



© H. Van Elslande

LOONTREKKENDE OF ZELFSTANDIGE GEEN VRIJE KEUZE

De laatste maanden is er een verscherpt toezicht op het fenomeen van de schijnzelfstandigheid. Vaak gaat men ervan uit dat iemand die een factuur opmaakt of sociale bijdragen betaalt als zelfstandige, automatisch ook een zelfstandige is. Dit is echter niet zo. Er zijn een aantal regels afgesproken en gepubliceerd waarmee men in de praktijk rekening moet houden, ook voor de land- en tuinbouw.

.....
Chris Botterman, hoofd Sociale Zaken Boerenbond

Wanneer er in de land- of tuinbouw bepaalde werken uitgevoerd moeten worden waarvoor men externe arbeidskrachten nodig heeft, overweegt men soms om een beroep te doen op een zelfstandige in plaats van te werken met loontrekkenden. Op zich is daar niets verkeerd mee. Cruciaal is wel dat het om een échte zelfstandige moet gaan. Men kan inderdaad niet vrij zijn statuut kiezen. De zogenaamde zelfstandige mag niet economisch afhankelijk zijn van de land- en tuinbouwer die hem het werk heeft toevertrouwd. Tijdens een sociale controle zal gevraagd worden of de persoon die de werken uitvoert wel degelijk een zelfstandige is of dat hij toch een loontrekkende is. Als blijkt dat het gaat over iemand die als werknemer aangegeven had moeten worden, heeft men te maken met schijnzelfstandigheid. Op 28 juni 2013 is er een koninklijk besluit gepubliceerd voor de land- en tuinbouwsector dat belangrijk is om

schijnzelfstandigheid te kunnen detecteren. Daarnaast is er ook een tweede koninklijk besluit gepubliceerd over de mogelijke aansprakelijkheid wanneer een aannemer, die bij een land- of tuinbouwer werken uitvoert, zijn werknemers niet het correcte loon betaalt.

Vier sectoren met een verhoogd risico

In augustus 2012 werd er in het Belgisch Staatsblad al een wet gepubliceerd die de problematiek van de schijnzelfstandigheid regelt. In deze wet worden vier sectoren aangeduid als sectoren met een verhoogd risico voor het aantreffen van oneigenlijke of schijnzelfstandigen, namelijk uitvoeren van werken in onroerende staat, de bewakingssector, de schoonmaaksector en het transport van goederen en personen. In deze opsomming kwam de land- en tuinbouwsector aanvankelijk niet voor. Men zou de indruk kunnen

hebben dat dit positief is. Verder zullen we moeten vaststellen dat dit niet het geval is.

In de voornoemde wet zijn voor de vier risicosectoren elf criteria opgenomen die gehanteerd moeten worden om na te gaan of een arbeidsrelatie een verhouding opdrachtgever-zelfstandige of een verhouding werkgever-werknemer is. Wanneer minstens zes van de elf criteria vervuld zijn, wordt er wettelijk vermoed dat het gaat over een loontrekkende en dat het geen samenwerking met een zelfstandige betreft. Men kan dit vermoeden, dat weerlegbaar is, natuurlijk ongedaan proberen te maken voor de arbeidsrechtbank, maar dat is niet altijd eenvoudig. Zeer belangrijke feitelijke gegevens kunnen niet als argument ingeroepen worden.

Naast deze elf bijzondere criteria zijn er ook enkele algemene criteria die toegepast kunnen worden om een

situatie te beoordelen. Het gaat hierbij onder meer over de wil van de partijen. In de praktijk wordt vaak vergeten dat het feit dat een aannemer-zelfstandige facturen maakt, sociale bijdragen betaalt als zelfstandige, op zijn facturen btw aanrekent en die afdraagt aan de fiscus, als zelfstandige zelf ook belastingen betaalt, een ondernemingsnummer heeft als zelfstandige, ..., nooit als argument ingeroepen kan worden om aan te tonen dat er samengewerkt zou zijn met een zelfstandige. Enkel criteria die te maken hebben met de sociaaleconomische (on)afhankelijkheid van de beweerde zelfstandige kunnen in overweging genomen worden bij de beoordeling.

Land- en tuinbouw vijfde risicosector

De land- en tuinbouwsector werd niet vermeld in de initiële lijst van zogenaamde risicosectoren of -activiteiten maar er is voor onze sectoren wel een andere moeilijkheid, namelijk dat het uitvoeren van werken in onroerende staat wel is opgenomen in die lijst! Heel wat werkzaamheden in de land- en tuinbouw zijn juist werken in onroerende staat. Deze omschrijving is dus veel ruimer dan alleen maar de bouwsector. **Alle werken aan bomen en planten die met wortels in de grond staan, of grondwerken** (bv. ploegen of de grond zaaiklaar maken) zijn werken in onroerende staat. Het oogsten van bv. planten in volleggrond is een werk in onroerende staat. Doordat er in de land- en tuinbouw heel wat werken in onroerende staat uitgevoerd worden, zouden wij in de praktijk toch rekening moeten houden met de elf criteria die in de wet opgenomen zijn (zie hierboven). Bovendien zijn de opgenomen criteria eerder geschreven op maat van de bouwsector en sectoren die bepaalde installatiewerken doen, en houden ze geen rekening met de specifieke werkomstandigheden in onze sectoren.

Wij stelden voor om onze sectoren als vijfde sector in de wet toe te voegen wat ook is gebeurd. Hierdoor konden wij een lijst van sectoreigen criteria voor de land- en tuinbouw opstellen. Het koninklijk besluit met de bijzondere criteria voor onze sectoren werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 28 juni 2013.

Tien criteria voor de land- en tuinbouw

Het KB van 28 juni 2013 is van toepassing op alle deelsectoren van de land- en tuinbouw, ook op de **tuinaanleg**. Het KB telt tien criteria voor de beoordeling

van een arbeidsrelatie. We hebben bij de opstelling van de criteria zo veel mogelijk rekening proberen te houden met de wijze waarop het werk in onze sectoren georganiseerd wordt en met de situatie op het terrein. De criteria kunnen als checklist dienen. Ze geven aan de bedrijven op het terrein en ook voor de praktijk meer rechtszekerheid maar zijn echter nog onvoldoende gekend. Aan de hand van deze tien criteria kan een arbeidsrelatie in de land- en tuinbouwsector beoordeeld worden. Wanneer in deze criteria de term 'onderneming' gebruikt wordt, moet het wel degelijk gaan over de eigen onderneming of het eigen bedrijf van diegene die beweert als zelfstandige op te treden, en dus niet over het bedrijf van de medecontractant of de opdrachtgever van de werken (de landbouwer of de tuinder).

Criteria land-en tuinbouw

1. *Ontstentenis van enig financieel of economisch risico in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, zoals dit onder meer het geval is bij ontstentenis van een persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen of bij ontstentenis van een persoonlijke deelname in de winsten en de verliezen van de onderneming.*

Iemand die als zelfstandige optreedt, moet zelf verantwoordelijk zijn voor zijn eigen activiteit en ook eigen middelen investeren in zijn bedrijfsactiviteit. Het inkomen dat men verdient is direct verbonden met de bedrijfsactiviteit. Soms wordt er ook verlies gemaakt. Men moet zich als zelfstandige persoonlijk geëngageerd hebben met zijn eigen financiële middelen in de zelfstandige activiteit.

2. *Ontstentenis van verantwoordelijkheid en beslissingsmacht aangaande de financiële middelen van de onderneming in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert.*

De zelfstandige moet zelf de financiële risico's van zijn eigen bedrijf dragen en in dit verband autonoom beslissingen kunnen nemen.

3. *Ontstentenis van beslissingsmacht over het aankoopbeleid van de onderneming in hoofde van diegenen die de werkzaamheden uitvoert.*

De zelfstandige moet zelf de nodige aankopen van grondstoffen, materi-

aal, machines, werktuigen, ..., voor zijn eigen bedrijvigheid kunnen doen. Hij kan daarvoor niet afhankelijk zijn van een derde.

4. *Ontstentenis van beslissingsmacht over het prijsbeleid van de onderneming in hoofde van diegene die de werkzaamheden uitvoert, behoudens wanneer de prijzen wettelijk zijn vastgelegd.*

De zelfstandige moet zelf zijn prijzen, uurtarieven, ..., kunnen vastleggen en die ook kunnen aanpassen als hij dat wil. Hij moet in dit verband over een volledige of grote autonomie beschikken.

5. *De garantie op betaling van een vaste vergoeding ongeacht de omvang van de prestaties geleverd door diegene die de werkzaamheden uitvoert.*

Wanneer er een vaste vergoeding betaald wordt die geen rekening houdt met het volume of de duur van het uit te voeren werk, doet dit niet meteen denken aan een zelfstandige.

6. *Het ontbreken van de mogelijkheid om voor de uitvoering van het overeengekomen werk eigen personeel aan te werven of zich te laten vervangen.*

Een zelfstandige moet de mogelijkheid hebben om zelf eigen medewerkers aan te werven. Dit kan niet van de goedkeuring van een derde, bijvoorbeeld de medecontractant, afhankelijk zijn. Hij kan zich ook laten vervangen door een collega wanneer het te druk is. Hij moet dat zelf kunnen beslissen zonder de toestemming van de medecontractant of van wie dan ook.

7. *Het zich niet voordoen als een onderneming ten overstaan van andere personen, zoals dit onder meer het geval is wanneer geen gebruik wordt gemaakt van een logo of een eigen bedrijfsnaam, of hoofdzakelijk of gewoonlijk voor één en dezelfde medecontractant werken.*

Een zelfstandige moet herkenbaar zijn voor de buitenwereld en een eigen bedrijfsnaam en logo hebben. Wanneer men ook bijna uitsluitend werken verricht voor dezelfde opdrachtgever wijst dat ook in de richting van een economische afhankelijkheid.

8. *Het uitsluitend of hoofdzakelijk werken met materiaal of vervoermiddelen ter beschikking gesteld, gefinancierd of gewaarborgd door de medecontractant.*

Een zelfstandige moet werken met zijn eigen materiaal en machines en moet ook zelf instaan voor zijn verplaatsingen en dit met een eigen voertuig. Wanneer men hiervoor van de medecontractant afhankelijk is, wijst dat niet in de richting van een echte zelfstandigheid.

9. *Het ontbreken van onafhankelijkheid van diegene die de werkzaamheden uitvoert ten overstaan van de medecontractant wat zijn logies betreft.*

Een zelfstandige moet zelf zijn verblijfplaats hebben en mag niet afhankelijk zijn van een medecontractant voor zijn huisvesting.

10. *Werken op dezelfde plaatsen als de werknemers van de medecontractant, dezelfde werkzaamheden uitvoeren als hen en niet over een gespecialiseerde beroepskennis beschikken nodig voor de uitvoering van de werkzaamheden.*

Wanneer een zelfstandige werkt tussen de eigen werknemers van een land- of tuinbouwer, zal die wellicht aan dezelfde activiteiten bezig zijn als deze loontrekkenden. Wanneer men niet over de nodige kennis beschikt die toch van een zelfstandige verwacht moet kunnen worden, wijst dat in de richting van een mogelijks schijnzelfstandige.

Toepassing van de criteria

Wanneer men in een concrete situatie de hierboven vermelde criteria toepast, geldt er alleen een vermoeden dat de persoon die werkzaamheden uitvoert een loontrekkende is als minstens de helft van de criteria vervuld is. Men moet dus niet elk criterium op zich bekijken. Het gaat om de globale beoordeling waarbij de totaliteit van de criteria in de beoordeling wordt mee genomen. Deze lijst, die zeer concrete aspecten bevat van hoe er op het terrein gewerkt wordt, kan gebruikt worden als checklist als er met een bepaalde persoon op een zelfstandige basis samengewerkt wordt. Op die manier kan men problemen achteraf voorkomen.

Mogelijke gevolgen

Als er effectief sprake is van schijnzelfstandigheid zal er een hele reeks inbreuken vastgesteld moeten worden. Er is geen Dimona-aangifte gebeurd voor de persoon die geacht wordt loontrekkende te zijn, er zijn geen socialezekerheidsbijdragen betaald in het systeem van de werknemersrege-

ling, er is geen arbeidsongevallenverzekering afgesloten, er is geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, De gevolgen kunnen dus vrij zwaar zijn. Wij adviseren daarom om deze lijst effectief in de praktijk te gebruiken als een checklist.

Niet correcte betaling van het loon door aannemers in de land- en tuinbouw

Op 28 augustus 2013 verscheen er in het Belgisch Staatsblad ook een koninklijk besluit waardoor de medecontractant of de opdrachtgever van de werken (de land- of tuinbouwer) de bestaande aannemingsovereenkomst onmiddellijk kan beëindigen als blijkt dat de aannemer zijn werknemers niet het correcte loon betaald heeft. Als men niet onmiddellijk actie onderneemt, loopt men als opdrachtgever het risico zelf hoofdelijk aansprakelijk geacht te worden om aan de werknemers van de aannemer het ontbrekende loon te betalen. Om dit te voorkomen hebben wij op gezamenlijk voorstel van de sociale partners van het P.C. Land- en Tuinbouw een afzonderlijk koninklijk besluit kunnen bekomen dat ook leidt tot een grotere rechtszekerheid op het terrein.

We geven kort nog even de voornaamste elementen mee.

- Er kan alleen maar sprake zijn van een mogelijke hoofdelijke aansprakelijkheid voor de betaling van de lonen van de aannemer nadat de inspectie eerst een verwittiging gaf. De mogelijke aansprakelijkheid geldt dus alleen voor de toekomst. Men wordt vooraf verwittigd en kan dus nooit verrast zijn.
- De opdrachtgever moet de aannemer in gebreke stellen via een aangetekende brief.
- De som die nog aan de aannemer betaald moet worden voor de uitgevoerde werken volstaat niet om de lonen van het personeel van de aannemer te betalen.
- De aannemer is binnen de veertien dagen na de verwittiging van de inspectie op de hoogte gebracht dat er mogelijk gebruik gemaakt zou kunnen worden van de mogelijkheid om het contract te beëindigen.

Als deze voorwaarden vervuld zijn, kan een bestaande aannemingsovereenkomst beëindigd worden en loopt men dus geen risico om zelf te moeten instaan voor de uitbetaling van het



ontbrekende loon aan de werknemers van de aannemer. Het is van essentieel belang om eventuele verwittigingen van de inspectie in het oog te houden voor zover die betrekking hebben op de lonen die de aannemer nog moet betalen aan zijn werknemers. ■

Belangrijk advies !

Iedere keer dat er gewerkt wordt met een zelfstandige op het land- of tuinbouwbedrijf of in de tuinaanleg is het belangrijk deze tien criteria te overlopen om er zeker van te zijn dat men op een goede manier werkt en geen schrik moet hebben bij een eventuele sociale controle.