

AHK

Deutsch-Portugiesische
Industrie- und Handelskammer
Câmara de Comércio e Indústria
Luso-Alemã

Zeitschrift der Deutsch-Portugiesischen
Industrie- und Handelskammer
Revista da Câmara de Comércio
e Indústria Luso-Alemã

05-06 2009

Zwei-Monatig | Bimestral · Preis · Preço: 2,50€

impakt

**DEUTSCHE INVESTITIONEN,
EIN ECKPFEILER
DER PORTUGIESISCHEN
WIRTSCHAFT**

**INVESTIMENTO ALEMÃO,
UM PILAR NA ECONOMIA
PORTUGUESA**

Die Vorschriften des neuen Arbeitsgesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit

Disposições do novo Código do Trabalho para combate aos falsos recibos verdes

PHILIPPE LAFONTAINE {Übersetzung | Tradução JABA-Translations}

Ein besonderer Schwerpunkt der aktuellen Arbeitsrechtsreform liegt in der Bekämpfung prekärer Beschäftigungsverhältnisse. Scheinselbstständigkeit, ein in Portugal weit verbreitetes und bislang weitgehend geduldetes Phänomen, wird in Zukunft als Ordnungswidrigkeit geahndet. Die Änderung der Definition des Arbeitsvertrages und der gesetzlichen Vermutung sorgen für Rechtsunsicherheit. Nach etwas Verzögerung ist das neue portugiesische Arbeitsgesetzbuch am 17. Februar 2009 in Kraft getreten. Eines der erklärten Ziele der Reform ist es, der in Portugal weit verbreiteten und bislang überwiegend geduldeten Scheinselbstständigkeit entgegenzuwirken.

Grundsätzlich steht es jedem frei, ob er sich zur Erledigung einer anstehenden Aufgabe einer festangestellten Arbeitskraft oder eines Unternehmers bzw. selbstständigen Mitarbeiters bedient (regelmäßig auf Basis von sogenannten "recibos verdes", offiziellen Quittungen, zu deren Ausstellung ein Selbstständiger bei Empfang seines Honorars steuerrechtlich verpflichtet ist). Wird dieser jedoch nur auf dem Vertragspapier als selbstständiger Mitarbeiter bezeichnet, hat indessen aber tatsächlich keine selbstständige Dienst- oder Werkleistung, sondern nichtselbstständige Arbeit in einem Arbeitsverhältnis zu erbringen, so spricht man von "Scheinselbstständigkeit" – "falsos recibos verdes". Ein solches Scheinselbstständigkeitsverhältnis war schon bislang nicht vollkommen ohne Risiko. Der Arbeitgeber musste über das Ende des Beschäftigungsverhältnisses hinaus mit (Nach-)Forderungen seitens des Arbeitnehmers und des Sozialversicherungsträgers rechnen. Darüber hinaus wurde die Scheinselbstständigkeit jedoch nicht weiter sanktioniert.

Die zukünftige Rechtslage

Dies ändert sich jedoch nunmehr mit dem neuen Arbeitsgesetz: Ab dem Inkrafttreten begeht ein Arbeitgeber eine sehr schwere Ordnungswidrigkeit, falls die Tätigkeit eines Arbeitnehmers als scheinbar selbstständig unter den für einen Arbeitsvertrag charakteristischen Bedingungen ausgeübt wird, und hierdurch dem Arbeitnehmer oder dem Staat Schaden entstehen kann. Abhängig vom Umsatz des Unternehmens und des Grades der Schuld wird dann ein Bußgeld zwischen 1920 und 57600 Euro fällig. Im Wiederholungsfall droht außerdem der Entzug von staatlichen Beihilfen oder Steuervergünstigungen.

Nicht immer jedoch steht böser Wille hinter einer Scheinselbstständigkeit: In einer veränderten, globalen arbeitsteiligen Wirtschaftswelt, in der neue Arbeitsformen die klassischen ersetzen, und Outsourcing, Flexibilisierung und Vernetzung den unternehmerischen

Um ponto especialmente importante da reforma do Direito do Trabalho é o combate ao trabalho precário. O recurso a falsos recibos verdes, um fenómeno amplamente difundido em Portugal e, até ao momento, largamente tolerado, será, no futuro, punido como contra-ordenação. A alteração da definição do contrato de trabalho e da presunção legal dão origem a insegurança jurídica. Depois de algum atraso, o novo Código do Trabalho português entrou em vigor a 17 de Fevereiro de 2009. Um dos objectivos expostos na reforma é o combate aos falsos recibos verdes amplamente difundidos em Portugal e, até ao momento, largamente tolerados.

Por princípio, cabe a cada um decidir se recorre a um trabalhador dependente ou uma empresa para a execução de uma determinada tarefa, ou a um trabalhador por conta própria (regularmente, com base nos chamados "recibos verdes", recibos oficiais que um trabalhador independente tem obrigação fiscal de apresentar quando recebe os seus honorários). Mas se estes forem designados trabalhadores por conta própria apenas no contrato, e não tiverem, no entanto, nenhuma verdadeira função de prestadores de serviços independentes, prestando trabalho dependente no âmbito de um contrato de trabalho, fala-se de "falsos recibos verdes". Até ao momento, uma relação de emprego com falsos recibos verdes deste tipo nunca era consumada sem riscos. O empregador tinha de contar com exigências (adicionais) por parte do trabalhador e da instituição de segurança social para além do termo da relação laboral. Exceptuando estes aspectos, os "falsos recibos verdes" não eram alvo de qualquer outro tipo de sanção.

A situação legal futura

Esta situação altera-se de ora avante com o novo Código do Trabalho: a partir da sua entrada em vigor, constitui uma contra-ordenação muito grave imputável ao empregador a prestação de actividade, por forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado. Consoante os lucros da empresa e o grau da culpa, é aplicada uma coima entre 1.920,00 e 57.600,00 Euros. Em caso de reincidência, poderá ainda perder o direito a incentivos públicos ou benefícios fiscais.

Porém, nem sempre existe má fé numa situação de falsos recibos verdes: num mundo com uma economia alterada e globalizada, baseada na divisão de tarefas, em que as novas formas de trabalho substituem as clássicas, e o outsourcing, a flexibilização e a interligação marcam o quotidiano empresarial, as fronteiras tradicionais en-



Alltag prägen, verschwimmen oft die herkömmlichen Grenzen zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen, die Abgrenzung fällt nicht immer leicht. Ohne Bedeutung – bzw. bestenfalls ein Indiz für den tatsächlichen Willen der Parteien – ist, wie diese die Vereinbarung bezeichnet haben, die dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegt. Vielmehr kommt es auf die rechtliche Qualifizierung der Vereinbarung und ihrer Umsetzung an.

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen

Nach portugiesischem Recht liegt der Schlüssel zur Abgrenzung in der "rechtlichen Unterordnung" (subordinação jurídica) des Arbeitnehmers, die im Fall eines Selbstständigen nicht gegeben ist. Die bisherige Definition dieser rechtlichen Unterordnung beschreibt sie als das Ausführen der Tätigkeit des Arbeitnehmers "unter der Autorität und Leitung" des Arbeitgebers ("sob a autoridade e direcção").

Aus nicht näher dargelegten Gründen hat der Gesetzgeber diese Definition in der Neufassung des Arbeitsgesetzbuches geändert. Sie wird nunmehr als die Ausübung der Tätigkeit des Arbeitnehmers "im Rahmen der Organisation und unter der Autorität" des Arbeitgebers konkretisiert ("no âmbito de organização e sob a autoridade"). Die dahinter stehende Absicht ist unklar, und die entsprechenden Fachkreise rätseln. Vermutlich sollte die "rechtliche Unterordnung" greifbarer formuliert werden, ohne dass damit an der bestehenden Grenzlinie zwischen Arbeitsverhältnis und Selbstständigkeit gerüttelt wird. Hierfür spricht jedenfalls, dass die "alte" Definition in einer Reihe von Vorschriften des neuen Arbeitsgesetzbuches inkonsequenterweise beibehalten wurde.

Die "rechtliche Unterordnung" bleibt jedenfalls schwer fassbar. Die Rechtsprechung hat sich bislang damit beholfen, den konkreten Fall auf Fakten hin zu untersuchen, die regelmäßig im Fall eines Arbeitsverhältnisses bzw. Selbstständigkeit vorliegen, und die als Indizien für das Bestehen bzw. Nichtbestehen einer rechtlichen Unterordnung sprechen. Solche Indizien stellen in erster Linie Fakten organisatorischer Natur dar, also insbesondere die Verpflichtung, feste Arbeitszeiten einzuhalten, die Ausübung der Tätigkeit an einem vom

Nach dem neuen Arbeitsgesetz, sind die "recibos verdes" eine sehr schwere Ordnungswidrigkeit.

Com o novo Código do Trabalho, os falsos recibos verdes passaram a constituir uma contra-ordenação muito grave imputável ao empregador.

tre trabalhadores dependentes e trabalhadores por conta própria dissipam-se muitas vezes e a distinção nem sempre é fácil de realizar. É irrelevante – ou, na melhor das hipóteses, um indício da real intenção das partes – a forma como estas designaram o acordo que está na base da relação laboral. Muito mais importante é a qualificação legal do acordo e a sua implementação.

A distinção entre trabalhadores dependentes e trabalhadores independentes

De acordo com o Direito Português, a chave para a distinção recai na "subordinação jurídica" do trabalhador dependente, que não se verifica no caso de um trabalhador independente. A definição anterior desta "subordinação jurídica" descreve-a como a prestação da actividade por parte do trabalhador "sob a autoridade e direcção" do empregador.

Por motivos não expostos mais detalhadamente, o legislador alterou esta definição na versão revista do Código do Trabalho. A partir de agora, é concretizada como a prestação da actividade por parte do trabalhador "no âmbito de organização e sob a autoridade" do empregador. A intenção acima descrita é pouco clara e os profissionais estão na dúvida. Provavelmente, a "subordinação jurídica" de-

Ein Scheinselbstständigkeitsverhältnis war auch schon bislang nicht vollkommen ohne Risiko.

Mesmo até ao momento, uma relação de emprego com falsos recibos verdes nunca era consumada sem riscos.

Leistungsempfänger bestimmten Ort, die externe Kontrolle der Arbeitsweise, die Verpflichtung, Anweisungen zu befolgen, sowie die Verpflichtung, sich der Unternehmensdisziplin zu unterwerfen.

Als weitere Indizien gelten die Art und Weise der Bezahlung (für gewöhnlich nach Zeiteinheiten bemessen), die Leistung von Urlaubs- oder Weihnachtsgatifikationen, die Eigentumsverhältnisse an dem Arbeitsmaterial, die persönliche Ausübung der Tätigkeit ohne irgendeine Form der Zuhilfenahme "eigener" Mitarbeiter, die Entgeltfortzahlung im Fall von Krankheit, der Anspruch auf bezahlten Urlaub, die Eingliederung in die Unternehmensstruktur, und die Ausübung der Tätigkeit ausschließlich für einen Leistungsempfänger.

Schließlich haben auch eine Reihe formaler Tatsachen Indizfunktion, wie die formale Bezeichnung, die die Parteien für ihre Vereinbarung gewählt haben, die Anmeldung beim Finanzamt oder der Sozialversicherung als Arbeitnehmer sowie die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft. Hervorzuheben ist jedoch, dass die isolierte Beurteilung dieser Faktoren nicht entscheidend für die Einordnung der Beschäftigung als Arbeitsverhältnis oder Selbstständigkeit ist. Vielmehr kommt es auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Falles an. In diesem Zusammenhang ist noch eine wichtige arbeitsrechtliche Besonderheit anzusprechen: Nach allgemeinen Beweisgrundsätzen hätte ein Arbeitnehmer, der vor Gericht ein Arbeitsverhältnis einklagen will, das Vorliegen aller seiner Voraussetzungen zu beweisen. Dies ist naturgemäß oft nicht einfach, insbesondere was die erwähnte rechtliche Unterordnung betrifft.

Gesetzliche Vermutung

Das Gesetz springt daher dem Arbeitnehmer mit einer gesetzlichen Vermutung zur Seite, die ihm die Beweisführung erleichtert. In der ersten Fassung des Gesetzbuches von 2003 war die gesetzliche Vermutung an das kumulative Vorliegen von fünf Bedingungen geknüpft, die sich auch in dem oben aufgeführten Indizienkatalog wiederfinden. Diese Regelung wurde jedoch als misslungen empfunden, und 2006 wurde sie dahingehend geändert, dass "immer dann vermutet wird, dass ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde, wenn der die Arbeit Leistende vom Leistungsempfänger abhängig und in dessen Organisationsstruktur eingebunden ist sowie seine Arbeit gegen Entgelt unter dessen Weisung, Leitung und Überwachung ausübt."

Nachdem auch diese Regelung keine zufriedenstellenden Ergebnisse brachte, kehrt der Gesetzgeber in dem neuen Arbeitsgesetzbuch nunmehr zur ursprünglichen Lösung eines – allerdings etwas



veria ser formulada mais concretamente, sem que, com isto, se perturbe o limite existente entre o trabalho dependente e o trabalho independente. De qualquer modo, considera-se que a "antiga" definição foi mantida de modo inconsequente numa série de disposições do novo Código do Trabalho.

A "subordinação jurídica" permanece, no entanto, difícil de compreender. A jurisprudência tem-se contentado com a investigação de factos de casos concretos que estão normalmente associados a um contrato de trabalho por conta de outrem ou uma situação de trabalho por conta própria, e que são indicativos da existência ou não de subordinação jurídica. Tais indícios representam, em primeiro lugar, factores de natureza organizacional, isto é, principalmente a obrigação de manter horários de trabalho fixos, a prestação da actividade num local determinado pelo beneficiário, o controlo externo do modo de trabalho, a obrigação de seguir instruções, assim como a obrigação de submissão aos regulamentos da empresa.

Outros indícios são o modo de pagamento (normalmente, calculado de acordo com unidades de tempo), a concessão de subsídios de férias ou de Natal, a propriedade no material de trabalho, a prestação pessoal da actividade sem qualquer forma de emprego de colaboradores "próprios", a falta justificada sem perda de retribuição em caso de doença, o direito a férias pagas, a integração na estrutura da empresa e a prestação da actividade em exclusivo para um beneficiário.

Por último, uma série de factos formais funcionam também como indícios, tais como a designação formal que as partes atribuíram ao seu acordo, a inscrição nas Finanças ou na Segurança Social como trabalhador por conta de outrem, assim como a filiação a um sindicato. No entanto, é de salientar que a avaliação isolada destes factores não é decisiva para a classificação da ocupação como trabalho por conta de outrem ou trabalho por conta própria. Deve ter-se em



vagen – Indizienkatalogs zurück. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages wird nun vermutet, wenn "einige" der folgenden fünf Charakteristika gegeben sind: (1) Die Tätigkeit wird an einem dem Leistungsempfänger gehörenden oder von ihm bestimmten Ort ausgeübt; (2) die Arbeitsmittel gehören dem Leistungsempfänger; (3) der die Tätigkeit Leistende hält vom Leistungsempfänger bestimmte Zeiten des Beginns und des Endes der Tätigkeit ein; (4) als Gegenleistung für die Tätigkeit wird dem Leistenden mit einer gewissen Regelmäßigkeit ein fester Betrag gezahlt; (5) der die Tätigkeit Leistende übt Vorgesetzten- oder Leitungsfunktionen in der Organisationsstruktur des Unternehmens aus.

Wichtig ist, sich die Natur dieser gesetzlichen Vermutung vor Augen zu halten: Sie dient zum Zwecke der Beweiserleichterung zugunsten des Arbeitnehmers. Sie schließt daher weder aus, dass der Arbeitnehmer vor Gericht erfolgreich beweisen kann, dass ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde, obwohl im konkreten Fall nicht "einige" der oben aufgeführten Charakteristika vorliegen, noch, dass der Dienstleistungsempfänger trotz gegebener Charakteristika entgegen der dadurch hervorgerufenen Vermutung den Gegenbeweis erbringt, dass kein Arbeitsvertrag existiert.

Die veränderte Definition des Arbeitsvertrages sorgt leider für Rechtsunsicherheit. Solange keine Klärung durch die Gerichte erfolgt ist, sollten die oben aufgeführten Faktoren auch weiterhin als Orientierungshilfe gebraucht werden. Auch die neue gesetzliche Vermutung wirft die Frage auf, was denn unter "einigen" der genannten Charakteristika zu verstehen ist. Es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung diesen unbestimmten Begriff interpretieren wird. Eine weitere Maßnahme im Kampf gegen Beschäftigungsverhältnisse auf Basis von "recibos verdes" ist in Planung: Durch die anstehende Reform des Gesetzes über Sozialbeiträge soll eine Beitragspflicht des Auftraggebers in Höhe von fünf Prozent des vereinbarten Entgelts eingeführt werden. ☹

conta uma análise global de todas as circunstâncias de um caso concreto. Neste contexto, tem ainda interesse uma particularidade do Direito do Trabalho: de acordo com os princípios gerais de prova, um trabalhador por conta de outrem que pretendesse reclamar um contrato de trabalho perante o tribunal teria de provar a existência de todas as suas condições. Tal não é fácil por natureza, sobretudo no que respeita à subordinação jurídica mencionada.

Presunção legal

A lei coloca, assim, de parte o trabalhador por conta de outrem com uma presunção legal que lhe facilita a constituição da prova. Na primeira versão do Código de 2003, a presunção legal estava associada à existência cumulativa de cinco condições, que podem ser novamente encontradas na lista de indícios supracitados. Porém, esta regulamentação foi considerada um fracasso, e foi alterada em 2006, sendo que se presumia sempre "que existe um contrato de trabalho, sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as ordens, direcção e fiscalização deste, mediante retribuição."

Depois de também esta regulamentação não ter tido resultados satisfatórios, o legislador retorna agora, no novo Código do Trabalho, à deliberação original de uma lista de indícios, ainda que algo vaga. Presume-se a existência de um contrato de trabalho, se se verificarem "algumas" das cinco características: (1) a actividade é prestada num local pertencente ao beneficiário ou num local determinado por ele; (2) os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem ao beneficiário; (3) o prestador da actividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; (4) como retribuição pela actividade, é pago com determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de actividade, como contrapartida da mesma; (5) o prestador da actividade desempenha funções de supervisão ou chefia na estrutura orgânica da empresa.

O importante é tornar clara a natureza desta presunção legal: destina-se à facilitação da prova em favor do trabalhador dependente. Por isso, não exclui nem que o trabalhador possa provar perante o tribunal a celebração de um contrato de trabalho, ainda que neste caso em concreto não se verifiquem "algumas" das características acima descritas, nem que o beneficiário dos serviços possa fornecer a contraprova de que não existe qualquer contrato de trabalho, apesar das características contrárias à presunção com isto suscitada.

A definição alterada do contrato de trabalho, lamentavelmente, dá origem à insegurança jurídica. Desde que não suceda qualquer esclarecimento por parte dos tribunais, os factores acima mencionados devem ser ainda utilizados como linha de orientação. Também a nova presunção legal levanta a questão sobre o que se deve entender por "algumas" das características mencionadas. Resta esperar para ver como é que jurisprudência irá interpretar este conceito de contornos incertos. Uma outra medida de luta contra as relações laborais baseadas nos "recibos verdes" integra o plano: através da futura reforma do Código Contributivo da Segurança Social, deverá ser introduzida a obrigação do empregador de contribuir com cinco por cento da remuneração estipulada. ☹