

ADVIES 2011/08

**Publieke mandatarissen – Uitbreiding van het personeel
toepassingsgebied van artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38 –
Problematiek van de opsplitsing van de inkomsten**

Mevrouw Sabine Laruelle, minister van KMO's, Zelfstandigen, Landbouw en Wetenschapsbeleid, werd herhaaldelijk ondervraagd over de uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38 houdende inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen en diensgevolge van de wet van 13 juli 2005 betreffende de invoering van een jaarlijkse bijdrage ten laste van bepaalde instellingen.

In dat kader heeft mevrouw Sabine Laruelle, overeenkomstig artikel 110 van de wet van 30 december 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, daarover het advies gevraagd van het Algemeen Beheerscomité voor het sociaal statuut der zelfstandigen.

Tijdens zijn werkzaamheden heeft het Comité zich tevens gebogen over de mogelijkheid voor de fiscale administratie om de inkomsten die als zelfstandige geïnd zijn en die welke als publiek mandataris geïnd zijn, op te splitsen.

Gelet op het voorgaande heeft het Comité onderstaand advies uitgebracht m.b.t. de problematiek van de publieke mandatarissen.

I. **Uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38 en van de wet van 13 juli 2005**

a) **Huidig wettelijk kader**

Artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38 voert een uitzondering¹ in op het principe van onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Dat artikel bepaalt het volgende:

¹ Aangezien het om een uitzondering gaat, moet een strikte interpretatie worden toegepast.

"Personen die belast zijn met een mandaat in een openbare of private instelling, hetzij uit hoofde van de functie die zij uitoefenen bij een administratie van het Rijk, van een gemeenschap, van een gewest, van een provincie, van een gemeente of van een openbare instelling, hetzij als vertegenwoordiger van een werknemers-, werkgevers- of zelfstandigenorganisatie, hetzij als vertegenwoordiger van het Rijk, van een gewest, van een gemeenschap, van een provincie of van een gemeente, zijn, uit dien hoofde, niet onderworpen aan dit besluit."

Om binnen het toepassingsgebied van dat artikel te vallen, moet aan drie cumulatieve voorwaarden van strikte interpretatie zijn voldaan:

- houder zijn van een mandaat,
- in een openbare of private instelling,
- hetzij uit hoofde van functies uitgeoefend bij een openbare administratie (van het Rijk, van een gemeenschap, van een gewest, van een provincie, van een gemeente of van een openbare instelling), hetzij om een werknemers-, werkgevers- of zelfstandigenorganisatie te vertegenwoordigen, hetzij om het Rijk, een gewest, een gemeenschap, een provincie of een gemeente te vertegenwoordigen.

Deze publieke mandatarissen zijn bijgevolg niet onderworpen aan het sociaal statuut der zelfstandigen. De openbare instellingen waarin ten minste één bezoldigde publieke mandataris (of een mandataris voor wie in een bezoldiging is voorzien) zetelt, zijn echter wel de bijdrage verschuldigd, die beoogd wordt in de wet van 13 juli 2005 betreffende de invoering van een jaarlijkse bijdrage ten laste van bepaalde instellingen (de PMP-bijdrage). Die bijdrage bedraagt 23% van de aan de publieke mandatarissen in N-1 toegekende beloning, waarvan het bedrag 200 € overschrijdt (niet-geïndexeerd bedrag. In 2011 was dat bedrag 220 €). De bijdrage wordt aan het RSVZ betaald.

b) Toepassing van art. 5bis door het RSVZ

Artikel 5bis vormt een strikt te interpreteren uitzondering op het principe van onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen. Dat artikel is bijgevolg uitsluitend van toepassing op de *mandatarissen*, die bovendien voldoen aan de overige voorwaarden van dat artikel.

Het begrip mandaat is niet nader omschreven. Men moet het burgerrechtelijk begrip als uitgangspunt nemen, waar het mandaat een *"synoniem is van lastgeving, een handeling waarbij een persoon aan een ander de macht geeft om iets voor de lastgever en in zijn naam te doen. (...) de lastgeving kan enkel slaan op rechtshandelingen, niet op materiële uitvoerende handelingen"*².

*Een rechtshandeling is een wilsdaad waarbij wordt beoogd rechtsgevolgen in het leven te roepen of te beletten dat ze tot stand komen. (...) Hieruit volgt dat wie een aantal materiële handelingen moet stellen die buiten de begripsomschrijving van het mandaat vallen, als zodanig niet onder het toepassingsgebied valt van artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38.*³

Bijgevolg stelt het RSVZ dat de personen die met raadgevende stem zetelen (en niet stemgerechtigd zijn) en meer in het algemeen al wie geen rechtshandelingen kan stellen (zoals adviseurs of experts) geen mandaat hebben (in de zin van het Burgerlijk Wetboek). Bijgevolg vallen die personen niet onder het personeel toepassingsgebied van artikel 5bis van het koninklijk besluit nr. 38 en moeten zij dus als zelfstandigen worden onderworpen.

² Cass. 21.02.2000, J.T.T. 2000, 300

³ Commentaar RSVZ : CS. 155/1.

Dit standpunt werd bevestigd door het Grondwettelijk Hof (Arrest nr. 4/2005 van 12 januari 2005) :

"De hoedanigheid van mandataris houdt in dat de mandataris ermee belast is een of meer rechtshandelingen voor rekening en uit naam van een andere persoon te verrichten."

Het Grondwettelijk Hof oordeelde in diezelfde zaak dat het al dan niet bestaan van een mandaat een objectief en redelijk criterium van onderscheid is:

"In verband met de aanwijzingen in een private of openbare instelling rekening houdende met de uitgeoefende hoofdfunctie, zoals hiervoor gepreciseerd, blijkt het objectief en redelijk verantwoord dat de wetgever de hoedanigheid van zelfstandige heeft ontzegd aan alleen de met een mandaat belaste personen, met uitsluiting bijgevolg van diegenen die in een andere hoedanigheid optreden."

Het Arbeidshof van Antwerpen⁴, feitengerecht, volgt eveneens dit standpunt:

"Appellant werd namelijk niet door de intercommunales op voordracht van de stad Genk benoemd tot mandataris van deze intercommunales, doch werd door de vijf bestuurders die op voordracht van de stad Genk benoemd werden door de intercommunale IEGA -en die dus wel mandatarissen zijn van de intercommunale-, enkel aangesteld als expert om hun bij te staan in de uitoefening van hun mandaat in de intercommunale en dit ingevolge de aan deze bestuurders door artikel 30 van de statuten van de cvba IEGA hieromtrent verleende bevoegdheid en had zeker niet de bevoegdheid om voor deze intercommunales rechtshandelingen te verrichten of hen te verbinden jegens derden".

c) Betwisting van het standpunt van het RSVZ

Sommigen betwisten het standpunt van het RSVZ, dat personen, die met raadgevende stem zitting hebben in een raad van bestuur, niet onder art. 5bis vallen. Zo hebben senator Bart Tommelein (december 2010)⁵ en volksvertegenwoordiger Kristien Van Vaerenbergh (mei 2011)⁶ de minister van Zelfstandigen dienaangaande ondervraagd⁷.

Bart Tommelein is bijvoorbeeld van mening dat het onderscheid tussen stemgerechtigde mandatarissen en personen met raadgevende stem zeker niet door de wetgever werd beoogd. Die personen hebben, volgens hem, elk dat "mandaat" gekregen van zowel de kiezer als de gemeenteraad.

In haar antwoord heeft de minister van Zelfstandigen aan het standpunt van het RSVZ herinnerd en de kwestie voor advies naar het Algemeen Beheerscomité doorverwezen.

Bart Tommelein heeft tevens een wetsvoorstel (5-725/1) ingediend teneinde uitdrukkelijk de bestuurders met een raadgevende stem onder het toepassingsgebied van artikel 5bis te brengen.

⁴ A.R. nr. 2060204 van 16 januari 2009

⁵ Vraag om uitleg van 1 december 2010 van de heer Bart Tommelein aan de minister van KMO's, Zelfstandigen, Landbouw en Wetenschapsbeleid over "de aansluiting bij een sociale kas voor zelfstandigen als politiek mandataris" (nr. 5-3).

⁶ Vraag nr. 3760 van mevrouw Kristien Van Vaerenbergh van 17 mei 2011.

⁷ De minister werd eveneens ondervraagd door een lid van de provincieraad van Oost-Vlaanderen aangaande een gelijkaardige kwestie.

d) Standpunt van het Comité m.b.t. het personeel toepassingsgebied van artikel 5bis

Het Comité is van mening dat in het kader van dit advies belangrijk is om een onderscheid te maken tussen drie categorieën:

- stemgerechtigde publieke mandatarissen die houder zijn van een mandaat zoals bepaald in het Burgerlijk Wetboek. Aangezien zij rechtshandelingen kunnen stellen en als stemgerechtigde lid zijn van bestuursorganen zijn ze mandaathouder. Zij vallen onder het personeel toepassingsgebied van artikel 5bis van het KB nr. 38;
- personen die met raadgevende stem lid zijn van een bestuursorgaan van de instelling. Hoewel lid van het bestuursorgaan, kunnen zij geen rechtshandelingen stellen: zij kunnen advies geven, hun stem laten horen, een invloed trachten uit te oefenen op de beslissingen, maar hun stem wordt niet meegerekend tijdens de besluitvorming. Aangezien zij geen rechtshandelingen kunnen stellen zijn zij geen mandataris en vallen dus niet onder het toepassingsgebied van artikel 5bis.
- de overige personen die geen mandaat hebben, zoals experts en adviseurs, die de mandatarissen bijstaan. Zij kunnen deelnemen aan de vergaderingen van de organen, maar zijn geen lid van de bestuursorganen. In de Commentaar van het RSVZ wordt het volgende gepreciseerd: "*men moet de situatie van (bijvoorbeeld) deskundigen, die een technische en/of administratieve functie uitoefenen, onderscheiden van het louter stellen van rechtshandelingen (eigen aan een mandaat). Daarenboven zijn de voorwaarden van de benoeming (vaak intuitu personae) en de herroepbaarheid van deskundigen geenszins identiek aan deze van een bestuurder van een openbare instelling*"⁸.

De tweede en derde categorie zijn allebei geen mandataris en art. 5bis is dus niet op hen van toepassing. Maar het Comité is van mening dat er een objectief onderscheid bestaat tussen beiden, omdat de tweede categorie wel lid is van een bestuursorgaan van de instelling, terwijl de derde categorie dit niet is.

Gelet op dat verschil meent het ABC dat men de personen die met raadgevende stem lid zijn van een bestuursorgaan van de instelling onder het toepassingsgebied van artikel 5bis kan brengen.

Aangezien dit geen interpretatie van art. 5bis betreft, maar wel een uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van dit artikel, is er een wetswijziging nodig. Een dergelijke wijziging zou voor de toekomst in werking moeten treden. Een inwerkingtreding op 1 januari is wenselijk aangezien de PMP-bijdrage jaarlijks is.

e) Vertegenwoordigers van openbare instellingen

De huidige versie van artikel 5bis beoogt niet de vertegenwoordigers van de openbare instellingen, terwijl wel een bij een openbare instelling uitgeoefende functie wordt vermeld. Ingevolge een schrijven van de minister van Middenstand van 10 juli 1979 aan het Rijksinstituut moet artikel 5bis evenwel ook worden toegepast ten voordele van de personen met een mandaat als vertegenwoordiger van een openbare instelling⁹.

Omwille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid is het Comité van mening dat artikel 5bis met dat standpunt in overeenstemming moet worden gebracht.

⁸ Commentaar RSVZ : CS. 155/2.

⁹ Commentaar RSVZ : CS. 159.

f) Voorstel tot wijziging

Gelet op het voorgaande zou artikel *5bis* van het koninklijk besluit nr. 38 als volgt moeten worden gewijzigd:

"Personen die belast zijn met een mandaat in een openbare of private instelling, of die met raadgevende stem lid zijn van een bestuursorgaan van een openbare of private instelling, hetzij uit hoofde van de functie die zij uitoefenen bij een administratie van het Rijk, van een gemeenschap, van een gewest, van een provincie, van een gemeente of van een openbare instelling, hetzij als vertegenwoordiger van een werknemers-, werkgevers- of zelfstandigenorganisatie, hetzij als vertegenwoordiger van het Rijk, van een gewest, van een gemeenschap, van een provincie of van een gemeente of van een openbare instelling, zijn, uit dien hoofde, niet onderworpen aan dit besluit."

In de wet zou een artikel moeten worden opgenomen waarin het volgende wordt gepreciseerd: "Deze wet treedt in werking op 1 januari 201...".

Het spreekt vanzelf dat ook de wet van 13 juli 2005 betreffende de invoering van een jaarlijkse bijdrage ten laste van bepaalde instellingen in die zin aangepast zou moeten worden, zodat ook voor de personen die met raadgevende stem lid zijn van een bestuursorgaan de PMP-bijdrage verschuldigd is.

II. Opsplitsing van de inkomsten

Sommige publieke mandatarissen kunnen naast hun vergoeding dat voortvloeit uit hun mandaat andere inkomens hebben waaronder inkomsten als werknemer of als zelfstandige. De sociale bijdragen van zelfstandigen "KB nr. 38" moeten echter uitsluitend worden berekend op de inkomsten van zelfstandige, zonder rekening te houden met de inkomsten die als mandataris zijn geïnd.

Op dit ogenblik maakt de fiscale administratie geen onderscheid tussen de inkomsten als zelfstandige en de vergoedingen als publieke mandataris. Dit stelt een aantal problemen:

- Het RSVZ ontvangt van de fiscale administratie zowel de inkomsten als zelfstandige als de inkomsten ontvangen als publiek mandataris (gekwalificeerd als winst). Het RSVZ kan die twee soorten inkomsten niet opsplitsen. Om hun inkomsten te kunnen opsplitsen verwittigen de betrokken zelfstandigen in de praktijk zelf hun sociale verzekeringsfonds of het RSVZ over hun situatie. Deze werkwijze gaat niet in de richting van een administratieve vereenvoudiging, maar het zorgt vooral voor discriminatie tussen zelfstandigen: degenen die met kennis van zaken zelf hun sociaalverzekeringsfonds informeren om hun inkomsten op te splitsen zullen een correct bijdragebedrag betalen, terwijl diegenen die hiervan niet op de hoogte zijn hun sociaalverzekeringsfonds niet contacteren en ten onrechte bijdragen betalen;
- De controles gebeuren geval per geval, op basis van de aangifte van het organisme, zonder fiscale fiche, wat soms problematisch blijkt te zijn;
- De inkomsten van publieke mandatarissen die parallel met hun publiek mandaat een werknemersactiviteit uitoefenen worden overgemaakt aan het RSVZ als inkomsten van zelfstandigen. Op basis hiervan ontvangen deze personen een vragenlijst van het Instituut te bepalen of zij bijdrageplichtig zijn

(dit genereert een ongepaste administratieve last voor de gebruikers van openbare diensten).

Tijdens zijn werkzaamheden heeft het Comité vertegenwoordigers van de FOD Financiën uitgenodigd om een oplossing voor dit probleem te vinden.

Tijdens de discussies is gebleken dat de oplossing zou kunnen bestaan in het creëren van een informatiestroom.

Er is een officiële brief naar de FOD Financiën gestuurd met de vraag of de FOD bereid is te onderzoeken op welke manier deze oplossing zou kunnen ingevoerd worden.

III. Conclusie

Gelet op het voorgaande heeft het Comité er geen bezwaar tegen dat de personen die met raadgevende stem lid zijn van een bestuursorgaan van een openbare of private instelling onder het toepassingsgebied van artikel 5bis van het KB nr. 38 en bijgevolg van de wet van 13 juli 2005 worden gebracht.

Bovendien is het Comité van oordeel dat snel een oplossing moet gevonden worden zodat de socialeverzekeringsfondsen de inkomsten zouden kunnen opsplitsen in inkomsten als zelfstandige en vergoedingen die ontvangen zijn voor de uitoefening van een publiek mandaat. Het Comité herinnert eraan dat het probleem momenteel de oorzaak is van een discriminatie onder zelfstandigen.

Ten slotte wenst het ABC alle personen te bedanken die aan de werkzaamheden hebben deelgenomen en bijgedragen, in het bijzonder de FOD Financiën, de juridische dienst, de dienst VOB en de vertaaldienst van het RSVZ.

Namens het Algemeen Beheerscomité voor het sociaal statuut der zelfstandigen, op 5 oktober 2011:



**Muriel GALERIN,
Secretaris**



**Anne VANDERSTAPPEN,
Voorzitter**