



MEMENTO

VAN DE WERKGEVER 6



DOSSIER

Een nieuwe hoofdelijke loonaansprakelijkheid bij activiteiten in de bouwsector 2



RECHTSPRAAK

Schijnzelfstandigheid? Het risico is groter dan u denkt 9



EEN NIEUWE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID BIJ ACTIVITEITEN IN DE BOUWSECTOR

In het maartnummer kwamen de nieuwe controlemaatregelen van de wet van 11 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake detachering van werknemers aan bod. De focus lag toen op grensoverschrijdende tewerkstelling. In dit artikel komt een ander aspect aan bod van de wet van 11 december 2016.

De wet van 11 december 2016 voert namelijk ook een nieuwe vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden in. Het is een specifieke regeling die toepassing vindt ingeval van activiteiten in de bouwsector. De wet van 11 december 2016 zet de richtlijn 2014/67/EU van 15 mei 2014 inzake de handhaving van richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers om in het Belgisch arbeidsrecht.

Deze specifieke regeling trad in werking op 1 januari 2017 en geldt enkel bij de rechtstreekse contractuele relatie tussen twee partijen, bijvoorbeeld de opdrachtgever en de aannemer of de aannemer en diens rechtstreekse onderaannemer ook zonder detachering.

Dit artikel bespreekt eerst deze nieuwe vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid. Vervolgens vergelijken we in dit artikel de nieuwe regeling voor de bouwsector met de algemene regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid van loonschulden. Die algemene regeling trad in werking op 16 april 2012. Deze twee vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid zijn echter niet uniek. Het sociaal recht kent nog heel wat andere vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid, zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale schulden (art. 30bis RSZ-wet) en de hoofdelijke loonaansprakelijkheid bij illegale tewerkstelling van niet EU-onderdanen, maar die komen niet aan bod in dit artikel.



01

EEN NIEUWE SPECIFIEKE REGELING VAN HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

De algemene regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid van loonschulden wordt niet gewijzigd en blijft van toepassing. Op 1 januari 2017 trad een specifieke regeling in werking voor de bouwsector¹. Beide vormen van hoofdelijke loonaansprakelijkheid bestaan dus naast elkaar, elk met een eigen procedure en voorwaarden.

Deze nieuwe vorm van hoofdelijke loonaansprakelijkheid is geen ketenaansprakelijkheid, maar geldt enkel voor rechtstreekse medecontracten. Voor deze nieuwe regeling is de opdrachtgever dus hoofdelijk aansprakelijk voor de loonschulden van de aannemer, maar niet voor de loonschulden van de onderaannemer. De aannemer is op zijn beurt wel aansprakelijk voor de loonschulden van zijn onderaannemer.

Ten opzichte van de rechtstreekse medecontractanten kan de opdrachtgever of aannemer enkel nog aansprakelijk worden gesteld op basis van deze nieuwe regeling². Ten opzichte van de onrechtstreekse medecontractanten verderop in de ketting blijft de algemene regeling gelden. Die maakt dat de opdrachtgever, aannemer of onderaannemer aansprakelijk is voor de betaling van het loon aan de werknemers van de aannemer of onderaannemer.

DEFINITIES EN TOEPASSINGSGEBIED

WAT ZIJN ACTIVITEITEN IN DE BOUWSECTOR?³

Het gaat om de werken en diensten binnen het bevoegdheidsgebied van de paritaire (sub)comités voor:

- het bouwbedrijf;
- de metaal-, machine- en elektrische bouw, op voorwaarde dat het gaat om werken in onroerende staat overeenkomstig de BTW-reglementering⁴;

- de schoonmaak, op voorwaarde dat het gaat om werken in onroerende staat overeenkomstig de BTW-reglementering;
- de stoffering en de houtbewerking, op voorwaarde dat het gaat om werken in onroerende staat overeenkomstig de BTW-reglementering;
- de elektriciens: installatie en distributie, op voorwaarde dat het gaat om werken in onroerende staat overeenkomstig de BTW-reglementering.

Alle opdrachtgevers, (intermediaire) aannemers en onderaannemers die een beroep doen op aannemers of onderaannemers voor deze activiteiten, vallen onder deze specifieke regeling. De opdrachtgever, (intermediaire) aannemer of onderaannemer moet daarom niet noodzakelijk vallen binnen het bevoegdheidsgebied van de hierboven gemelde paritaire (sub)comités. Dat de activiteiten dat doen is voldoende.

VOORBEELD

Een boekhoudkantoor doet beroep op een aannemer. De activiteiten die de aannemer zal uitvoeren vallen onder het bevoegdheidsgebied van het paritair comité van het bouwbedrijf. Het boekhoudkantoor kan dus hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden tot betaling van de lonen.

De activiteiten moeten worden uitgevoerd in België. De plaats van vestiging van de opdrachtgever, de aannemer of de onderaannemer is niet relevant.

WIE IS DE RECHTSTREEKSE CONTRACTANT?⁵

De rechtstreekse contractant is de contractpartij die hoofdelijk aansprakelijk is in het kader van deze specifieke regeling. Het kan gaan om de opdrachtgever, de aannemer of de intermediaire aannemer.



WIE IS DE OPDRACHTGEVER?⁶

De opdrachtgever is de persoon die een aannemer opdracht geeft om tegen een bepaalde prijs activiteiten in de bouwsector uit te voeren of te laten uitvoeren.⁷

Niet alle opdrachtgevers vallen onder het toepassingsgebied van deze regeling. Deze specifieke hoofdelijke loonaansprakelijkheid is niet van toepassing op de opdrachtgever die een natuurlijke persoon is en die activiteiten in de bouwsector uitsluitend voor privédoeleinden laat uitvoeren.

- De opdrachtgever moet een natuurlijke persoon zijn. VZW's bijvoorbeeld vallen dus wel onder deze regeling.
- De bouwactiviteiten worden uitsluitend verricht voor privédoeleinden. Wie werken aan een privéwoning laat uitvoeren terwijl die woning ook wordt gebruikt voor beroepsdoeleinden kan dus wel hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld.⁸

Een gelijkaardige uitzondering geldt ook voor de algemene hoofdelijke loonaansprakelijkheid en de hoofdelijke aansprakelijkheid voor sociale schulden.⁹

WIE IS DE AANNEMER?¹⁰

De aannemer is de persoon die er zich ten opzichte van een opdrachtgever rechtstreeks toe verbindt om tegen een prijs activiteiten in de bouwsector uit te voeren of te laten uitvoeren ten voordele van zijn opdrachtgever.

WIE IS DE INTERMEDIAIRE AANNEMER?¹¹

Iedere onderaannemer ten overstaan van na hem komende onderaannemers in een keten van onderaanneming.

WIE IS DE ONDERAANNEMER?¹²

De onderaannemer is de persoon die er zich ten opzichte van een aannemer of een intermediaire aannemer toe verbindt om tegen een prijs activiteiten in de bouwsector uit te voeren of te laten uitvoeren die hem toevertrouwd zijn door de aannemer of de intermediaire aannemer. Wordt hier geviseerd, elke rechtstreekse onderaannemer die de hoedanigheid van werkgever heeft, ongeacht of hij in België is gevestigd.

VOORBEELD

De onderaannemer is

- ofwel de rechtstreekse onderaannemer van een aannemer die zelf rechtstreekse contractspartij is van een opdrachtgever,
- ofwel de rechtstreekse onderaannemer van een andere onderaannemer die zelf als intermediaire aannemer kan worden beschouwd.

VOOR WELKE WERKNEMERS GELDT DEZE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID?

Deze specifieke regeling van hoofdelijke loonaansprakelijkheid geldt voor alle werknemers die activiteiten uitvoeren op het Belgische grondgebied. De hoofdelijke aansprakelijkheid heeft dus niet alleen betrekking op het loon verschuldigd aan gedetacheerde werknemers in dienst bij een werkgever gevestigd in het buitenland, maar ook op werknemers in dienst van een in België gevestigde werkgever.

DE ALGEMENE OF DE NIEUWE SPECIFIEKE REGELING TOEPASSEN?¹³

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtstreekse contractant wordt uitsluitend bepaald door de nieuwe specifieke regeling. De algemene regeling vindt dus geen toepassing in de rechtstreekse contractuele relatie tussen opdrachtgever, de aannemer of de intermediaire aannemer enerzijds en de werkgever-contractant (een aannemer of onderaannemer) anderzijds.

- Gaat het om activiteiten buiten de bouwsector? Dan is de nieuwe specifieke regeling niet van toepassing, eventueel wel de algemene regeling.
- Gaat het om een onrechtstreekse relatie, bijvoorbeeld tussen opdrachtgever en onderaannemer? Dan is de nieuwe specifieke regeling evenmin van toepassing.

DE WERKING IN DE TIJD

Op 1 januari 2017 trad de specifieke regeling in werking voor de bouwsector. De nieuwe regeling is vanaf dan van toepassing, ook als de overeenkomst reeds eerder werd afgesloten of de partijen al met de uitvoering van de overeenkomst zijn aangevangen. Net omdat de wet van 11 december 2016



geen onderscheid maakt tussen lopende en nieuwe overeenkomsten, is de specifieke regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid ook van toepassing op de lopende overeenkomsten.

ONTSTAAN VAN DE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

Deze specifieke hoofdelijke loonaansprakelijkheid kan worden ingeroepen vanaf het sluiten van de aannemingsovereenkomst en hangt niet af van een voorafgaande kennisgeving. Daarin schuilt een belangrijk verschil met de algemene regeling.

OMVANG VAN DE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

DUUR: ONBEPERKT

Deze specifieke hoofdelijke loonaansprakelijkheid ontstaat niet alleen onmiddellijk, ze is ook onbeperkt in de tijd. Opnieuw een belangrijk verschil met de algemene regeling.

HET VERSCHULDIGDE LOON

De specifieke hoofdelijke loonaansprakelijkheid heeft betrekking op het achterstallige loon dat verschuldigd is aan de werknemer (maar dat dus nog niet werd betaald) met uitzondering van de opzeggingsvergoeding.¹⁴ De beoogde hoofdelijke aansprakelijkheid is beperkt tot de rechten verworven door de werknemer in het kader van een contractuele relatie die bestaat tussen zijn werkgever (aannemer of onderaannemer) en de contractspartij van deze werkgever (opdrachtgever of intermediaire aannemer), die hoofdelijk aansprakelijk is.¹⁵

Ook al is de specifieke regeling opgenomen in de loonbeschermingswet, toch zou het loonbegrip van de loonbeschermingswet geen toepassing vinden.¹⁶ Het begrip "verschuldigde loon" moet worden geïnterpreteerd conform de Belgische omzetting van detacheringrichtlijn 96/71. Dat zou betekenen dat het gaat om de lonen, voordelen en vergoedingen die verschuldigd zijn krachtens algemeen verbindend verklaarde cao's, met uitzondering van de bijdragen aan aanvullende bedrijfspensioenregelingen.¹⁷ Forfaitaire kostenvergoeding die wel onder het loonbegrip van de loonbeschermingswet vallen, kwalificeren dus niet als "verschuldigd loon". Nochtans is

de Belgische omzetting van de specifieke regeling op dit vlak nog steeds ruimer dan de handhavingsrichtlijn 2014/67 oplegt.¹⁸ De handhavingsrichtlijn 2014/67 legt namelijk een aansprakelijkheid op voor het "achterstallige nettoloon dat met het minimumloon overeenkomt."¹⁹

De specifieke hoofdelijke loonaansprakelijkheid heeft betrekking op het deel van het loon van de werknemer dat overeenstemt met de arbeidsprestaties die de werknemer verricht voor de betrokkene. Men kan een onderscheid maken tussen twee situaties:

- 1) De hoofdelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever in de rechtstreekse relatie met zijn aannemer; en²⁰
- 2) De hoofdelijke aansprakelijkheid van de (intermediaire) aannemer in de rechtstreekse relatie met zijn onderaannemer.²¹

DE OPDRACHTGEVER IN RELATIE TOT DE AANNEMER

De opdrachtgever die een beroep doet op een aannemer is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon van de werknemer, verschuldigd door de werkgever-aannemer, dat overeenstemt met de arbeidsprestaties die de werknemer heeft verricht voor de opdrachtgever.

Een schriftelijke verklaring: geen hoofdelijke loonaansprakelijkheid

De opdrachtgever kan aan de hoofdelijke aansprakelijkheid ontsnappen wanneer hij een schriftelijke verklaring kan voorleggen.

Die verklaring moet door de opdrachtgever en door de aannemer worden ondertekend. De verklaring kan in een afzonderlijk document worden opgenomen, maar het kan ook een clause zijn in de aannemingsovereenkomst.²²

Deze verklaring bestaat uit twee onderdelen:

- 1) De bevestiging dat de opdrachtgever aan zijn aannemer de coördinaten heeft bezorgd van de internetsite van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg waar de inlichtingen betreffende het verschuldigd loon zijn opgenomen: <https://www.minimumlonen.be>.
- 2) De bevestiging van de aannemer dat hij het verschuldigde loon van zijn werknemers betaalt en zal betalen.



Kennis in hoofde van de opdrachtgever: toch hoofdelijke loonaansprakelijkheid

Weet de opdrachtgever dat de aannemer zijn loonbetalingsverplichting niet of slechts gedeeltelijk nakomt, dan kan hij zich niet op die verklaring beroepen. De opdrachtgever zal aansprakelijk zijn voor toekomstige loonachterstallen.

- De kennis van de opdrachtgever kan bijvoorbeeld worden bewezen door een in kennisstelling door de sociale inspectie. Het bewijs van dergelijke kennis kan echter door alle andere middelen van recht worden geleverd, onder andere ook vermoedens.²³
- De opdrachtgever is hoofdelijk aansprakelijk vanaf het verstrijken van een termijn van 14 dagen vanaf het moment waarop hij kennis kreeg dat de aannemer zijn verplichtingen ten aanzien van de werknemers niet meer nakomt.

DE (INTERMEDIAIRE) AANNEMER IN RELATIE TOT DE ONDERAANNEMER

De aannemer of de intermediaire aannemer (bij een keten van onderaannemers) die een beroep doet op een onderaannemer is hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van het loon van de werknemer, verschuldigd door de werkgever-onderaannemer, dat overeenstemt met de arbeidsprestaties die de werknemer heeft verricht voor de aannemer of intermediaire aannemer.

Een schriftelijke verklaring: geen hoofdelijke loonaansprakelijkheid

De aannemer en de intermediaire aannemer kunnen aan de hoofdelijke aansprakelijkheid ontsnappen wanneer zij een schriftelijke verklaring kunnen voorleggen.

Die verklaring moet door hen en door de onderaannemer worden ondertekend en bestaat uit twee onderdelen:

- 1) De bevestiging dat de (intermediaire) aannemer aan de onderaannemer de coördinaten heeft bezorgd van de internetsite van de FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg waar de inlichtingen betreffende het verschuldigd loon zijn opgenomen: <https://www.minimumlonen.be>.
- 2) De bevestiging van de onderaannemer dat hij het verschuldigde loon van zijn werknemers betaalt en zal betalen.

Kennis in hoofde van de (intermediaire) aannemer: toch hoofdelijke loonaansprakelijkheid

Wanneer de (intermediaire) aannemer weet dat de onderaannemer zijn loonbetalingsverplichting niet of slechts gedeeltelijk nakomt, dan kan hij zich niet op die verklaring beroepen. De (intermediaire) aannemer zal dan aansprakelijk zijn voor toekomstige loonachterstallen.

- De kennis van de (intermediaire) aannemer kan bijvoorbeeld worden bewezen door een in kennisstelling door de sociale inspectie.
- De (intermediaire) aannemer is hoofdelijk aansprakelijk vanaf het verstrijken van een termijn van 14 dagen vanaf het moment waarop hij kennis kreeg dat de onderaannemer zijn verplichtingen ten aanzien van de werknemers niet meer nakomt.

AANPLAKKINGSVERPLICHTING

De sociaal inspecteurs kunnen opdrachtgevers, aannemers en intermediaire aannemers in kennis stellen dat hun aannemers of rechtstreekse onderaannemers hun verplichting niet nakomen om het verschuldigd loon te betalen aan hun werknemers.²⁴

De werkgever-(onder)aannemer krijgt een afschrift van die kennisgeving en moet deze aanplakken op de plaats waar de bouwactiviteiten plaatsvinden.²⁵ Komt de werkgever-(onder)aannemer deze aanplakingsverplichting niet na, dan rust deze verplichting op de hoofdelijk aansprakelijke persoon of personen.

Op die manier wordt verzekerd dat alle werknemers die daar werkzaam zijn, alsook hun vertegenwoordigers, in kennis worden gesteld van de inbreuk (van de werkgever) en de identiteit van de hoofdelijk aansprakelijke persoon.



DE ALGEMENE REGELING VAN HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

Terwijl de specifieke regeling van hoofdelijke loonaansprakelijkheid geldt tussen rechtstreekse contractanten, heeft de algemene regeling van hoofdelijke loonaansprakelijkheid een impact op alle deelnemers in de keten van onderaanneming.

EEN RUIM TOEPASSINGSGEBIED

De algemene regeling van hoofdelijke loonaansprakelijkheid beperkt zicht niet tot bouwactiviteiten, maar kent een veel ruimer toepassingsgebied in negen sectoren:

- 1) de bewakings- en of toezichtsdiensten;
- 2) het bouwbedrijf;
- 3) de elektriciens: installatie en distributie;
- 4) de stoffering en de houtbewerking;
- 5) de metaal-, machine- en elektrische bouw;
- 6) de landbouw;
- 7) de schoonmaak;
- 8) het tuinbouwbedrijf;
- 9) de voedingsnijverheid en handel in voedingswaren (bepaalde activiteiten).

Het toepassingsgebied wordt telkens bepaald bij KB. Initieel was deze algemene regeling ook van toepassing op bepaalde transportactiviteiten, maar dat KB werd vernietigd door de Raad van State.

ONTSTAAN VAN DE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

De hoofdelijke aansprakelijkheid vindt pas toepassing nadat de opdrachtgevers, aannemers en onderaannemers door de sociale inspectie schriftelijk in kennis zijn gesteld van de 'zwaarwichtige tekortkomingen' bij de betaling van de lonen. De beoordelingsvrijheid van de sociale inspectie is groot, maar het laagste loonbarema in de sector is in principe de referentie om die zwaarwichtigheid te beoordelen.

OMVANG VAN DE HOOFDELIJKE LOONAANSPRAKELIJKHEID

DUUR: MAXIMUM ÉÉN JAAR

De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt enkel voor het loon dat opeisbaar is geworden tijdens de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Het is de sociale inspectie die deze periode bepaalt in de kennisgeving aan de opdrachtgever, de aannemer of de onderaannemer.

- De periode vangt aan na het verstrijken van 14 werkdagen na de kennisgeving.
- De duur van de hoofdelijke aansprakelijkheid is beperkt tot één jaar.

HET VERSCHULDIGDE LOON

De algemene regeling heeft betrekking op het begrip loon zoals bepaald in de loonbeschermingswet: (i) het loon in geld, of de in geld waardeerbare voordelen, (ii) waarop de werknemer recht heeft (iii) ingevolge zijn dienstbetrekking en (iv) ten laste van de werkgever, ook als de voordelen niet worden toegekend als tegenprestatie voor verrichte arbeid.²⁶

De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt enkel voor toekomstige loonschulden, niet voor de loonschulden die dateren van voor de aanvang van de periode van hoofdelijke aansprakelijkheid.

De hoofdelijk aansprakelijke staat trouwens ook in voor de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen.²⁷

DE AANMANING DOOR WERKNEMER OF SOCIALE INSPECTIE

Wie hoofdelijk aansprakelijk is, moet zelf de lonen van de betrokken werknemers betalen wanneer hij hiertoe met een aangetekend schrijven wordt aangehouden. Dit kan gebeuren door de sociale inspectie of door een van de betrokken werknemers.



De hoofdelijk aansprakelijke kan het bedrag van het loon beperken tot de prestaties die voor hem werden geleverd. De bewijslast van de omvang van de prestaties ligt bij hem. Indien de aanmaning uitgaat van de inspectie dan wordt de aansprakelijkheid sowieso beperkt tot de geleverde prestaties.

ACTIEMOGELIJKHEDEN

Opdrachtgevers, aannemers en onderaannemers kunnen zich niet onttrekken door een schriftelijke verklaring af te leggen. Wel kunnen zij contractuele afspraken maken waarbij zij de gevolgen regelen van een kennisgeving. Denk bijvoorbeeld aan een eenzijdige beëindiging van de overeenkomst of een korte opzeggingstermijn.²⁸

03

VERGELIJKEND OVERZICHT

	Algemene regeling	Nieuwe hoofdelijke aansprakelijkheid
Wie?	Onrechtstreekse medecontractanten (alle ondernemingen in de onderaannemersketen)	Enkel tussen de opdrachtgever, aannemer of intermediaire aannemer voor zijn rechtstreekse contractant (directe contractuele relatie)
Start aansprakelijkheid?	14 werkdagen na de verwittiging door de sociale inspectie	Aansprakelijkheid geldt automatisch (geen voorafgaande kennisgeving nodig), tenzij schriftelijke verklaring.
Welke loonschulden?	Enkel toekomstige loonschulden	Alle loonschulden vanaf het sluiten van de aannemingsovereenkomst
Buiten toepassingsgebied?	Opdrachtgever-natuurlijke persoon die werken of diensten uitsluitend voor privédoeleinden laat uitvoeren	Opdrachtgever-natuurlijke persoon die werken of diensten uitsluitend voor privédoeleinden laat uitvoeren
Duur aansprakelijkheid?	Maximum 1 jaar	Geen beperking in de tijd

Leen Lafourt, Legal Expert

Yves Stox, Senior Legal Counsel

- 1 Art. 35/6/1 tot art. 35/6/5 loonbeschermingswet.
- 2 Art. 35/6/2 loonbeschermingswet.
- 3 Art. 35/6/1, 1° loonbeschermingswet.
- 4 Art. 20, §2 van het KB nr. 1 van 29 december 1992 met betrekking tot de regeling voor de voldoening van de belasting over de toegevoegde waarde. Worden eveneens bedoeld:
 - 1° iedere handeling die tot voorwerp heeft zowel de levering als de aanhechting aan een gebouw:
 - a) van de bestanddelen of een gedeelte van de bestanddelen van een installatie voor centrale verwarming of airconditioning, daaronder begrepen de branders, de reservoirs en de regel- en controletoeestellen verbonden aan de ketels of aan de radiatoren;
 - b) van de bestanddelen of een gedeelte van de bestanddelen van een sanitaire installatie van een gebouw en, meer algemeen, van alle vaste toestellen voor sanitair of hygiënisch gebruik aangesloten op een waterleiding of een riool;
 - c) van de bestanddelen of een gedeelte van de bestanddelen van een elektrische installatie van een gebouw, met uitzondering van toestellen voor de verlichting en van lampen;
 - d) van de bestanddelen of een gedeelte van de bestanddelen van een elektrische belinstallatie, van brandalarmtoestellen, van alarmtoestellen tegen diefstal en van een huistelefoon;
 - e) van opbergkasten, gootstenen, gootsteenkasten en meubels met ingebouwde gootsteen, wastafels en meubels met ingebouwde wasbak, zuigkappen, ventilators en luchtverversers waarmee een keuken of badkamer is uitgerust;
 - f) van luiken, rolluiken en rolgordijnen die aan de buitenkant van het gebouw worden geplaatst;
 - 2° iedere handeling die tot voorwerp heeft zowel de levering van wandbekleding of vloerbedekking als de plaatsing ervan in een gebouw, ongeacht of die bekleding of bedekking aan het gebouw wordt vastgehecht of eenvoudig ter plaatse op maat wordt gesneden volgens de afmetingen van de te bedekken oppervlakte;
 - 3° ieder werk dat bestaat in het aanhechten, het plaatsen, het herstellen, het onderhouden en het reinigen van goederen bedoeld in 1° of 2° hierboven.

Wordt ook bedoeld de terbeschikkingstelling van personeel met het oog op het verrichten van een werk in onroerende staat of van een onder 1°, 2° of 3°, hierboven bedoelde handeling.
- 5 Art. 35/6/1, 2° loonbeschermingswet.
- 6 Art. 35/6/1, 3° loonbeschermingswet.
- 7 Art. 35/6/3, §1, in fine loonbeschermingswet.
- 8 B. Croimans en F. Van Overmeiren, "Hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden: eerste beoordeling van de juridische en praktische gevolgen", Or. 2014/4, 108.
- 9 Art. 30bis, §10 RSZ-wet.
- 10 Art. 35/6/1, 4° loonbeschermingswet.
- 11 Art. 35/6/1, 5° loonbeschermingswet.
- 12 Art. 35/6/1, 6° loonbeschermingswet.
- 13 Art. 35/6/2 loonbeschermingswet.
- 14 Art. 35/6/1, 9° loonbeschermingswet.
- 15 Memorie van toelichting, Parl. st. Kamer 2016/2017, DOC 54 2091/001, blz. 21.
- 16 Memorie van toelichting, Parl. st. Kamer 2016/2017, DOC 54 2091/001, blz. 27.
- 17 Art. 5, §1 Wet van 5 maart 2002 betreffende de arbeids-, loon- en tewerkstellingsvoorwaarden in geval van detachering van werknemers in België en de naleving ervan.
- 18 Advies van de Raad van State, Parl. st. Kamer 2016/2017, DOC 54 2091/001, blz. 127.
- 19 Art. 12.1 handhavingsrichtlijn 2014/67.
- 20 Art. 35/6/3, §1 loonbeschermingswet.
- 21 Art. 35/6/3, §2 loonbeschermingswet.
- 22 Memorie van toelichting, Parl. st. Kamer 2016/2017, DOC 54 2091/001, blz. 30.
- 23 Memorie van toelichting, Parl. st. Kamer 2016/2017, DOC 54 2091/001, blz. 34.
- 24 Art. 49/3 Sociaal strafwetboek.
- 25 Art. 35/6/4 loonbeschermingswet.
- 26 Art. 2 eerste lid loonbeschermingswet.
- 27 Art. 78 programmawet van 29 maart 2012.
- 28 B. Croimans en F. Van Overmeiren, "Hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden: eerste beoordeling van de juridische en praktische gevolgen", Or. 2014/4, 113-114.



SCHIJNZELFSTANDIGHEID? HET RISICO IS GROTER DAN U DENKT

Een onderneming sluit een samenwerkingsovereenkomst met een zelfstandige. Maar wanneer de feitelijke uitvoering niet overeenstemt met de afspraken op papier ontstaat het risico op schijnzelfstandigheid.

Meestal worden twee aspecten belicht. De RSZ kan claimen dat de betrokkene eigenlijk werknemer is, zodat RSZ-bijdragen verschuldigd zijn. De schijnzelfstandige kan op zijn beurt een opzeggingsvergoeding, vakantiegeld, eindejaarspremie en loonindexeringen vorderen.

Maar daarmee is de kous niet af. De financiële gevolgen zijn potentieel veel groter. De schijnzelfstandige/werknemer kan vragen dat de opdrachtgever/werkgever de schade herstelt die het gevolg is van de niet betaling van de RSZ-bijdragen. Op die manier kan de werkgever toch nog worden veroordeeld tot betaling van de RSZ-bijdragen vanaf de start van de samenwerking (Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N, www.juridat.be).

WAT IS SCHIJNZELFSTANDIGHEID?

Partijen kiezen vrij de aard van de samenwerking: een arbeidsovereenkomst als werknemer of een samenwerkingsovereenkomst als zelfstandige. Een herkwalificatie is slechts mogelijk wanneer er in de praktijk voldoende elementen zijn die onverenigbaar zijn met de gekozen kwalificatie in de overeenkomst.

Wanneer is er sprake van schijnzelfstandigheid? Dat moet worden nagegaan aan de hand van drie criteria, naast de wil van de partijen zoals die blijkt uit de overeenkomst. Een korte bespreking van elk criterium vindt u hieronder, al valt in de praktijk een zekere graad van interactie tussen de criteria niet te ontkennen.

Criterion 1:

De vrijheid van organisatie van de werktijd

Dit criterium betreft de vrije organisatie van de tijdsbesteding. De zelfstandige kan zelf beslissen wanneer het werk wordt uitgevoerd. Hij of zij moet dus niet aanwezig zijn volgens een werktijdregeling of uurrooster opgelegd door de opdrachtgever. De grens tussen wat kan en niet kan is smal.

De verplichting om tijdens bepaalde uren te werken om commerciële of organisatorische redenen is op zich geen aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Wel moet de zelfstandige een zekere vrijheid behouden met betrekking tot de organisatie en de praktische uitvoering van het werk.

Criterion 2:

De vrijheid van organisatie van het werk

Een precieze omschrijving van de taken en precieze instructies van een hiërarchische meerdere wijzen op een arbeidsovereenkomst.

Toch kunnen algemene richtlijnen en verplichtingen verenigbaar zijn met een zelfstandige samenwerking. Dan moet u wel aantonen dat die het gevolg zijn van de aard van de uitgeoefende activiteit of noodzakelijk zijn om een vastgesteld resultaat te verwezenlijken. Ook controle van de kwaliteit van het geleverde werk kan wanneer precieze instructies achterwege blijven.

Criterion 3:

De mogelijkheid een hiërarchische controle uit te oefenen

De mogelijkheid om te worden gecontroleerd of onder toezicht te staan is een aanwijzing voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Schijnzelfstandigheid kan zich dus ook voordoen als deze controle niet daadwerkelijk wordt uitgeoefend.



KUNT U ZICH CONTRACTUEEL BESCHERMEN TEGEN SCHIJNZELFSTANDIGHEID?

In de samenwerkingsovereenkomst bepalen dat de zelfstandige de opdrachtgever vrijwaart tegen een vordering van de RSZ tot betaling van RSZ-bijdragen is niet geldig. Als werkgever staat u in voor de betaling van de RSZ-bijdragen (art. 23 RSZ-wet). Dat geldt zowel voor de werkgevers- als de werknemersbijdragen. U kunt die niet verhalen op de schijnzelfstandige/werknemer (art. 26, lid 1 RSZ-wet).

Bovendien moet u als werkgever het nadeel herstellen dat de schijnzelfstandige/werknemer heeft geleden door het niet betalen van de RSZ-bijdragen (art. 26, lid 2 RSZ-wet). Deze verplichting is de grondslag voor de vordering tot schadeherstel door de schijnzelfstandige/werknemer tegen de opdrachtgever/werkgever.

DE VERJARING, EEN DOEKJE VOOR HET BLOEDEN?

De verjaring beperkt de financiële impact van een herkwalificatie. De vorderingen van de RSZ tegen een werkgever verjaren in principe na 3 jaar. De RSZ kan dus geen RSZ-bijdragen vorderen op basis van de facturatie die verder teruggaat in de tijd.

Maar de schijnzelfstandige zelf kan wel verder teruggaan in de tijd. Wanneer de schijnzelfstandige een vergoeding van de schade vordert op grond van een misdrijf geldt een verjaringstermijn van vijf jaar die begint te lopen vanaf het laatst strafbare feit (art. 26 V.T.Sv. en art. 2262bis BW). Dat kan wel niet zomaar. Als voorwaarde geldt dat de opeenvolgende strafbare feiten – het niet betalen van RSZ-bijdragen – worden beschouwd als één misdrijf door de eenheid van misdadig opzet in hoofde van de dader/werkgever.

Zo ontstaat er dus een situatie die haast overeenkomt met een onverjaarbaarheid. De schijnzelfstandige/werknemer kan schadeherstel vragen voor het niet betalen van RSZ-bijdragen vanaf de eerste dag van de samenwerking met de opdrachtgever/werkgever.

DE SCHADE EN HET BEDRAG VAN DE SCHADEVERGOEDING?

Het niet betalen van de RSZ-bijdragen in geval van schijnzelfstandigheid heeft in de eerste plaats nadelige gevolgen voor het ouderdomspensioen van de schijnzelfstandige/werknemer. Het loon onderworpen aan RSZ-bijdragen moet mee in aanmerking worden genomen voor de berekening van het ouderdomspensioen in het stelsel van de werknemers. Dit werknemerspensioen is in de regel hoger dan het ouderdomspensioen als zelfstandige. De schijnzelfstandige/werknemer kan dus een schadevergoeding instellen voor het tekort aan pensioen dat hij of zij zal ontvangen.

Sommige rechtspraak gaat het bedrag van de vergoeding bepalen als het verschil tussen 1° het gekapitaliseerde bedrag van het toekomstige ouderdomspensioen als werknemer voor de periode van schijnzelfstandigheid en 2° het bedrag van het toekomstige ouderdomspensioen als zelfstandige voor diezelfde periode (Arbeidshof 14 oktober 2009, 24 maart 2010, 29 mei 2012, Soc.Kron. 2014, 477).

Het Hof van Cassatie aanvaardt evenwel dat u als opdrachtgever/werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de RSZ-bijdragen. Dit herstel van de schade in natura is namelijk de normale wijze van vergoeding van schade. Op die manier wordt u als de opdrachtgever/werkgever verplicht tot betaling van alle RSZ-bijdragen, zowel de werknemers als de werkgeversbijdragen. Deze retroactieve betaling van RSZ-bijdragen heeft niet alleen betrekking op de pensioenbijdragen (7,50% werknemersbijdragen en 8,86% werkgeversbijdragen), maar op alle takken van de sociale zekerheid (Arbeidshof Brussel 1 april 2009 en 30 maart 2011, Soc.Kron. 2011, 335). Een aanpak die makkelijker is voor de schijnzelfstandige/werknemer want actuariële berekeningen worden zo overbodig.

Yves Stox,
Senior Legal Counsel



COLOFON

Partena – vereniging zonder winstoogmerk – sociaal secretariaat van werkgevers erkend door MB van 3 maart 1949 met nr. 300
Maatschappelijke zetel: Kartuizersstraat 45, 1000 Brussel, btw BE 0409.536.968.

Verantwoordelijke uitgever: Alexandre Cleven. Hoofdredacteur: Francis Verbrugge, fverbrugge@partena.be, tel. 02-549 32 23.
Werken mee aan dit nummer: Leen Lafourt, Yves Stox, Philippe Van den Abbeele.

Verschijnt niet in juli en augustus. De overname van teksten, zelfs gedeeltelijk, is slechts toegestaan na schriftelijke toestemming van de redactie en mits de bron wordt vermeld. De redactie streeft naar betrouwbaarheid van de gepubliceerde informatie, maar kan niet aansprakelijk worden gesteld voor de juistheid ervan.

39^e jaar – maandblad