

2. Aanwerving

2.1. Type overeenkomsten

2.1.1. Algemeen

Als een organisatie of een onderneming haar doel wenst te bereiken, zal zij genoodzaakt zijn om een beroep te doen op derden. Hierbij rijst meteen de vraag op welke wijze zij optimaal juridisch gestalte kan geven aan een dergelijke samenwerking. Het antwoord daarop is afhankelijk van diverse factoren.

Het Belgische contractenrecht, dat ruimer is dan het arbeidsrecht, biedt diverse typecontracten aan die het de partijen mogelijk maakt hun samenwerkingsvorm te kiezen.

2.1.2. Aannemingsovereenkomst

De meest voorkomende overeenkomst die gelijk op een arbeidsovereenkomst, maar zich er tegelijk van onderscheidt, is de aannemingsovereenkomst, ook wel de overeenkomst voor de aanneming van werk genoemd. Doorgaans wordt deze gedefinieerd als een overeenkomst waarbij de ene partij (de aannemer) er zich tegenover de andere partij (de opdrachtgever) toe verbindt een bepaald materieel werk tegen een bepaalde prijs tot stand te brengen. De aannemer kan zowel een natuurlijke persoon zijn, dus een mens van vlees en bloed, als een rechtspersoon, veelal een vennootschap.

De essentie van de aannemingsovereenkomst bestaat erin dat de aannemer zich engageert om een beoogd resultaat te bewerkstelligen. Hij blijft vrij in de keuze van de aan te wenden middelen en voert het werk naar eigen inzicht uit. Daar staat tegenover dat de aannemer – behoudens situaties van overmacht – steeds aansprakelijk zal zijn in het geval van een laattijdige of foutieve uitvoering van het aannemingscontract. Het staat de aannemer vrij om zelf werknemers via een arbeidsovereenkomst in dienst te nemen, dan wel om op zijn beurt met een onderaannemer te werken.

2.1.3. Arbeidsovereenkomst

Indien de partijen opteren voor een overeenkomst waarbij een werknemer er zich toe verbindt om tegen loon onder gezag van een werkgever arbeid te verrichten, hebben we te maken met een arbeidsovereenkomst.

Het gezagselement is cruciaal; dit wijst op een ondergeschikt verband van de werknemer in relatie tot de werkgever. Verder is vereist dat de werknemer arbeid verricht om een inkomen te verwerven. Gaat het om onbezoldigde arbeid, dan hebben we te maken met vrijwilligerswerk, dat het voorwerp uitmaakt van een specifieke wet.

De rechtstreekse consequentie van het bestaan van een arbeidsovereenkomst is de toepasselijkheid van het socialezekerheidsstelsel voor werknemers, wat met zich meebrengt dat zowel de werkgever als de werknemer sociale bijdragen verschuldigd is op het loon. Een en ander sorteert ook gevolgen op het fiscaalrechtelijk vlak, onder meer wat betreft de (verplichte) inhouding van bedrijfsvoorheffing.

2.1.4. (Schijn)zelfstandigheid

Wanneer een arbeidsovereenkomst wordt vermomd als een aannemingsovereenkomst, met als voornaamste doel rechtsregels van dwingend recht en openbare orde te ontwijken, kwalificeert men dit als schijnzelfstandigheid. In een poging om klaarheid te scheppen in deze problematiek, kwam in 2006 de Arbeidsrelatieswet tot stand, die in 2012 een aantal ingrijpende wijzigingen heeft ondergaan.

De Arbeidsrelatieswet reikt – gelet op het gebrek aan een allesomvattende definitie van de notie “gezag” – middelen aan waarmee partijen hun contractuele verhouding kunnen beoordelen en kwalificeren. Centraal staat het begrip “arbeidsrelatie”, dat duidt op een professionele samenwerking met het oog op het verrichten van arbeid door een partij in de hoedanigheid van hetzij werknemer, hetzij zelfstandige. Een werknemer is een persoon die zich in het raam van een arbeidsovereenkomst ertoe verbindt om tegen betaling van loon te werken onder gezag van een werkgever. Iedere natuurlijke persoon die in België een beroepsactiviteit uitoefent buiten enige gezagsrelatie, dient daarentegen als een zelfstandige te worden beschouwd.

Om na te gaan of iemand een werknemer dan wel een zelfstandige is, staan vier algemene criteria voorop die het mogelijk (moeten) maken een arbeidsrelatie te toetsen. Deze algemene criteria zijn:

- de wil van de partijen zoals zij die in hun overeenkomst hebben uitgedrukt, voor zover deze strookt met de feitelijke uitvoering ervan. Vrij vertaald, komt dit erop neer dat de kwalificatie die de partijen aan hun arbeidsrelatie hebben gegeven, nog steeds een belangrijk element is, op voorwaarde echter dat die spoort met de werkelijkheid;
- de vrijheid van organisatie van de werktijd;
- de vrijheid van organisatie van het werk;
- de mogelijkheid om hiërarchische controle uit te oefenen.

De volgende criteria worden dan weer niet relevant geacht bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie, vooral omdat deze het gevolg betreffen en niet de oorzaak:

- de titel van de overeenkomst;
- de inschrijving bij een instelling van sociale zekerheid;
- de inschrijving bij de Kruispuntbank voor Ondernemingen (KBO);
- de inschrijving bij de administratie van de btw;
- de wijze waarop de beroepsinkomsten bij de fiscale administratie worden aangegeven.

Naast de algemene criteria bestaat de mogelijkheid om een lijst van specifieke criteria op te maken die eigen zijn aan een of meerdere sectoren, een of meerdere (categorieën van) beroepen of een of meerdere beroepsactiviteiten. Die specifieke criteria kunnen onder meer betrekking hebben op:

- de verantwoordelijkheid en de beslissingsmacht over de financiële middelen om de onderneming rendabel te houden;
- een vaste en/of gewaarborgde bezoldiging;
- de persoonlijke en substantiële investering in de onderneming met eigen middelen en de persoonlijke substantiële deelname aan winsten en verliezen van de onderneming;
- de mogelijkheid om personeel in dienst te nemen of zich te laten vervangen;
- het zich manifesteren als onderneming ten overstaan van de medecontractant of derden;
- het werken in ruimtes en/of met materiaal die tot het eigen bezit behoren.

Concreet gaat de Arbeidsrelatieswet uit van een weerlegbaar vermoeden voor (voorlopig) zes economische sectoren: het bouwbedrijf, de bewaking, het vervoer, de schoonmaak, de landbouw en het tuinbouwbedrijf. Voor deze sectoren zijn negen criteria uitgewerkt. In het geval dat aan meer dan de helft van de criteria is voldaan, geldt een weerlegbaar vermoeden dat de arbeidsrelatie een arbeidsovereenkomst is. Als, omgekeerd, meer dan de helft van de criteria niet is vervuld, wordt de arbeidsrelatie weerlegbaar vermoed een overeenkomst als zelfstandige te zijn.

Eventueel kunnen de partijen zich wenden tot de Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie. Deze externe controle staat slechts open in een beperkt aantal gevallen, zowel bij het begin als tijdens de arbeidsrelatie.

Los van de Arbeidsrelatieswet zijn er nog andere maatregelen buiten het sociaal recht die schijnzelfstandigheid helpen indijken.

Vanwege het feit dat het ontwijken van de Arbeidsovereenkomstenwet vrij lucratief kan zijn, zijn er tal van ingenieuze technieken in omloop. Zo zijn managementvennootschappen vrij populair. De vennootschap verricht diensten via één persoon. Of de RSZ zich daartegen kan verzetten, hangt af van de wijze waarop de constructie is opgezet.



Internetadres

www.commissiearbeidsrelaties.belgium.be: Administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie

2.2. Soorten arbeidsovereenkomsten

2.2.1. Algemeen

Zodra de werkgever met een werknemer een overeenkomst sluit om onder zijn gezag tegen loon arbeid te (laten) verrichten, hebben we te maken met een arbeidsovereenkomst. De ene

arbeidsovereenkomst is echter de andere niet. Hieronder delen we de arbeidsovereenkomsten in volgens diverse criteria. Het eerste criterium betreft de duur van de arbeidsovereenkomst (*infra*, 2.2.2), waarbij we een onderscheid maken tussen de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, voor bepaalde tijd en voor een welomschreven werk en tevens stilstaan bij de specificiteit van de vervangingsovereenkomst, de uitzendarbeid en (het verbod van) terbeschikkingstelling. Een tweede cesuur heeft betrekking op de omvang van de tewerkstelling (*infra*, 2.2.3): voltijds *versus* deeltijds. Ten slotte is er het criterium volgens de aard van de verrichte arbeid (*infra*, 2.2.4). Wij gaan hierbij in op het verschil tussen arbeiders en bedienden en de evolutie op dat punt, beter bekend als het zogenaamde eenheidsstatuut of – in correct Nederlands – de eenheidsstatus.

2.2.2. Duur van de arbeidsovereenkomst

2.2.2.1. Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

In de praktijk worden de meeste arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd gesloten. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst aanvangt op een bepaalde begindatum, maar dat er geen einddatum is vastgelegd. Wanneer de partijen niets hebben bepaald aangaande de duur van de arbeidsovereenkomst, wordt het contract geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan.

De partijen moeten echter steeds een einde kunnen maken aan hun contractuele arbeidsrelatie. Daarom creëert de Arbeidsovereenkomstenwet de mogelijkheid om een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur eenzijdig te beëindigen via opzegging (*infra*, 4.3.2).

2.2.2.2. Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

De arbeidsovereenkomst voor een bepaalde duur of een bepaalde tijd moet voor iedere werknemer afzonderlijk worden opgesteld, uiterlijk op het moment waarop de werknemer in dienst treedt. Als een dergelijk geschrift niet tijdig is opgemaakt, is de regel dat het gaat om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur.

Om te vermijden dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar onbeperkt opvolgen, heeft de wetgever hierop een rem geplaatst. Normaliter kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur slechts eenmalig worden gesloten. Als de werkgever toch twee dergelijke contracten voor bepaalde tijd na elkaar sluit met dezelfde werknemer, krijgt de tweede arbeidsovereenkomst het label van onbepaalde duur mee. Op dit principe bestaan niettemin diverse uitzonderingen, namelijk bij een onderbreking tussen twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur en voor zover deze onderbreking te wijten is aan de werknemer, of ook wegens de aard van het werk of om een wettige reden.

Om toch enige flexibiliteit mogelijk te maken, heeft de wetgever deze stelregel *medio* jaren 1990 enigszins versoepeld. Artikel 10*bis* van de Arbeidsovereenkomstenwet stipuleert dat maximum vier arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten waarvan

de duur telkens niet minder mag bedragen dan drie maanden, zonder dat de totale duur twee jaar overschrijdt. Het is bijgevolg mogelijk om, bijvoorbeeld, tot vier arbeidsovereenkomsten te sluiten van telkens zes maanden. Wanneer werkgever en werknemer echter vier opeenvolgende arbeidsovereenkomsten zouden sluiten van elk zeven maanden, wat de totale duur op 28 maanden en dus op meer dan twee jaar brengt, wordt de laatste overeenkomst beschouwd als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Met de voorafgaande toestemming van een bij koninklijk besluit aangewezen ambtenaar kunnen de partijen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur onderschrijven op voorwaarde dat de duur niet minder is dan zes maanden en dat de totale duur drie jaar niet overschrijdt. In die situatie behoort het sluiten van zes overeenkomsten van zes maanden na elkaar tot de mogelijkheden.

Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd mogen geen minder gunstige behandeling krijgen dan werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, tenzij het verschil in behandeling zijn rechtvaardiging vindt in een objectieve reden.

2.2.2.3. *Arbeidsovereenkomst voor een welomschreven werk*

De werkgever en de werknemer kunnen ook een arbeidsovereenkomst voor een welomschreven werk sluiten. Er moet dan wel een duidelijke en nauwkeurige afspraak bestaan over datgene waartoe de werknemer zich verbindt. Zo sluiten, bijvoorbeeld, selectiekantoren overeenkomsten met gespecialiseerde ingenieurs om bepaalde hoogopgeleide sollicitanten op hun vakkennis te testen. Deze formule heeft als minpunt dat dezelfde beperkingen gelden als voor de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur. Er ontbreekt bovendien een equivalent van de soepele regeling conform artikel 10bis van de Arbeidsovereenkomstenwet (*supra*, 2.2.2.2).

2.2.2.4. *Vervangingsovereenkomst*

Een werkgever kan een werknemer vervangen van wie de arbeidsovereenkomst is geschorst, behalve in een aantal in de wet opgesomde gevallen, zoals staking. Het sluiten van een vervangingsovereenkomst is eveneens mogelijk om een arbeidsongeschikte werknemer te vervangen die geleidelijk het werk hervat.

De vervangingsovereenkomst dient te voldoen aan een aantal specifieke vormvereisten. Zij behoort melding te maken van de reden van vervanging en de identiteit van de te vervangen werknemer. De voorwaarden van indienstneming moeten voor elke werknemer afzonderlijk schriftelijk worden vastgelegd, uiterlijk op het moment van de indiensttreding van de vervanger. Een bijkomende begrenzing betreft de looptijd: deze mag niet meer bedragen dan twee jaar. Hiervan kan in bepaalde gevallen worden afgeweken.

Binnen deze grenzen beschikt de werkgever over een grotere flexibiliteit dan in het raam van de klassieke arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.

Zo kan de werkgever onbeperkt vervangingsovereenkomsten sluiten van bepaalde duur en die hoeven niet te voldoen aan de regels van artikel 10bis Arbeidsovereenkomstenwet (*supra*, 2.2.2.2). De partijen kunnen bijgevolg binnen de grens van twee jaar telkens nieuwe arbeidsovereenkomsten sluiten van bijvoorbeeld een week.

Een alternatief is dat de partijen een vervangingsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangaan, maar daarbij overeenkomen dat automatisch een einde komt aan die overeenkomst wanneer de vervangen persoon opnieuw aan de slag gaat in zijn oorspronkelijke functie. Behoudens uitzonderingen kan na verloop van twee jaar geen beroep meer worden gedaan op die automatische beëindiging en wordt de vervangingsovereenkomst een gewone arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Die twee versoepelingen zijn niet combineerbaar in die zin dat het niet toegelaten is een vervangingsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten die automatisch ten einde loopt bij de terugkeer van de vervangen persoon.

2.2.2.5. Uitzendarbeid

Een ondernemer kan een beroep doen op uitzendarbeid. De centrale actor is het uitzendbureau, waarvan de activiteit bestaat uit het in dienst nemen van uitzendkrachten – via een arbeidsovereenkomst – om deze ter beschikking te stellen van een gebruiker.

Er gelden strenge toepassingsvoorwaarden. Uitzendarbeid is slechts toegelaten in welbepaalde situaties, meer bepaald:

- om te voorzien in de vervanging van een vaste werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is geschorst;
- om te beantwoorden aan een tijdelijke vermeerdering van werk;
- om te zorgen voor de uitvoering van een uitzonderlijke taak die niet tot de normale bedrijvigheid van de werkgever behoort;
- bij instroom, *i.e.* uitzendarbeid die een vacante betrekking invult om na afloop van de ter beschikkingstelling de uitzendkracht vast in dienst te nemen. Dit motief is niet mogelijk voor uitzendarbeid in de publieke sector.

Er worden twee overeenkomsten opgemaakt: enerzijds een overeenkomst voor uitzendarbeid tussen het uitzendbureau en de werknemer of uitzendkracht, en anderzijds een commerciële overeenkomst voor tijdelijke arbeid tussen het uitzendbureau en de gebruiker. Deze beide overeenkomsten moeten aan diverse formele vereisten voldoen. Bovendien gelden soms bijzondere procedurele voorwaarden, zoals het verwerven van het akkoord van de vakbondsafvaardiging wanneer de uitzendkracht wordt ingeschakeld bij een tijdelijke vermeerdering van werk. Tussen de gebruiker en de ter beschikking gestelde werknemer komt geen overeenkomst tot stand.

Het belangrijkste gevolg van uitzendarbeid is de (minstens gedeeltelijke) uitoefening door de gebruiker van het werkgeversgezag over de uitzendkracht. De gebruiker staat ook in voor de toepassing van de reglementering aangaande de arbeidsbescherming op de plaats van het werk,