

N Evaluatie ARW A
MH/JC/AS
738-2015

Brussel, 15 december 2015

ADVIES

inzake

DE EVALUATIE VAN DE ARBEIDSRELATIEWET

In hun brief van 22 april 2015 hebben de Minister van Werk Kris Peeters, de Minister van Middenstand Willy Borsus en de staatssecretaris voor Bestrijding van de sociale fraude Bart Tommelein, het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd inzake de evaluatie van de arbeidsrelatiewet.

Na raadpleging van de bij de Hoge Raad vertegenwoordigde betrokken beroeps- en interprofessionele organisaties, de organisatie samen met de andere bevroagde organismen van een hoorzitting op 2 juli 2015 en vergaderingen van een commissie ad hoc op 15 september en 9 november 2015, heeft de Hoge Raad op 15 december 2015 onderstaand advies inzake de evaluatie van de arbeidsrelatiewet uitgebracht.

INLEIDING

In de adviesvraag wordt aan de Hoge Raad gevraagd een grondige evaluatie te maken waarin met kritische blik gekeken wordt naar de effectiviteit van de arbeidsrelatiewet en aangegeven wordt welke initiatieven er genomen kunnen worden om deze wet verder te optimaliseren. Deze vraag werd tevens gesteld aan de Nationale Arbeidsraad, het Algemeen Beheerscomité voor het sociaal statuut van zelfstandigen en het directiecomité van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst.

De arbeidsrelatiewet is geen wet als dusdanig maar een deel van een programmawet namelijk Titel XIII. Aard van de arbeidsrelaties van de programmawet (I) van 27 december 2006 zoals gewijzigd door de wet van 25 augustus 2012. De arbeidsrelatiewet beoogt schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap tegen te gaan en meer rechtszekerheid te bieden door de wijze te bepalen waarop de aard van de arbeidsrelatie moet beoordeeld worden en de oprichting van een rulling commissie.

Concreet voorziet deze wet:

- principes en criteria voor het beoordelen van de arbeidsrelatie:
 - o vrije keuze inzake de aard van de arbeidsrelatie, waarbij de effectieve uitvoering van de overeenkomst moet overeenkomen met de aard van de arbeidsrelatie (art. 331);
 - o herkwalificatie van de overeenkomst wanneer de uitoefening van de arbeidsrelatie voldoende elementen naar voor brengt die onverenigbaar zijn met de gekozen kwalificatie of, indien het een arbeidsrelatie in een zogenaamde risicosector betreft, wanneer de gekozen kwalificatie niet overeenstemt met de aard van de arbeidsrelatie die wordt vermoed en dit vermoeden niet wordt weerlegd (art. 332);
 - o vier algemene criteria die van toepassing zijn op alle arbeidsrelaties (art. 333);
 - o negen specifieke criteria en een weerlegbaar vermoeden voor de arbeidsrelaties in vier sectoren waarvan de wetgever vermoedde dat er in die sectoren specifieke problemen inzake schijnzelfstandigheid bestonden (onroerende werken, bewaking, schoonmaak, transport) (art. 337/1, §1 en 337/2, §1 en §2);
 - o de mogelijkheid om naast de algemene criteria voor één of meerdere beroepen of sectoren aanvullende specifieke criteria op te stellen (art. 334 en 335);
 - o de mogelijkheid om de negen specifieke criteria voor de vier door de wet vastgelegde sectoren of voor hun subsectoren te vervangen of aan te vullen (art. 337/2, §3); → Deze mogelijkheid werd gebruikt door drie van de vier eerder vermelde sectoren: werken in onroerende staat (onroerende werkzaamheden, land- en tuinbouw), bewaking en transport (taxi's, autobussen, goederenvervoer).

- de mogelijkheid andere sectoren onder het weerlegbaar vermoeden en de negen criteria te brengen met dan ook de mogelijkheid die negen criteria te vervangen of aan te vullen (art. 337/1, §2); → Deze mogelijkheid werd gebruikt om het weerlegbaar vermoeden uit te breiden tot alle werkzaamheden die vallen onder het toepassingsgebied van het paritair comité voor de landbouw of van het paritair comité voor het tuinbouwbedrijf.
- de oprichting van de administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie die, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de soevereine macht van hoven en rechtbanken, tot taak heeft beslissingen te nemen betreffende de kwalificatie van een bepaalde arbeidsrelatie (art. 329, 338 en 339).

Ter uitvoering van deze wet werden ook een aantal uitvoeringsbesluiten genomen met betrekking tot de specifieke criteria en het weerlegbaar vermoeden en met betrekking tot de administratieve commissie. De arbeidsrelatiewet en deze uitvoeringsbesluiten duiden we verder aan als de arbeidsrelatiewetgeving.

STANDPUNTEN

1. Te weinig ervaring voor grote hervormingen

De Hoge Raad vindt het nog te vroeg om over te gaan tot grote hervormingen van de arbeidsrelatiewetgeving. Hoewel de arbeidsrelatiewet initieel dateert van december 2006, is deze aangepast in augustus 2012. Deze aanpassingen zijn pas echt in werking getreden na de totstandkoming van de uitvoeringsbesluiten in de periode februari - oktober 2013. De ervaring met deze wetgeving is dus nog beperkt, zeker wat de toepassing van de sectorspecifieke criteria betreft.

2. Geen doeltreffende wetgeving voor aanpak grensoverschrijdende sociale fraude

De Hoge Raad vindt echter wel dat nu reeds kan gesteld worden dat de arbeidsrelatiewetgeving niet doeltreffend is om de problematiek van de grensoverschrijdende sociale fraude waarmee de ondernemingen geconfronteerd worden, aan te pakken. Deze wetgeving heeft namelijk geen impact op de deloyale concurrentie die haar oorsprong in het buitenland vindt zoals het veelvuldig voorkomen van buitenlandse schijnzelfstandigen die vallen onder het sociale zekerheidsstelsel van hun land van oorsprong. Het is net die deloyale concurrentie die een zeer groot probleem vormt voor onze ondernemingen en de overheid moet zich dan ook prioritair bezig houden met het bestrijden daarvan.

Los van de problematiek van de grensoverschrijdende sociale fraude, kan de arbeidsrelatiewetgeving in het kader van 'binnenlandse' arbeidsrelaties wel nuttig zijn in dat opzicht dat ze een houvast en een kader kan bieden om in twijfelgevallen de aard van de arbeidsrelatie te beoordelen en ze op die manier de rechtszekerheid kan verhogen. Zowel zij die een activiteit willen uitoefenen als de opdrachtgevers maar ook de controlediensten, de administratieve commissie en de hoven en rechtbanken vinden in deze wetgeving een kader dat hen helpt om, op een gelijkaardige wijze, de aard van de arbeidsrelatie te beoordelen.

3. Informeren en sensibiliseren

Om 'binnenlandse' schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap tegen te gaan, moet in de eerste plaats geïnvesteerd worden in het informeren en sensibiliseren van de betrokken partijen. Tijdens de op 2 juli 2015 georganiseerde hoorzitting werd door de inspectiediensten gemeld dat de controle van de bestaande wetgeving gezien de complexiteit van de wetgeving een te grote werklast met zich meebrengt en daarom best vereenvoudigd wordt. De Hoge Raad is echter van mening dat aan het onderzoek van dergelijk belangrijke zaken die zeer grote gevolgen kunnen hebben voor de betrokken partijen de nodige tijd moet besteed worden. Een vereenvoudiging doorvoeren louter om de controle te vergemakkelijken is volgens de Hoge Raad geen goede keuze. Anderzijds bevestigt deze opmerking van de inspectiediensten wel dat het hier over een complexe materie gaat. Wanneer de inspectiediensten zeggen dat zij het vaak moeilijk vinden om een arbeidsrelatie correct te beoordelen, zal dat voor de betrokken ondernemingen zeker zo zijn. Het tegengaan van schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap begint dan ook bij het goed informeren en sensibiliseren van de betrokken partijen.

4. De algemene criteria behouden

Tijdens de op 2 juli 2015 georganiseerde hoorzitting werd door de inspectiediensten voorgesteld om het aantal bestaande algemene criteria te verminderen en er vervolgens criteria van sociaal-economische aard aan toe te voegen. De Hoge Raad volgt dit voorstel niet, aangezien dit zou indruisen tegen de rechtszekerheid, de contractuele vrijheid en de gelijkwaardigheid tussen beide stelsels van sociale zekerheid. Gezien de complexiteit en de verscheidenheid van arbeidsrelaties is het bovendien onmogelijk om socio-economische criteria te bepalen die voor alle arbeidsrelaties voldoende pertinent zijn.

5. Geen sectoren stigmatiseren

De aanduiding in de wet van welbepaalde sectoren als risicosectoren die onder het weerlegbaar vermoeden moeten vallen is stigmatiserend voor die sectoren. Die aanduiding is het gevolg geweest van een eenzijdige selectie door de beleidsverantwoordelijken zonder dat men daar alle sectoren en subsectoren in kwestie bij betrokken heeft. In zijn advies over het voorontwerp van de wet van 25 augustus 2012 tot wijziging van de arbeidsrelatiewet merkte de Raad van State bovendien op dat ervoor gewaakt dient te worden dat die keuze van sectoren berust op een objectieve en redelijke verantwoording.¹ De Hoge Raad heeft echter geen weet van dergelijke verantwoording. Op de bouwsector na vinden de representatieve beroepsorganisaties van de sectoren in kwestie dat deze sectoren in realiteit geen risicosectoren zijn en dus ook niet als zodanig door de wetgever moeten aangeduid worden. Indien het nuttig is voor welbepaalde sectoren het stelsel van het weerlegbaar vermoeden en de bijhorende specifieke criteria toe te passen, dan kan men nog deze sectoren op een meer neutrale wijze benoemen en aanduiden zonder hen als risicosectoren te brandmerken.

¹ Advies van de Raad van State 51.174/1 van 10 mei 2012 over het voorontwerp van de wet tot wijziging van Titel XIII van de programmawet (I) van 27 december 2006 wat de aard van de arbeidsrelaties betreft (cf. parlementair document 53K2319001 - <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/53/2319/53K2319001.pdf>)

6. Stelsel weerlegbaar vermoeden beperkt aanpassen

De Hoge Raad is er wel voorstander van het bestaande stelsel van het weerlegbaar vermoeden met de bijhorende aanpasbare specifieke criteria te behouden. Dit stelsel heeft als voordeel dat het een aantal specifieke criteria biedt die weerlegbaar zijn op basis van de algemene criteria. Er is sowieso nog niet voldoende ervaring met de bestaande wetgeving om dit stelsel ingrijpend te veranderen.

De Hoge Raad is wel geïnteresseerd in een meer gedetailleerde evaluatie door de betrokken sectoren zelf van de sectorspecifieke criteria die op hen van toepassing zijn. Hij kan hier alvast meegeven dat de beroepsorganisaties van de sector van het goederenvervoer de specifieke criteria die momenteel op hun sector van toepassing zijn geen goede criteria vinden. In een aantal van deze criteria is namelijk bepaald dat het niet hebben van een getuigschrift of een bewijs van vakbekwaamheid bedoeld in de Verordening (EG) nr. 1071/2009 en in de wet van 3 mei 1999 betreffende het vervoer van zaken over de weg betekent dat men niet aan het criterium voldoet. Dergelijk attest is noodzakelijk om toegang tot het beroep te hebben maar kan echter ook ingebracht worden door een andere persoon. In het unanieme advies van het paritair comité 140.03 van 2 mei 2013 alsook in het advies van de Hoge Raad van 4 juli 2013 werd voor een aantal criteria voorgesteld om, indien de zelfstandige zelf zijn attest van vakbekwaamheid inbrengt in de onderneming, te veronderstellen dat hij voldoet aan die criteria. Daarmee beoogde men dat iemand die zelf zijn attest van vakbekwaamheid heeft behaald en daarvoor geen beroep doet op een derde eerder als zelfstandige beschouwd zou worden. Het niet hebben van dergelijk attest wijst er dus niet op dat men geen zelfstandige is. In het koninklijk besluit werd dus de verkeerde conclusie getrokken. De Hoge Raad vraagt dan ook dat de eerdere adviezen ter zake gevolgd zouden worden.

De Hoge Raad wil wel dat het toepassingsgebied van het stelsel van het weerlegbaar vermoeden wordt aangepast. De beroepsorganisatie die de sector van de binnenscheepvaart vertegenwoordigt, wil niet langer dat deze sector nog onder het stelsel van het weerlegbaar vermoeden valt. De sector van de binnenscheepvaart valt onder de bredere sector van het “vervoer”, zonder dat dit toen de uitdrukkelijke bedoeling was van de bevoegde staatssecretaris en de betrokken sociale partners. Dit moet nog steeds worden rechtgezet.

Bovendien vindt de Hoge Raad dat er, zoals er nu reeds een procedure bestaat om sectoren onder het toepassingsgebied van het stelsel van het weerlegbaar vermoeden te brengen, ook een procedure moet voorzien worden om sectoren uit dat toepassingsgebied te halen. Die nieuwe procedure kan op dezelfde wijze verlopen als de bestaande procedure. Die mogelijkheid om een sector terug uit het toepassingsgebied van het stelsel van het weerlegbaar vermoeden te halen moet niet enkel gelden voor de sectoren die bij koninklijk besluit werden toegevoegd maar ook voor de sectoren die door de wetgever werden aangeduid.

7. Rekening houden met het advies van de sociale partners

Algemeen wil de Hoge Raad wijzen op het belang van de betrokkenheid van de sociale partners bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsrelatiewetgeving. De interprofessionele en beroepsorganisaties zijn bereid mee te werken aan het informeren en sensibiliseren van de zelfstandigen en de kmo's. De sociale partners zijn ook het best geplaatst om de beleidsverantwoordelijken te adviseren over welke sectoren best onder het stelsel van het wettelijk vermoeden thuishoren en welke sectorspecifieke criteria er dan best gelden.

In het geval van de sector van het goederenvervoer werden, zoals hierboven toegelicht, het unanieme advies van het betrokken paritair comité en het advies van de Hoge Raad door de overheid naast zich neergelegd. De Hoge Raad vraagt dan ook dat daadwerkelijk rekening zou worden gehouden met die bestaande adviezen.

8. Aanpassingen inzake de werking van de administratieve commissie

a. De administratieve commissie bekender, toegankelijker en aantrekkelijker maken

Sinds het operationeel worden van de administratieve commissie in augustus 2013 tot op heden heeft ze 40 aanvragen behandeld waarvan er 24 onontvankelijk werden verklaard. Dus voor slechts 16 aanvragen werd er een beslissing genomen. De administratieve commissie bevestigde elf keer de arbeidsrelatie en besliste vijf keer dat er een herkwalificatie moest plaatsvinden. Wat die vijf herkwalificaties betreft, ging het vier keer over een herkwalificatie naar het statuut van werknemer en dus eenmaal over een herkwalificatie naar het statuut van zelfstandige.

De Hoge Raad denkt dat er verschillende verklaringen zijn voor het geringe aantal beslissingen van de administratieve commissie. Verklarende factoren zijn de te beperkte bekendheid, de te strenge toegangsvoorwaarden en de ongerustheid die men heeft dat een aanvraag bij de administratieve commissie alsnog zal leiden tot extra controle of sancties.

Volgens de Hoge Raad moet er dan ook aan de bekendheid van deze commissie gewerkt worden en moeten er een aantal aanpassingen gebeuren om de commissie toegankelijker en aantrekkelijker te maken:

- 1) De bestaande tijdsfilter moet aangepast worden. Artikel 338 van de arbeidsrelatiewet voorziet nu dat men bij de administratieve commissie een aanvraag kan indienen binnen een termijn van één jaar vanaf de inwerkingtreding van de wet of van het op de arbeidsrelatie van toepassing zijnde uitvoeringsbesluit of binnen een termijn van één jaar na de aanvang van de arbeidsrelatie. De Hoge Raad vindt dat deze beide termijnen best verlengd worden tot drie jaar.
- 2) De wetgeving moet duidelijker rekening houden met het mogelijk evolutief karakter van een arbeidsrelatie. Zo moet de toegang tot de administratieve commissie opnieuw geopend worden binnen een termijn van drie jaar nadat er een substantiële wijziging in de arbeidsrelatie heeft plaatsgevonden. Dit ongeacht of men bij de aanvang van de arbeidsrelatie het advies van de commissie heeft ingewonnen.
- 3) De Hoge Raad is tevens voorstander van een regularisatiemogelijkheid. Zoals eerder reeds vermeld is de beoordeling van de arbeidsrelatie soms een moeilijke oefening. Het komt dan ook voor dat de partijen in een arbeidsrelatie gedurende jaren hun arbeidsrelatie onbewust verkeerd gekwalificeerd hebben. Wanneer zij uiteindelijk zelf tot die conclusie komen en die arbeidsrelatie correct willen kwalificeren, worden ze echter geconfronteerd met de grote en retroactieve gevolgen van dergelijke herkwalificatie. Er moet dan ook onderzocht worden hoe men voor deze gevallen waarin de partijen niet de intentie hadden hun arbeidsrelatie foutief te kwalificeren de mogelijkheid voor de partijen kan voorzien om hun arbeidsrelatie alsnog correct te kwalificeren zonder dat die herkwalificatie voor hen grote financiële gevolgen heeft wat het verleden betreft.

- 4) De Hoge Raad is er geen voorstander van om anonieme aanvragen toe te laten. Hij vindt wel dat de vertrouwelijkheid van de aanvragen beter moet gegarandeerd worden. Voor de aanvrager is het nu niet duidelijk wat er met zijn aanvraag gebeurt en of die informatie wordt doorgegeven aan bepaalde overheidsdiensten.
- 5) Voor werkgevers- en werknemersorganisaties die erkend zijn in het kader van de paritaire comités of vertegenwoordigd zijn bij de Hoge Raad zou het mogelijk moeten zijn om aanvragen in te dienen bij de administratieve commissie voor een type arbeidsrelatie en dus niet voor één welbepaalde, concrete arbeidsrelatie. De organisatie kan dan een type arbeidsrelatie die in haar sector veel voorkomt gedetailleerd beschrijven op basis waarvan de administratieve commissie dan haar advies inzake de beoordeling van dat type arbeidsrelatie kan geven. Dergelijk advies zou dan heel bruikbaar zijn voor het informeren en sensibiliseren van de ondernemingen en om hen te helpen de juiste arbeidsrelatie te kiezen.

b. Beter evenwicht tussen de rechten van de betrokken partijen

Volgens de Hoge Raad moet er in het kader van eenzijdige aanvragen bij de administratieve commissie een beter evenwicht komen tussen de rechten van de betrokken partijen. Wanneer één bij de arbeidsrelatie betrokken partij een aanvraag bij de administratieve commissie indient, wordt momenteel de andere partij niet op de hoogte gebracht van die aanvraag en zelfs niet van de uiteindelijke beslissing van de administratieve commissie. Die andere partij zal enkel onrechtstreeks kennis kunnen krijgen van die beslissing, bijvoorbeeld in het geval van een herkwalificatie. Aangezien de partijen binnen de maand die volgt op de kennisgeving van de beslissing beroep kunnen aantekenen bij de arbeidsrechtbank, oordeelt de commissie dat voor de niet in de procedure betrokken partij deze beroepstermijn loopt vanaf de effectieve kennisname van de beslissing. De niet bij de procedure betrokken partij kan dus enkel haar kant van het verhaal doen door, eenmaal zij effectief kennis genomen heeft van de beslissing van de administratieve commissie, beroep aan te tekenen bij de arbeidsrechtbank. Volgens de Hoge Raad kan het niet dat één van de partijen niet wordt betrokken bij de procedure voor de administratieve commissie. Wanneer één partij een aanvraag bij de administratieve commissie indient moet de andere partij daarvan op de hoogte gebracht worden en de mogelijkheid krijgen gehoord te worden.

Ook in het geval van de procedure die onder punt 8.a.5) van dit advies werd voorgesteld en waarbij erkende werkgevers- en werknemersorganisaties het advies van de administratieve commissie kunnen vragen over een type arbeidsrelatie, moet er op gelet worden dat bij de voorbereiding van dat advies ook alle andere betrokken erkende werkgevers- en werknemersorganisaties gehoord worden.

9. Op te heffen uitvoeringsbesluit normatieve afdeling

Het koninklijk besluit van 17 januari 2011 houdende vaststelling van de modaliteiten inzake de door de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de Kleine en Middelgrote Ondernemingen te verrichten raadplegingen in het kader van de te volgen adviesprocedure bij de normatieve afdeling van de Commissie ter regeling van de arbeidsrelatie moet nog opgeheven worden.

BESLUIT

De Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO vindt het gezien de beperkte ervaring inzake de arbeidsrelatiewetgeving te vroeg om over te gaan tot grote hervormingen van deze wetgeving. Wel is reeds duidelijk dat de arbeidsrelatiewetgeving niet doeltreffend is om de problematiek van de grensoverschrijdende sociale fraude aan te pakken terwijl die fraude net het grote probleem vormt. In het kader van de arbeidsrelatiewetgeving moet in de eerste plaats ingezet worden op het informeren en sensibiliseren van de betrokken partijen.

De Hoge Raad is voorstander van het behoud van de bestaande algemene criteria alsook, mits enkele aanpassingen inzake het toepassingsgebied, van het stelsel van het weerlegbaar vermoeden met de bijhorende aanpasbare specifieke criteria. Sectoren die geen verhoogd risico op schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap kennen, mogen echter niet onterecht als risicosectoren worden gebrandmerkt. Belangrijk is dat er bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsrelatiewetgeving daadwerkelijk rekening wordt gehouden met de adviezen van de erkende werkgevers- en werknemersorganisaties.

Er moet aan de bekendheid van de administratieve commissie gewerkt worden en er moeten een aantal aanpassingen gebeuren om deze commissie toegankelijker en aantrekkelijker te maken.
