit het regeringsakkoord van Gembloux van juli 2003 bleek dat het opnieuw de wil was van de paarsgroene regering om, na overleg met de desbetreffende sectoren, wetgevende maatregelen te nemen die duidelijke criteria zouden definiëren inzake de bestrijding van de schijnzelfstandigheid. Daarnaast zou een ‘rulingcommissie schijnzelfstandigen’ worden opgericht. Op de superministerraad van Gembloux van januari 2004 leek een akkoord in de maak.

In juni 2004 stelde Frank Vandenbroucke, de bevoegde Minister van Tewerkstelling en Arbeid in de paarsgroene regering Verhofstadt II, een wetsontwerp en een ontwerp van koninklijk besluit voor. Deze twee teksten waren echter grotendeels gebaseerd op het wetsontwerp ‘Onkelinx’.

De krijtlijnen van het wetsontwerp ‘Vandenbroucke’ waren:

- het bestaan van een arbeidsovereenkomst werd vermoed voor zover uit een analyse van de arbeidsrelatie zou blijken dat een meerderheid van door de Koning te bepalen relevante criteria is vervuld;¹²
- de lijst van ‘neutrale’ elementen van het wetsontwerp ‘Onkelinx’ werd hernomen en uitgebreid;
- adviesprocedures zouden toelaten dat per sector via het paritair comité, de Hoge Raad van Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen (HRZ KMO) en per categorie van werknemers of per beroepscategorie via de Nationale Arbeidsraad en de HRZ KMO relevante criteria zouden worden vastgelegd;
- bij mislukking van de adviesprocedure of bij gebrek aan een bevoegd paritair comité, zouden de aanvullende criteria, opgenomen in het bijhorende ontwerp van koninklijk besluit (zie ontwerp ‘Onkelinx’), toepassing vinden;
- een onafhankelijke commissie ‘Statuut der werknemers’, samengesteld uit vertegenwoordigers van de R.S.Z., de R.S.V.Z. en Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, zou worden opgericht. Deze commissie had een tweevoudige taak, namelijk (1) de adviezen te onderzoeken die aan de Koning zijn onderworpen met het oog op de bepaling van de relevante criteria per sector, per categorie van werknemers of per beroepscategorie en (2) het ontwikkelen van een algemene administratieve interpretatie betreffende de toepassing van deze criteria.

Na het wetsontwerp ‘Onkelinx’ kon ook het ‘gekopieerde’ ontwerp ‘Vandenbroucke’ zich aan hevige kritiek van vooraanstaande juristen, diverse sectoren en beroepsorganisaties verwachten. Zo werd geen rekening gehouden met het principe van de wilsautonomie en werd de kwalificatie van de contracterende partijen beschouwd als een ‘neutraal’ element. Daardoor werd de inmiddels totstandgekomen ‘nieuwe’ rechtspraak van het Hof van Cassatie (*infra*) grovelijk miskend.

4.3 Het voorontwerp van wet ‘Laruelle’

¹² Volgens sommigen hield dit in dat er een onweerlegbaar vermoeden van het bestaan van een arbeidsovereenkomst werd ingevoerd. Zie “Chasse aux faux indépendants: Le ministre Frank Vandenbroucke ne désarme pas” in *Trends Tendances* 2004, nr. 23, 46-51.

De huidige Minister van Middenstand, Sabine Laruelle, uitte zware kritiek op het wetsontwerp 'Vandenbroucke'. De kritiek luidde dat het wetsontwerp geen rekening hield met de wil van de partijen en er onvoldoende voorafgaandelijk overleg met de verschillende betrokken partijen was voorzien (sociale partners, middenstand, sectoren, vrije beroepen, ...).¹³

Volgens de Minister volstaat het om de problematiek van schijnzelfstandigheid aan te pakken via een kaderwet die sociale inspecteurs en rechters toelaat om zich op een coherente en samenhangende manier over dit probleem uit te spreken en in uitvoering waarvan een rulingcommissie zou worden opgericht.

Het ontwerp 'Laruelle' stelde het principe van de wilsautonomie van partijen voorop door er van uit te gaan dat partijen vrij de aard van hun arbeidsrelatie, loontrekkend of zelfstandig, kiezen.

Slechts indien een onderzoek van de werkelijke arbeidsrelatie zou aantonen dat er voldoende elementen zijn die, beoordeeld overeenkomstig de bepalingen van de wet en van de uitvoeringsbesluiten, onverenigbaar zijn met het sociaal stelsel van betrokkene, dan pas zou er een herkwalificatie van de arbeidsrelatie en het stelsel van sociale zekerheid kunnen plaatsvinden.

Volgende algemene criteria zouden moeten toelaten om de daadwerkelijke arbeidsrelatie te achterhalen:

- de wil van de partijen zoals die in hun schriftelijke overeenkomst werd uitgedrukt;
- de al dan niet opgelegde organisatie van de werktijd;
- de al dan niet opgelegde organisatie van het werk;
- de al dan niet onderwerping aan een interne controle en aan mogelijkheden van interne sancties.

Daarnaast zouden volgende criteria op zichzelf genomen niet bij machte zijn om de arbeidsrelatie te kwalificeren (dit zijn de zogenaamde 'neutrale' elementen):

- de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid;
- de inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen;
- de inschrijving bij de administratie van de B.T.W.;
- de wijze waarop de inkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven.

Daarnaast kan de Koning een adviesprocedure opstarten teneinde binnen een sector of één of meerdere beroepen een lijst met specifieke elementen vast te stellen die de arbeidsrelatie binnen die sector of beroepsgroep adequaat kunnen kwalificeren.

Deze adviesprocedure zou als volgt verlopen:

Na raadpleging van de betrokken sectoren en beroepen, brengen de Hoge Raad van de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen en desgevallend de beroepsorde samen met de Nationale Arbeidsraad advies uit binnen een termijn van één jaar vanaf de bekendmaking van het in ministerraad overlegde koninklijk besluit.

¹³ "Chasse aux faux indépendants: Le ministre Frank Vandenbroucke ne désarme pas" in *Trends Tendances* 2004, nr. 23, (46) 51.

Deze uitgebrachte adviezen worden dan bezorgd aan de Normatieve Kamer van de 'Commissie ter vaststelling van de arbeidsrelatie' die een synthese van deze adviezen maakt en op basis daarvan een voorstel van lijst met specifieke elementen uitwerkt. Deze lijst wordt vervolgens aan de Minister bezorgd. De Koning legt ten slotte de lijst met specifieke elementen vast.

Bovendien is de Commissie ter vaststelling van de arbeidsrelatie samengesteld uit een Administratieve Kamer. Deze Kamer heeft tot taak akkoorden te sluiten betreffende de overeenstemming tussen de kwalificatie van een bepaalde arbeidsrelatie en het sociaal stelsel dat daarop wordt toegepast (concept van de 'social ruling').

Het wetsontwerp 'Laruelle' betekent een zekere breuk met de vorige wetsontwerpen. Er wordt immers principieel geen afbreuk gedaan aan de wilsautonomie en de contractuele vrijheid van de partijen, noch aan de inmiddels tot stand gekomen cassatierechtspraak in die zin (*infra*).

4.4 Het voorontwerp van wet 'Van den Bossche' (in voorbereiding)

Naar verluidt is thans ook de huidige Minister van Werk en Consumentenzaken, Freya Van den Bossche, bezig met de voorbereiding van een nieuw wetsontwerp inzake de problematiek van schijnzelfstandigheid.

Het wetsontwerp in voorbereiding zou zich baseren op de oudere (basis)rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het wetsontwerp zou tevens overgangsmodaliteiten voorzien en er zou niet retroactief ingegrepen worden. Veel informatie over het wetsontwerp wilde men echter nog niet prijsgeven.

In een antwoord van 2 februari 2005 op een parlementaire vraag van Jo Vandeurzen van 11 januari 2005¹⁴ omtrent de elementen die in aanmerking moeten worden genomen voor het bepalen van het bestaan van een gezagsrelatie bij de jacht op schijnzelfstandige journalisten, antwoordde de Minister dat haar inziens onder meer volgende elementen wijzen op het bestaan van een gezagsrelatie:

- de wijze van loonvorming;
- de wijze van contractvorming;
- de afgesloten verzekeringen;
- de terugbetaling van kosten;
- het (onderworpen zijn aan de bepalingen van een) arbeidsreglement;
- (de bewoordingen/kwalificatie van) schriftelijke overeenkomsten;
- de risicolast;
- de economische afhankelijkheid;
- het gebruik van gereedschap of apparatuur van de werkgever;
- (het beschikken over een) wagen van de firma;
- de plaats waar de activiteit wordt uitgeoefend;
- (het moeten bijwonen van) verplichte vergaderingen;
- rapporteren;
- (het werken volgens) vaste uren;
- (het ondergaan van een) financiële controle;

¹⁴ Vraag nr. 212 van de heer Vandeurzen van 11 januari 2005 (N.) aan de Minister van Werk en Consumentenzaken.

- enz.

Het valt meteen op dat de meeste van deze elementen zijn overgenomen uit de eerdere voorontwerpen van wet. Bovendien blijft de concrete invulling van het voorontwerp Van den Bossche tot op heden nog erg onduidelijk, bij gebreke van officiële communicaties hieromtrent. Het wordt dus afwachten (of en) tot wanneer het nieuwe voorontwerp Van den Bossche zal worden voorgesteld.

5. De ‘nieuwe’ cassatierechtspraak

In zijn arrest van 23 december 2002 verbrak de Franstalige afdeling van het Hof van Cassatie een arrest van het Arbeidshof van Luik, waarbij de feitenrechter de voorliggende aannemingsovereenkomst had geherkwalificeerd als een arbeidsovereenkomst op grond van de vaststelling dat de ‘aannemer’ enkel voor éénzelfde opdrachtgever werkte, de opdrachtgever eenzijdig de prijs bepaalde, de aannemer geen enkel aandeel had in het beheer van de handelszaak of in het economisch of financieel ondernemingsrisico en ten slotte dat de bedrijfslokalen en gereedschappen eigendom waren van de opdrachtgever.¹⁵ Op basis van de criteria die het Hof van Cassatie aanvoert in zijn overwegingen, kwam de feitenrechter tot de conclusie dat de zelfstandige aannemer in werkelijkheid het werknemersstatuut had.

Het Hof van Cassatie benadrukte echter dat de door partijen gevoerde kwalificatie behouden moet blijven indien de elementen eigen aan de zaak noch *in se*, noch samen onverenigbaar zijn met de tussen partijen overeengekomen kwalificatie. Met andere woorden, het belang van de eigen kwalificatie van de partijen werd opnieuw benadrukt en deze kwalificatie kon volgens het hoogste rechtscollege enkel worden doorbroken indien de feitelijke indicies het bestaan van die kwalificatie uitsluiten (of, zoals het Hof het zegt, ermee “onverenigbaar” zijn).

Deze visie van de Franstalige kamer van het Hof van Cassatie werd meer recent nog bekrachtigd in de cassatiearresten van 28 april 2003, 12 mei 2003 en 8 december 2003.¹⁶ Ook de Nederlandstalige kamer volgde met de arresten van 3 mei 2004 en 6 december 2004.¹⁷

Alle wetgevende en andere initiatieven ten spijt, dient er thans dus te worden verrokkend van de kwalificatie die de partijen aan hun samenwerking hebben gegeven en moet er enkel worden onderzocht of de feitelijke realiteit die kwalificatie en het eraan verbonden statuut niet tegenspreekt.

Wat betekent nu precies deze rechtspraak van het Hof van Cassatie?

In de eerste plaats staat het buiten kijf dat de feitenrechter nog steeds niet absoluut gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst gaven en deze overeenkomst kan herkwalificeren. Meer nog, de rechter moet de overeenkomst herkwalificeren indien hij vaststelt dat er in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst bestaat en het sociaal statuut van de betrokkene niet strookt met die werkelijkheid.¹⁸

¹⁵ Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271.

¹⁶ Cass. 28 april 2003, *J.T.T.* 2003, 261; Cass. 12 mei 2003, *Rev. reg. dr.* 2003, 194; Cass. 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, 122.

¹⁷ Cass. 3 mei 2004 (S.03.0108.N) en Cass. 6 december 2004 (S.04.0102.N/1) zie www.cass.be.

¹⁸ Cass. 3 mei 2004 (S.03.0108.N) te raadplegen op www.cass.be.

Bovendien zal de kwalificatie van partijen slechts overeind blijven indien zij de neerslag vormt van de werkelijke bedoelingen van de partijen.¹⁹ Wanneer de kwalificatie strookt met de bedoelingen van partijen, dan kan zij slechts verworpen worden indien het bewijs wordt geleverd dat de kwalificatie niet strookt met de werkelijkheid. Het bewijs daarvan wordt nog steeds geleverd door de feitelijke gegevens, die al dan niet in staat zijn om te wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Belangrijk is echter dat in het licht van de actuele rechtspraak van het Hof van Cassatie enkel nog die feiten die ‘onverenigbaar’ zijn met het bestaan van een zelfstandige samenwerking, in staat zullen zijn om de rechter te doen besluiten tot het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Volgende elementen werden door het Hof van Cassatie o.m. aanzien als elementen die in staat zijn om een kwalificatie van zelfstandige samenwerking tegen te spreken:

- het moeten werken volgens een verplicht uurrooster;²⁰
- het onderworpen zijn aan een directe controle op de uitvoering van het werk;²¹
- het krijgen van precieze bevelen;
- het feit zijn arbeidstijd en afwezigheid te moeten rechtvaardigen.²²

Anderzijds werd door het Hof van Cassatie en sommige feitenrechters reeds geoordeeld dat volgende elementen niet (noodzakelijk) onverenigbaar zijn met het bestaan van een overeenkomst voor zelfstandige samenwerking:

- ontstentenis van een deelname in het ondernemingsrisico;²³
- ontstentenis van deelname in het vennootschapskapitaal;²⁴
- ontstentenis van inspraak;²⁵
- het ontvangen van een uurloon;²⁶
- het beschikken over een gratis firmawagen;²⁷
- het niet beschikken over een eigen praktijkruimte en eigen materiaal;²⁸
- integratie in een arbeidsorganisatie.²⁹

6. Standpunt van de R.S.Z. t.a.v. advocaten

¹⁹ Cass. 11 maart 1991, Soc. Kron. 1992, 8.

²⁰ Cass. 12 mei 2003, *Rev. reg. dr.* 2003, 194.

²¹ Cass. 12 mei 2003, *Rev. reg. dr.* 2003, 194.

²² Voor een uitgebreide bespreking van deze en andere factoren, zie M. Dumont, “La preuve de la subordination juridique” in V. Vannes (ed.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Brussel, Bruylant, 2005, p. 102-104.

²³ Cass. 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, 122; Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271.

²⁴ Cass. 3 mei 2004 (S.03.0108.N), www.cass.be; Zie ook voor wat de lagere rechtspraak betreft Arbh. Antwerpen 11 februari 2005, AR 2010081, te raadplegen op www.mdseminars.be.

²⁵ Cass. 28 april 2003, *J.T.T.* 2003, 261; Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271.

²⁶ Cass. 3 mei 2004 (S.03.0108.N), www.cass.be; Zie evenwel ook voor wat de lagere rechtspraak betreft Arbh. Antwerpen 26 november 2004, AR 2030584, te raadplegen op www.mdseminars.be.

²⁷ Arbh. Antwerpen 11 februari 2005, AR 2010081, te raadplegen op www.mdseminars.be.

²⁸ Cass. 3 mei 2004 (S.03.0108.N), www.cass.be; Cass. 23 december 2002, *J.T.T.* 2003, 271.

²⁹ Cass. 8 december 2003, *J.T.T.* 2004, 122.

Aansluitend bij het voorgaande kan volledigheidshalve ook verwezen worden naar de recente stelling van de R.S.Z. ten opzichte van de mogelijke toepassing van het stelsel van sociale zekerheid voor werknemers op de advocaten-medewerkers (met uitsluiting van de advocaten-stagiaires).

Traditioneel is in ons land de samenwerking tussen de advocaten en de associaties waaraan zij verbonden zijn op zelfstandige leest geschied. Dit brengt dan ook de onderwerping van de advocaten-medewerkers aan het sociaal statuut van de zelfstandigen met zich mee. Traditioneel werden eveneens deontologische argumenten opgeworpen ter verdediging van het sociaal statuut van zelfstandige van de advocaten-medewerkers.

In een brief aan de stafhouders van de verschillende balies van het land heeft de R.S.Z. begin 2005 laten weten dat (1) advocaten-medewerkers in principe, net zoals het geval is voor andere vrije beroepen zoals de geneesheren, voor andere advocaten kunnen werken middels een arbeidsovereenkomst en (2) de R.S.Z. niet langer de zogenaamde ‘tolerantie van niet-onderwerping’ zal toepassen.

Als gevolg zouden er vanaf 1 oktober 2005 controles plaatsvinden en mogelijks (ambtshalve) regularisaties volgen. Zonder verder in te gaan op de motieven die vermoedelijk aan de hernieuwde belangstelling voor deze aloude problematiek ten gronde liggen dan wel de grond van de betwisting *in se*, is het o.i. in het kader van huidige bijdrage wel interessant aan te stippen dat de R.S.Z. formeel heeft aangekondigd om volgende aspecten van de feitelijke samenwerking tussen de advocaat-medewerker en de associatie alvast te beschouwen als zogenaamde ‘neutrale’ aanwijzingen:

- het bijhouden van time sheets/prestatiebladen met het oog op facturatie van prestaties;
- het toekennen van sociale voordelen, gewaarborgd of niet;
- het niet beschikken over eigen lokalen/infrastructuur;
- betaling van een vast honorarium of terugbetaling van kosten;
- het ontbreken van eigen cliënteel niettegenstaande dat dit toegelaten is;
- het voeren van evaluatiegesprekken;
- de vermelding op het gemeenschappelijke briefpapier;
- het volgen van (vrije) opleidingen.

Hierbij moet meteen opgemerkt worden dat voor wat de meeste van voornoemde ‘neutrale’ aanwijzingen betreft, zij hun neutraal karakter volgens de R.S.Z. slechts zullen behouden in de mate dat zij in werkelijkheid niet gericht zijn op het controleren of dirigeren van de prestaties van de advocaat-medewerker.

In het kader van huidige bijdrage is het tevens interessant om de vergelijking te maken tussen deze neutrale aanwijzingen van de R.S.Z. en de elementen die in de hoger vernoemde rechtspraak van het Hof van Cassatie en de diverse voorontwerpen van wet werden aangehaald. Zo wordt bijvoorbeeld het niet beschikken over eigen lokalen of een eigen infrastructuur door het Hof van Cassatie in de actuele stand van de rechtspraak aanzien als een element dat niet (noodzakelijk) onverenigbaar is met het bestaan van een overeenkomst voor zelfstandige samenwerking, terwijl dit in de voorontwerpen Onkelinx, Vandenbroucke en Van den Bossche wel wordt aanzien als een element dat wijst op het bestaan van een gezagsrelatie.

Over wat deze en andere criteria betreft waarop de R.S.Z. zich mogelijks zou baseren bij de zoektocht naar schijnzelfstandige advocaten-medewerkers, is het laatste woord nog niet gezegd. Daarenboven valt

het af te wachten welke stelling het Hof van Cassatie zou innemen, als het al tot herkwalificaties van zelfstandige advocaten-medewerkers zou komen.

7. Besluit

Het staat vast dat de kwalificatie als zelfstandige of werknemer ook in de toekomst nog tot heel wat betwistingen aanleiding zal geven. Determinerend was en is nog steeds het bestaan van een gezagsrelatie tussen partijen.

Om na te gaan of er in werkelijkheid een gezagsrelatie bestaat, gebruiken de arbeidsgerechten traditioneel een hele waaier van feitelijke elementen die zij toepassen op een analyse van de feitelijke samenwerking. Deze elementen wijzen al dan niet op het bestaan van een band van ondergeschiktheid en dus op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Aan de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst gaven, werd door de rechtspraak veelal een marginale rol toebedeeld.

Omdat het aan de hand van de feitelijke elementen niet altijd valt uit te maken of de betrokkene werknemer dan wel zelfstandige is, werd vanuit verschillende hoeken geprobeerd om een grotere rechtszekerheid en houvast te bieden. Zo werd de UNIZO-formule ontwikkeld, die zou moeten toelaten aan de hand van meer of minder zwaarwegende criteria te bepalen welk sociaal statuut van toepassing is. De praktische doorbraak van de UNIZO-formule bleef echter tot op heden vrij beperkt.

Ook vanuit wetgevende hoek werden verschillende initiatieven genomen. Concreet vertaalde dit zich in een aantal voorontwerpen van wet die naargelang het geval bepalende of neutrale criteria vastlegden. Tot nieuwe bindende wetgeving kwam het echter nog niet.

Ten gevolge van de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 23 december 2002 en later, treedt de kwalificatie van de partijen weer op de voorgrond. Wanneer die kwalificatie de bedoelingen van de partijen weerspiegelt, moet in geval van betwisting worden onderzocht of de feitelijke realiteit die kwalificatie en het eraan verbonden statuut niet tegensprekt. Enkel wanneer er elementen voorhanden zijn die de gegeven kwalificatie noodzakelijkerwijze uitsluiten of, met andere woorden, ermee onverenigbaar zijn, kan er tot herkwalificatie van de overeenkomst en het eraan verbonden sociaalrechtelijk statuut worden overgegaan.

Ine Joosten, advocaat Laga & Philippe

Tel: 02/800.70.28

joosteni@laga-philippe.com

m.m.v. Olivier Malisse, advocaat Laga & Philippe

Tel: 02/800.71.09

malisseo@laga-philippe.com