

**N Aard arbeidsrelatie kinderopvang A2**  
MH/JC/AS  
730-2015

**Brussel, 28 oktober 2015**

**ADVIES**

**over**

**EEN ONTWERP VAN KONINKLIJK BESLUIT TOT UITBREIDING VAN HET  
WEERLEGBAAR VERMOEDEN BETREFFENDE DE AARD VAN DE  
ARBEIDSRELATIE EN TOT INVOERING VAN SPECIFIEKE CRITERIA VOOR  
HET BEOORDELEN VAN DE AARD VAN DE ARBEIDSRELATIE IN DE  
VLAAMSE SECTOR VAN DE KINDEROPVANG**

(goedgekeurd door het bureau op 9 juni 2015,  
bekrachtigd door de Hoge Raad op 28 oktober 2015)

*In zijn brief van 10 maart 2015 heeft de heer Kris Peeters, Minister van Werk, het advies van de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd over een ontwerp van koninklijk besluit tot uitvoering van sommige bepalingen van de programmawet (I) van 27 december 2006 wat betreft de aard van de arbeidsrelaties die bestaan in het kader van de uitoefening van werkzaamheden die vallen onder het toepassingsgebied van het paritair comité voor de Vlaamse welzijns- en gezondheidssector.*

*Na raadpleging van de bij de Hoge Raad vertegenwoordigde betrokken beroepsorganisaties en interprofessionele organisaties, heeft het bureau van de Hoge Raad op 9 juni 2015 onderstaand advies over dit ontwerp van koninklijk besluit uitgebracht, dat werd bekrachtigd door de Hoge Raad op 28 oktober 2015.*

## INLEIDING

De arbeidsrelatiewet, namelijk Titel XIII. Aard van de Arbeidsrelaties van de programmawet (I) van 27 december 2006, bepaalt de wijze waarop de aard van de arbeidsrelatie moet beoordeeld worden en beoogt schijnzelfstandigheid en schijnwerknemerschap tegen te gaan. Daartoe voorziet deze wet:

- vier algemene criteria die moeten gebruikt worden om de aard van de arbeidsrelatie te beoordelen (art. 333, §1),
- de mogelijkheid om naast deze vier algemene criteria voor één of meerdere beroepen of sectoren aanvullende specifieke criteria op te stellen (art. 334 en 335),
- een weerlegbaar vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie alsook negen specifieke criteria voor vier welbepaalde sectoren (onroerende werken, bewaking, schoonmaak, transport) waarvan de wetgever vermoedde dat er in die sectoren specifieke problemen inzake schijnzelfstandigheid bestonden (art. 337/1, §1 en 337/2, §1 en §2),
- de mogelijkheid om die negen specifieke criteria voor die vier door de wet vastgelegde sectoren of hun subsectoren te vervangen of aan te vullen (art. 337/2, §3),
- 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).

Het is deze laatste mogelijkheid waarop het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit betrekking heeft.

Artikel 2 van dit ontwerp van koninklijk besluit beoogt namelijk het weerlegbaar vermoeden uit te breiden tot de in artikel 1 van het ontwerp vermelde activiteiten, zijnde de werkzaamheden die worden verricht door de inrichtingen en diensten, vermeld in artikel 1, §2, eerste lid, 1<sup>o</sup> en artikel 1, §2, tweede lid van het koninklijk besluit van 9 maart 2003 tot oprichting van sommige paritaire comités en tot vaststelling van de benaming en de bevoegdheid ervan. Meer bepaald zijn deze inrichtingen en diensten de organisatoren van:

- buitenschoolse opvang die door de Vlaamse Gemeenschap of de Vlaamse Gemeenschapscommissie worden erkend en/of gesubsidieerd,
- buitenschoolse opvang die een attest van toezicht hebben van de bevoegde instelling van de Vlaamse Gemeenschap,
- kinderopvang voor baby's en peuters die vergund zijn door de bevoegde instelling van de Vlaamse Gemeenschap.

Het ontwerp beoogt dus in de eerste plaats de uitbreiding van het weerlegbaar vermoeden tot de Vlaamse sector van de kinderopvang.

Daarnaast voorziet artikel 3 van het ontwerp van koninklijk besluit een reeks specifieke criteria ter vervanging van de negen in artikel 337/2 van de arbeidsrelatiewet voorziene criteria.

Samengevat beoogt het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit dus de uitbreiding van het weerlegbaar vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie tot en de invoering van specifieke criteria voor het beoordelen van de arbeidsrelatie in de Vlaamse sector van de kinderopvang.

## STANDPUNTEN

### 1. Geen risicosector

Met het weerlegbaar vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie beoogt de wetgever problemen inzake schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap aan te pakken in beroepen of sectoren waarin men specifiek met deze problematiek geconfronteerd wordt en waar dit leidt tot oneerlijke concurrentie.<sup>1</sup> De wetgever heeft in de arbeidsrelatiewet enkele welbepaalde sectoren bepaald waarop het weerlegbaar vermoeden betreffende de aard van de arbeidsrelatie van toepassing is omdat hij van mening was dat er in deze sectoren ernstige en specifieke problemen inzake schijnzelfstandigheid bestonden. Daarenboven heeft hij dus de mogelijkheid voorzien het weerlegbaar vermoeden uit te breiden tot andere beroepen of sectoren. Logischerwijze wordt het weerlegbaar vermoeden enkel uitgebreid tot beroepen of sectoren die ook met een ernstige en specifieke problematiek inzake schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap geconfronteerd worden. In zijn advies over het voorontwerp van de wet tot wijziging van de arbeidsrelatiewet merkte de Raad van State bovendien op dat ervoor gewaakt dient te worden dat die keuze van beroepen of sectoren berust op een objectieve en redelijke verantwoording.<sup>2</sup>

In het advies van 12 januari 2015 van het Paritair Comité nr. 331 voor de Vlaamse welzijns- en gezondheidssector wordt geen enkele motivatie gegeven waarom het wettelijk vermoeden zou moeten uitgebreid worden tot de Vlaamse sector van de kinderopvang. Ook de adviesvraag van de Minister over het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit vermeldt geen enkele reden.

De Hoge Raad heeft geen weet van objectieve elementen die wijzen op het bestaan van een specifieke problematiek van schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap in de sector van de kinderopvang. De sector heeft geen afname maar integendeel een stijging van het aantal werknemers gekend. In de jaarverslagen en actieplannen van de Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst (SIOD) wordt er geen melding gemaakt van problemen inzake schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap in deze sector. De administratieve commissie ter regeling van de arbeidsrelatie heeft geen enkele beslissing genomen die betrekking heeft op een arbeidsrelatie in deze sector.

Zoals in heel wat andere sectoren zullen er in de kinderopvangsector ook wel enkele gevallen van schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap voorkomen. Maar voor de aanpak van die gevallen is de uitbreiding van het weerlegbaar vermoeden geen proportionele maatregel. De

---

<sup>1</sup> Zie de memorie van toelichting bij het wetsontwerp 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>)

<sup>2</sup> 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>)

uitbreiding van het weerlegbaar vermoeden is onmiddellijk de meest verregaande maatregel terwijl bij de vaststelling van gevallen van schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap in een sector logischerwijze eerst andere maatregelen genomen worden zoals goede informatie voor de betrokkenen, sensibilisering en gerichte controle op basis van de algemene criteria. Dit is tot op heden niet gebeurd.

Aangezien er geen objectieve elementen bestaan die wijzen op een specifieke problematiek van schijnzelfstandigheid in de sector van de kinderopvang en de uitbreiding van het weerlegbaar vermoeden dan een te verregaande maatregel is, is het volgens de Hoge Raad dan ook niet nodig en niet aanvaardbaar dat het weerlegbaar vermoeden tot deze sector wordt uitgebreid.

## 2. Geen goede criteria

Volgens de Hoge Raad volstaan de algemene criteria zoals voorzien in artikel 333 van de arbeidsrelatiewet voor het beoordelen van de aard van de arbeidsrelaties in de sector van de kinderopvang.

Daarenboven vindt de Hoge Raad de in het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit voorgestelde specifieke criteria geen goede criteria. Ze laten niet toe de arbeidsrelatie correct te beoordelen. Indien men de voorgestelde specifieke criteria toepast op de relatie tussen twee zelfstandigen die daadwerkelijk en te goeder trouw zelfstandigen zijn en die onderling samenwerken is de kans heel groot dat hun relatie toch zal gekwalificeerd worden als een arbeidsovereenkomst.

De criteria zijn niet voldoende evenwichtig opgesteld. De criteria a, b, c, e en f zijn erg gelijkaardig wat betekent dat indien men op één van deze criteria positief scoort men voor al deze criteria positief scoort. In het criterium g zitten bovendien zes criteria vervat die cumulatief gelden.

Bovendien houden de voorgestelde criteria onvoldoende rekening met de specifieke praktische en wettelijke context waarbinnen men in de zelfstandige kinderopvang werkt en samenwerkt. Praktisch gezien moeten zelfstandigen die samenwerken nu eenmaal onderlinge afspraken maken met betrekking tot wie welke taken op zich neemt, wie waar en wanneer werkt, enz. Zeker in de kinderopvang is dat noodzakelijk om een veilige, kwalitatieve en pedagogische verantwoorde omgeving voor de kinderen te waarborgen. Dergelijke afspraken zijn ook nodig om aan de wettelijke verplichtingen die in de sector van de kinderopvang gelden te kunnen beantwoorden. Dat wettelijke kader waarbinnen men in de zelfstandige kinderopvang moet werken<sup>3</sup>, zorgt er bovendien voor dat men op een aantal van de voorgestelde criteria sowieso positief zal scoren. In criterium g is er bijvoorbeeld sprake van een systeem van tijdsregistratie terwijl de organisator van kinderopvang verplicht is te zorgen voor een registratie van de aanwezigheid van de kinderbegeleiders zodat kan gecontroleerd worden of er voldoende begeleiders aanwezig zijn in verhouding tot het aantal aanwezige kinderen.<sup>4</sup> In dit kader dient tevens opgemerkt te worden dat artikel 333, §2 van de arbeidsrelatiewet duidelijk stelt dat de verplichtingen die inherent zijn aan de uitoefening van een beroep en die door of krachtens een wet zijn opgelegd niet in overweging mogen genomen worden om de aard van een arbeidsrelatie te beoordelen. De Hoge Raad is van mening dat de vrijheid van ondernemen een belangrijk grondrecht is en dat de praktische en wettelijke modaliteiten waaraan men binnen een beroep moet voldoen de zelfstandige uitoefening van dat beroep dan ook niet in de weg mogen staan.

---

<sup>3</sup> Binnen de Vlaamse Gemeenschap bestaat dit wettelijk kader uit het decreet van 20 april 2012 houdende de organisatie van kinderopvang van baby's en peuters en uit de verschillende uitvoeringsbesluiten van dit decreet.

<sup>4</sup> Artikel 47 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 november 2013 houdende de vergunningsvoorwaarden en het kwaliteitsbeleid voor gezinsopvang en groepsopvang van baby's en peuters

### 3. Enkel de Vlaamse sector van de kinderopvang

Het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit is, zoals reeds in de inleiding van dit advies toegelicht, enkel van toepassing op de Vlaamse sector van de kinderopvang. De Hoge Raad begrijpt niet waarom een arbeidsrelatie in de kinderopvang die verbonden is met de Vlaamse Gemeenschap anders zou moeten beoordeeld worden dan een arbeidsrelatie in de kinderopvang die verbonden is met de Franse of Duitstalige Gemeenschap. Hij ziet geen redenen waarom men personen in die situaties niet gelijk zou behandelen. De arbeidsrelatiewetgeving, met inbegrip van het desgevallend weerlegbaar vermoeden en de desgevallende specifieke criteria voor welbepaalde sectoren, moet volgens de Hoge Raad over het ganse grondgebied gelijk worden toegepast.

Indien men de arbeidsrelatiewetgeving niet overal gelijk toepast, kan dat niet enkel leiden tot een schending van het gelijkheidsbeginsel maar ook tot grote rechtsonzekerheid en complexiteit. Dit bijvoorbeeld voor personen die actief zijn het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waar de kinderopvang dus zowel met de Vlaamse als Franse Gemeenschap kan verbonden zijn of voor personen die in verschillende gewesten actief zijn. In het geval van een organisator van kinderopvang in Brussel die zowel verbonden is met de Vlaamse als de Franstalige Gemeenschap zou eenzelfde arbeidsrelatie zo zelfs twee verschillende kwalificaties kunnen krijgen.

Hier dient bovendien ook terug gewezen te worden op de eerder vermelde opmerking van de Raad van State dat ervoor gewaakt dient te worden dat de keuze van beroepen of sectoren berust op een objectieve en redelijke verantwoording. Dat is hier dus volgens de Hoge Raad duidelijk niet het geval.

### 4. Geen eenparig advies van het paritair comité

Voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van het weerlegbaar vermoeden voorziet artikel 337/1, §2 van de arbeidsrelatiewet een welbepaalde procedure. Artikel 335 van de arbeidsrelatiewet voorziet een identieke procedure voor het vastleggen van specifieke criteria. Deze procedure voorziet dat het advies over het ontwerp van koninklijk besluit moet gevraagd worden aan het Directiecomité van het Federaal aansturenbureau van de sociale inlichtingen en opsporingsdienst, het bevoegde paritair comité en de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO. Indien deze drie organen niet binnen de vier maanden een eensluidend en eenparig advies verstrekken, kan het weerlegbaar vermoeden slechts worden uitgebreid en kunnen de specifieke criteria slechts worden vastgelegd bij een koninklijk besluit vastgelegd na overleg in de Ministerraad. Bovendien blijkt uit het advies van de Raad van State over het voorontwerp van wet tot wijziging van de arbeidsrelatiewet en uit de parlementaire voorbereiding van deze wet dat “een eensluidend en eenparig” advies moet begrepen worden als eensluidende adviezen van de drie organen waarbij elk orgaan zijn advies op eenparige wijze heeft aangenomen<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Uit de bespreking van artikel 7 in het 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. p. 23 van het parlementair document 53K2319001 - <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/53/2319/53K2319001.pdf>) blijkt dat de auteurs van het ontwerp de Raad van State hebben laten weten dat het de bedoeling was als voorwaarde te stellen dat de geraadpleegde organen op eenparige wijze eensluidende adviezen moeten verstrekken. De Raad van State doet dan vervolgens de aanbeveling de notie “een eensluidend en eenparig advies” duidelijker te omschrijven. In het wetsontwerp doet men een kleine aanpassing maar daardoor wordt de tekst echter niet duidelijker. Tijdens de parlementaire behandeling herneemt men vervolgens (niet via een amendement maar via een verbeterde versie) nagenoeg letterlijk de formuleringen die in het voorontwerp stonden.

In zijn adviesvraag verwijst de Minister van Werk naar het unaniem advies van 12 januari 2015 van het Paritair Comité nr. 331 voor de Vlaamse welzijns- en gezondheidssector. Ook in dat advies zelf, dat bij de adviesvraag was gevoegd, staat vermeld dat de sociale partners vertegenwoordigd in dat paritair comité op hun vergadering van 12 januari 2015 dat advies unaniem gegeven hebben. De beroepsorganisatie voor de zelfstandigen in de kinderopvang UNIEKO, die één van zes in dat paritair comité vertegenwoordigde organisaties is en één van de drie in dat paritair comité vertegenwoordigde werkgeversorganisaties, was echter niet vertegenwoordigd tijdens die vergadering van 12 januari 2015. Het is dan ook foutief om te stellen dat de sociale partners vertegenwoordigd in dat paritair comité op hun vergadering van 12 januari 2015 een unaniem positief advies hebben gegeven. Bovendien was het voor de beroepsorganisatie UNIEKO onmogelijk om op die vergadering aanwezig te zijn. Ze werden pas de dag zelf waarop die vergadering plaatsvond, enkele uren voor die vergadering, op de hoogte gebracht van hun erkenning en uitgenodigd op die vergadering. Aan de voorwaarde van een eensluidend en eenparig advies zoals voorzien in de artikelen 335 en 337/1, §2 van de arbeidsrelatiewet is dus niet voldaan.

Het advies van het Paritair Comité nr. 331 van 12 januari 2015 kan bovendien sowieso niet beschouwd worden als een advies over het ontwerp van koninklijk besluit overeenkomstig de procedure voorzien in de artikelen 335 en 337/1, §2 van de arbeidsrelatiewet. Deze artikelen bepalen namelijk dat de betrokken ministers hetzij op hun eigen initiatief, hetzij op vraag van het bevoegde paritaire comité of subcomité, de Nationale Arbeidsraad, de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO of van de organisaties die erin vertegenwoordigd zijn het advies van de eerder vermelde organen kunnen vragen. Het advies van het Paritair Comité nr. 331 van 12 januari 2015 kan dus enkel gezien worden als een vraag aan de Minister om het advies van de eerder vermelde organen te vragen. De Minister moet dus ook nog het advies van het Paritair Comité nr. 331 over het ontwerp van koninklijk besluit vragen.

## **5. Evaluatie van de arbeidsrelatiewetgeving afwachten**

Op 22 april 2015 hebben de Ministers Peeters en Borsus en Staatssecretaris Tommelein de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO gevraagd om tegen 1 september 2015 de arbeidsrelatiewetgeving te evalueren. Die vraag werd tevens gesteld aan de Nationale Arbeidsraad en het Algemeen Beheerscomité voor het sociaal statuut van zelfstandigen. Artikel 342 van de arbeidsrelatiewet bepaalt dat deze wet twee jaar na haar inwerkingtreding het voorwerp zal uitmaken van een evaluatie door de Nationale Arbeidsraad en de Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO. Die evaluatie heeft echter nooit plaatsgevonden aangezien door het uitblijven van de nodige uitvoeringsbesluiten de wet eerder nog niet echt operationeel was. Ondertussen is er dus de wetswijziging van 25 augustus 2012 en zijn de nodige uitvoeringsbesluiten genomen.

Aangezien deze evaluatie mogelijk interessante informatie zal opleveren over de toepassing van de arbeidsrelatiewet en zijn uitvoeringsbesluiten op de arbeidsrelaties in het algemeen enerzijds en op de arbeidsrelaties in een aantal specifieke sectoren anderzijds, is het aangewezen de resultaten van deze evaluatie af te wachten.

## BESLUIT

De Hoge Raad voor de Zelfstandigen en de KMO brengt een negatief advies uit over het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit.

Hij is van mening dat:

- de sector van de kinderopvang niet onder het weerlegbaar vermoeden betreffende de arbeidsrelatie mag gebracht worden aangezien er geen objectieve elementen zijn die wijzen op een specifieke problematiek van schijnzelfstandigheid of schijnwerknemerschap in deze sector;
- er geen behoefte is aan specifieke criteria voor het beoordelen van de aard van de arbeidsrelaties in de sector van de kinderopvang;
- de voorgestelde specifieke criteria geen goede criteria zijn aangezien zij niet toelaten de arbeidsrelatie correct te beoordelen en niet voldoende rekening houden met de specifieke praktische en wettelijke context waarbinnen men in de zelfstandige kinderopvang moet werken;
- het verschillend beoordelen van de arbeidsrelaties in de kinderopvang verbonden aan de verschillende Gemeenschappen kan leiden tot de schending van het gelijkheidsbeginsel en tot grote rechtsonzekerheid en complexiteit;
- het advies van de het Paritair Comité nr. 331 foutief wordt aangeduid als een unaniem advies;
- het voorliggend ontwerp van koninklijk besluit ook ter advies aan het Paritair Comité nr. 331 moet voorgelegd worden;
- het aangewezen is te wachten op de resultaten van de lopende evaluatie van de arbeidsrelatiewetgeving.

---