

De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is via de Regeling dienstverlening aan huis en van de zelfstandige thuiszorghulp in Nederland, tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013

Masterscriptie voor de richting Privaatrecht
S.C. Brandenburg
Studentnummer: 836619962

Scriptiebegeleider:
Mw. mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh
Examinator:
Dhr. prof. mr. J.G.J. Rinkes

Open Universiteit Nederland, 2015/2016

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen

Hoofdstuk 1	Inleiding	1
Hoofdstuk 2	De positie van de thuiszorgorganisatie	3
Hoofdstuk 3	Op welke manieren kan een thuiszorghulp bij een zorgbehoevende werkzaam zijn en welke juridische gevolgen heeft de manier waarop een thuiszorghulp werkzaam is op haar arbeidsmarktpositie?	6
3.1	Inleiding	6
3.2	De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst	6
3.2.1	Ontslagbescherming	6
3.2.2	WW-uitkering	8
3.2.3	Arbeidongeschiktheid	9
3.2.4	Pensioen	10
3.3	De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is	10
3.4	De rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp	11
3.4.1	Inleiding	11
3.4.2	Tarieven	12
3.4.3	Arbeidsongeschiktheid	13
3.4.4	Pensioen	14
3.5	Wat betekent het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 voor de constructie Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp?	16
3.5.1	Wat is de inhoud van het arrest van het gerechtshof?	16
3.5.2	Beoordeling van de standpunten die het gerechtshof in het arrest heeft ingenomen vanuit de rechtsliteratuur bezien	17
3.5.3	In hoeverre zijn de standpunten die het gerechtshof in het arrest heeft ingenomen solide?	19
3.5.4	Welke gevolgen heeft het arrest voor de Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp?	20
3.6	Zijn er manieren waarbij de thuiszorghulp als zelfstandige thuiszorghulp kan werken, mede in licht van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden?	22
3.6.1	Inleiding	22
3.6.2	VAR-verklaring	22

3.6.3	Op welke wijze beoordelen de Belastingdienst en het UWV of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking?	23
3.6.4	Met welke problemen worden de zelfstandigen in de zorg geconfronteerd?	24
3.6.5	Beschikking geen loonheffing (BGL) en het alternatief voor de BGL	25
3.6.6	Welke manieren zijn er om als zelfstandige thuiszorghulp te werken tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof?	27
3.6.6.1	De Zelfstandige Service Organisatie (ZSO)	27
3.6.6.2	Pilot zorg	28
3.6.6.3	Kan de thuiszorghulp via de ZSO of de pilot zorg op een juridisch correcte manier als zelfstandige werken?	29
Hoofdstuk 4	Wat betekent de Wet werk en zekerheid voor de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is?	32
4.1	Inleiding	32
4.2	Veranderingen in het ontslagrecht	32
4.3	Transitievergoeding	34
4.4	Hoger beroep en cassatie	35
4.5	Nul-urencontract	36
Hoofdstuk 5	Welke verschillen zijn er in arbeidsrechtelijke positie dan wel rechtspositie tussen de verschillende thuiszorghulpen en op welke wijze kan hun positie verbeterd worden?	37
5.1	Inleiding	37
5.2	Arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is	37
5.2.1	Wat zijn de verschillen tussen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is ?	37
5.2.2	Op welke wijze zou de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is verbeterd kunnen worden?	38
5.3	Rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp	38
5.3.1	Wat zijn de verschillen tussen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp?	39
5.3.2	Op welke wijze zou de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp verbeterd kunnen worden?	40

Veldonderzoek

Literatuurlijst

Jurisprudentielijst

Lijst van gebruikte afkortingen

AFM	Autoriteit Financiële Markten
AOW	Algemene Ouderdomswet
Avv	Algemeen verbindend verklaard
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BGL	Beschikking Geen Loonheffingen
BprW	Wet verplichte deelneming in een aanvullende beroepspensioenregeling
BW	Burgerlijk Wetboek
CAK	Centraal Administratiekantoor
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
EU	Europese Unie
FOR	Fiscale oudedagsreserve
HHT	Huishoudelijke hulp toelage
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IVA	Inkomensverzekering voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrechter
Ktr.	Kantonrechter
NMa	Nederlandse mededingingsautoriteit
NZa	Nationale Zorgautoriteit
Pgb	Persoonsgebonden budget
SV	Sociale Verzekeringsloon
SVB	Sociale Verzekeringsbank
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR-verklaring	Verklaring arbeidsrelatie
VAR-wuo	VAR winst uit onderneming
VAR-dga	VAR directeur-groootaandeelhouder
VAR-row	VAR resultaat uit overige werkzaamheden
VVT	Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WGA	Werkhervattingsregeling gedeeltelijk arbeidsongeschikten
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wkkgz	Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg

WMCO	Wet melding collectief ontslag
WMO	Wet Maatschappelijke Ondersteuning
WPB	Wet verplichte deelneming in een aanvullend bedrijfstakpensioenfonds
WW	Werkloosheidswet
ZW	Ziektewet
ZSO	Zelfstandige Service Organisatie
Zzp-er	Zelfstandige zonder personeel

1 Inleiding

Wat is er aan de hand bij de thuiszorg in Nederland? Als je de berichten in de media leest, zijn er grote problemen die vragen om een oplossing. Op de website van nu.nl stond als koptekst "Hof geeft zelfstandige thuiszorghulpen gelijk".¹ Een andere koptekst van deze website was "Vakbonden vrezen ontslag golf thuiszorg".² Op de website flexnieuws.nl stond als koptekst "Kamer: wil dat jacht op zzp'ers in de zorg stopt".³ Deze koppen maken duidelijk dat er op dit moment veel onrust is bij de thuiszorgorganisaties. Uit deze koppen blijkt dat de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is via de Regeling dienstverlening aan huis en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp op dit moment onzeker dan wel onduidelijk is.

Deze scriptie heeft als doel de volgende probleemstelling te beantwoorden: *Wat is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en van de zelfstandige thuiszorghulp tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013?*⁴ Het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft betrekking op de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is. Deze regeling houdt in dat de thuiszorghulp voor maximaal drie dagen per week regelmatig voor een zorgbehoevende huishoudelijke werkzaamheden verricht. Ook wordt met dit arrest veelvuldig verwezen naar de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp. In deze scriptie wordt niet alleen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is besproken, maar ook de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp.

In deze scriptie zal ik met als peildatum 15 juni 2015 in kaart brengen wat de gevolgen zijn van het bovenstaande arrest voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en wat de gevolgen zijn voor de zelfstandige thuiszorghulp. Om de positie van deze thuiszorghulpen goed in kaart te kunnen brengen, zal hun positie worden vergeleken met de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Alleen de positie van de thuiszorghulp die huishoudelijk werk verricht, zal worden besproken. De reden hiervoor is dat het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich beperkt tot de thuiszorghulp die huishoudelijk werk verricht bij een zorgbehoevende. Alleen in paragraaf 3.6.6, "welke manieren zijn er om als zelfstandige thuiszorghulp te werken tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof", zal hiervan worden afgeweken, zodat een volledig beeld wordt geschetst welke manieren er zijn om als zelfstandige in de zorg te werken.

De probleemstelling leidt tot de volgende hoofdstukkenindeling. In hoofdstuk 2 zal aandacht worden besteed aan de positie van de thuiszorgorganisatie op dit moment. In hoofdstuk 3 zal besproken worden op welke manieren een thuiszorghulp bij een zorgbehoevende werkzaam kan zijn en welke gevolgen dit heeft voor de arbeidsrechtelijke positie dan wel de rechtspositie van de

¹ <http://www.nu.nl/economie/3623350/hof-geeft-zelfstandige-thuiszorghulpen-gelijk>.

² <http://www.nu.nl/economie/3541766/vakbonden-vrezen-ontslaggolf-thuiszorg>.

³ <http://www.flexnieuws.nl/2014/04/24/kamer-wil-dat-jacht-op-zzpers-zorg-stopt>.

⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, zaaknummer 200.109.711, JAR 2014/12 (noot mr. E. Cremers-Hartman).

thuiszorghulp in het algemeen. Door de peildatum van 15 juni 2015 te hanteren zal in hoofdstuk 3 de wettelijke bepalingen worden besproken van vóór de invoering van de Wet werk en zekerheid. Bij een aantal paragrafen van dit hoofdstuk zal ook uiteen worden gezet wat de wettelijke bepaling is door de invoering van de Wet werk en zekerheid. Ook zal in dit hoofdstuk besproken worden wat het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 betekent voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de zelfstandige thuiszorghulp. Tevens zullen in dit hoofdstuk de standpunten die het gerechtshof in het arrest heeft genomen, worden beoordeeld vanuit de rechtsliteratuur en zal worden aangegeven in hoeverre deze standpunten solide zijn. Vervolgens zal in dit hoofdstuk besproken worden of er manieren zijn, waarbij de thuiszorghulp als zelfstandige thuiszorghulp kan werken en dit tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof. Op basis van het door mij gedane veldonderzoek bij enkele organisaties die op deze wijze werken, heb ik beoordeeld in hoeverre de thuiszorghulp via de ZSO of de pilot zorg op een juridisch correcte manier als zelfstandige kan werken. In hoofdstuk 4 zal uiteengezet worden wat de Wet werk en zekerheid betekent voor de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. Vanwege het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 kan de Wet werk en zekerheid consequenties hebben voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de zelfstandige thuiszorghulp, omdat zij mogelijk werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst bij de thuiszorgorganisatie. In hoofdstuk 5 zullen de verschillen in de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst worden vergeleken met de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is. Ook zullen in dit hoofdstuk de verschillen uiteen worden gezet tussen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp. Vervolgens zal in dit hoofdstuk uiteen worden gezet op welke wijze de arbeidsrechtelijke positie dan wel de rechtspositie van deze thuiszorghulpen verbeterd zou kunnen worden. In hoofdstuk 6 zal ik een conclusie geven over bovenstaande problematiek en worden enkele aanbevelingen gedaan.

2 De positie van de thuiszorgorganisatie

Vóór 1 januari 2015 was de thuiszorg via de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) geregeld. Sinds 1 januari 2015 valt de thuiszorg onder de Wet Maatschappelijke Ondersteuning 2015 (WMO). Het kabinet was van mening dat de gemeenten beter zouden kunnen inspelen op de lokale omstandigheden en de zorgbehoefte van de zorgbehoevenden. Daarom besloot het kabinet dat de gemeenten vanaf 1 januari 2015 ondersteuning en begeleiding aan huis zouden leveren. Naast de invoering van de WMO, besloot het kabinet om 40% te bezuinigen op de huishoudelijke hulp. Vanaf 1 januari 2015 zijn de gemeenten dus verantwoordelijk voor het organiseren van passende ondersteuning aan huis voor zorgbehoevenden die niet op eigen kracht kunnen participeren in de samenleving. Via de WMO krijgen zij passende ondersteuning, die hen in staat stelt om een gestructureerd huishouden te voeren. Het doel van de WMO is het mogelijk maken dat zorgbehoevenden langer thuis kunnen blijven wonen en dat zij kunnen blijven participeren in de samenleving. In een beleidsplan leggen de gemeenten vast op welke wijze en op basis van welke criteria de zorgbehoevenden voor een maatwerkvoorziening in aanmerking komen. De gemeenten geven daarbij ook aan hoe zij de zorgbehoevenden betrekken bij de uitvoering van hun beleid, waardoor het voor de zorgbehoevenden duidelijk is welke maatschappelijke ondersteuning zij van hun gemeente kunnen verwachten. Iedere gemeente zal met de zorgbehoevende de ondersteuningsbehoefte en de oplossing hiervoor bespreken. Hierbij zijn de eigen mogelijkheden en behoeftes van de zorgbehoevende het uitgangspunt. Wanneer de zorgbehoevende de ondersteuningsbehoefte niet zelf of binnen de sociale omgeving kan oplossen, ontvangt de zorgbehoevende een maatwerkvoorziening van de gemeente. De zorgbehoevende heeft de mogelijkheid om tegen de beslissing van de gemeente bezwaar te maken en in beroep te gaan. In de WMO blijft wel de mogelijkheid bestaan voor de zorgbehoevende met een maatwerkvoorziening om de ondersteuning met een persoonsgebonden budget (pgb) zelf in te kopen. Dit pgb wordt beheerd door de Sociale Verzekeringsbank (SVB). Het pgb wordt niet op de bankrekening van de zorgbehoevende gestort.

In het kader van de WMO werken de gemeenten actief samen met zorgverzekeraars bij het organiseren van de zorg en de ondersteuning in buurten, wijken en dorpen. Deze samenwerking is de sleutel voor het bieden van zorg en ondersteuning via de sociale wijkteams, waarbij de wijkverpleegkundige een belangrijke schakel zal vormen tussen welzijn, ondersteuning en zorg.⁵ Een belangrijke vraag die bij de samenwerking beantwoord moet worden, is de vraag of gemeenten alles openbaar moeten aanbesteden. Volgens mr. A.E. Broesterhuizen zijn de gemeenten daartoe niet verplicht. Ook mr. T. Robbe komt tot dezelfde conclusie: "Het aanbesteden van zorg is een "2B dienst" en bij een 2B dienst hoeft geen volledige EU-procedure gevolgd te worden, waardoor dus meerdere vormen van aanbesteden mogelijk zijn". Door de uitwerking van

⁵ <http://www.invoeringwmo.nl/bibliotheek/wetsvoorstel-wmo2015>.

de afspraken uit het zorgoverleg, kunnen gemeenten afzien van het uitschrijven van een aanbesteding. Het afzien van een aanbesteding wordt ondersteund door de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn die op 11 februari 2014 is aangenomen.⁶ In deze richtlijn hebben de sociale diensten een aparte positie gekregen.

Zoals in het voorgaande uiteen is gezet, zijn gemeenten dus niet verplicht de ondersteuning aan huis dan wel de huishoudelijke hulp aan te besteden. Hierdoor kunnen gemeenten zelf invullen hoe zij deze ondersteuning willen gaan regelen en hoe zij de bezuinigingen gaan invullen.⁷ Dit betekent dat de gemeenten kunnen besluiten om minder ondersteuning dan wel niet langer ondersteuning aan huis te verlenen. Voor de ondersteuning aan huis kan de gemeente een thuiszorgorganisatie inschakelen. De thuiszorgorganisatie kan dan of thuiszorghulpen inschakelen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst of thuiszorghulpen die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam zijn of zelfstandige thuiszorghulpen of een combinatie hiervan. Ook kunnen gemeenten besluiten om voor de ondersteuning aan huis een zorgkantoor in te schakelen. Dit kan betekenen dat het zorgkantoor zelfstandige thuiszorghulpen inschakelt om deze werkzaamheden te verrichten. Verder kunnen gemeenten ervoor kiezen om vrijwilligers of werklozen in te zetten. Bij de gemeente Deventer bestond het plan om vrijwilligers of werklozen in te zetten. Als de werklozen niet zouden meewerken, zou dat een korting op hun uitkering betekenen.⁸

In de gevallen dat de gemeenten besluiten dat een thuiszorgorganisatie de ondersteuning aan huis mag verrichten, zal dit vaak betekenen dat de omvang van de te verlenen ondersteuning aan huis zal afnemen vanwege de opgelegde bezuinigingen door het kabinet. Dit heeft een negatieve impact op de werkgelegenheid van de thuiszorghulpen. Het kabinet heeft derhalve voor de jaren 2015 en 2016 aan de gemeenten een huishoudelijke hulp toelage (HHT) beschikbaar gesteld om de vraag naar huishoudelijke hulp te stimuleren, zodat zoveel mogelijk volwaardige werkgelegenheid wordt behouden. De HHT is een toelage die de zorgbehoevenden krijgen als ze een huishoudelijke hulp inhuren. Het kabinet heeft voor de HHT de komende twee jaar in totaal € 190 miljoen beschikbaar gesteld. Veel gemeenten hebben plannen gemaakt om te profiteren van de HHT. Er zijn inmiddels 108 plannen voor 165 gemeenten ingediend. Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft aangegeven dat, indien deze plannen ongewijzigd worden goedgekeurd, dit ertoe zal leiden dat tenminste 14.000 thuiszorghulpen hun baan langer kunnen behouden.⁹ Tevens biedt de HHT volgens de staatssecretaris een belangrijke bijdrage om oneigenlijke constructies in de thuiszorg te bestrijden.¹⁰ Volgens de algemeen directeur van TSN Thuiszorg is het maar de vraag of de HHT het gewenste effect zal hebben. Aan de HHT zijn de nodige extra voorwaarden verbonden. Gemeenten moeten een eigen plan maken dat door VWS moet worden goedgekeurd. Doordat het overgrote deel van de zorgbehoevenden die huishoudelijke hulp ontvangt, een inkomen hoger heeft dan maximaal 125 procent van het bijstandsniveau, kunnen deze zorgbehoevenden geen gebruik maken van de HHT.¹¹ Om de

⁶ Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014, *PbEU* L 94/65.

⁷ <http://www.onderwegnaar2015.nl/2014/03/zachte-landing-hulp-bij-het-huishouden>.

⁸ http://www.npogezond.nl/tv-uitzending/g24_280/Thuiszorg-door-buren-en-werklozen.

⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/10/03/extra-geld-naar-huishoudelijke-hulp-toelage-houdt-14-000-mensen-aan-het-werk>.

¹⁰ <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/12/11/asscher-en-van-rijn-baanbehoud-voor-tenminste-19000-mensen>.

zorgbehoevenden toch gebruik te kunnen laten maken van de HHT, hebben de staatssecretaris van VWS en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) besloten om de eigen bijdrage voor een uur hulp, te verlagen naar € 5,- per uur. Hiermee hopen zij banen in de thuiszorg te behouden.¹²

¹¹ <http://www.zorgvisie.nl/personeel/verdieping/2014/12/19000-banen-gered-in-de-zorg-goed-nieuws-of-wensdenken?>.

¹² <http://www.nu.nl/politiek/4016925/eigen-bijdrage-extra-huishoudelijke-hulp-omlaag>.

3 Op welke manieren kan een thuiszorghulp bij een zorgbehoevende werkzaam zijn en welke juridische gevolgen heeft de manier waarop een thuiszorghulp werkzaam is op haar arbeidsmarktpositie?

3.1 Inleiding

De thuiszorghulp kan op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn bij een zorgbehoevende, maar de thuiszorghulp kan ook via de Regeling dienstverlening aan huis of als zelfstandige thuiszorghulp bij een zorgbehoevende werkzaam zijn. Een deel van de thuiszorghulpen is in dienst bij de zorgbehoevende en de zorgbehoevende vervult hierbij de rol van werkgever. De overeenkomst kan een arbeidsovereenkomst zijn, maar ook een overeenkomst van opdracht. Voor een groot deel van de zorgbehoevenden is het niet mogelijk om de rol van werkgever te vervullen, omdat het voor hen bezwaarlijk is om zich bezig te houden met de administratieve afwikkeling van de zorgcontracten. Ook is voor dit deel van de zorgbehoevenden de verantwoordingsplicht aan de financier te ingewikkeld. Thuiszorgorganisaties hebben met het oog daarop deze taken uit handen van deze zorgbehoevende genomen. Voor de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst is de thuiszorgorganisatie vaak de feitelijke werkgever. Voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de zelfstandige thuiszorghulp heeft de thuiszorgorganisatie een 'bemiddelingsrol' en wordt de zorgbehoevende als de opdrachtgever gezien. De arbeidsmarktpositie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, wijkt op diverse aspecten af van de wijze waarop de andere thuiszorghulpen werkzaam zijn. De aspecten waarop de arbeidsmarktpositie van de thuiszorghulpen van elkaar afwijken zijn onder andere de ontslagbescherming, de WW-uitkering, de arbeidsongeschiktheid en het pensioen. Deze aspecten zullen voor iedere manier waarop een thuiszorghulp werkzaam kan zijn bij een zorgbehoevende, uiteen worden gezet. Ook zal aangegeven worden welke gevolgen dit heeft voor haar arbeidsmarktpositie. Vervolgens zal uiteen worden gezet wat het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 inhoudt en wat dit betekent voor de Regeling dienstverlening aan huis en voor de zelfstandige thuiszorghulp. Daarna zal besproken worden of er manieren zijn waarbij de thuiszorghulp als zelfstandige thuiszorghulp kan werken, mede in licht van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

3.2 De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst

3.2.1 Ontslagbescherming

Als de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wil beëindigen, heeft de thuiszorghulp ontslagbescherming. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp niet eenzijdig kan worden beëindigd. Als de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wil beëindigen, kan dit op verschillende manieren. Een van de manieren waarop de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp kan beëindigen, is het indienen van een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst bij het UWV.¹³ Na

¹³ <http://www.skipt.nl/actueel/id19238-uwv-weigert-eerste-collectief-ontslag-thuiszorg>.

ontvangst van het verzoek wordt de thuiszorghulp in de gelegenheid gesteld om verweer in te dienen (artikel 2:2 lid 1 Ontslagbesluit). Naar aanleiding van de ontvangst van het verweer van de thuiszorghulp kan het UWV de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp de gelegenheid geven voor repliek en dupliek (artikel 2:2 lid 2 Ontslagbesluit). Na het advies van de ontslagadviescommissie neemt het UWV een beslissing over het verzoek. Wanneer er een toestemming voor opzegging is, dan is deze toestemming acht weken geldig. Aan de toestemming kan als voorwaarde worden verbonden dat de thuiszorgorganisatie bij een nieuwe vacature voor vergelijkbaar werk binnen 26 weken na bekendmaking van de toestemming de thuiszorghulp in de gelegenheid stelt om de werkzaamheden op de gebruikelijke voorwaarden te hervatten. Nadat de beslissing van het UWV is genomen, staat geen beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (artikel 6 lid 10 BBA) en evenmin kan op grond van de Awb tegen de beslissing van het UWV worden opgekomen (artikel 8:5 Awb). Wel is het mogelijk gebleken om onder bepaalde omstandigheden een actie tegen het UWV in te stellen op grond van onrechtmatigheid van de beslissing.¹⁴ Ook het indienen van een klacht bij de Nationale ombudsman is een mogelijkheid. Verder kan het mogelijk zijn de gebrekkigheid van een besluit van het UWV mee te wegen in een procedure op grond van artikel 7:681 BW, de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.

Wanneer de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst opzegt, dient zij bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst van de thuiszorghulp een opzegtermijn in acht te nemen. De opzegtermijn mag met een maand worden verkort. De overblijvende termijn dient tenminste één maand te bedragen (artikel 7:672 lid 4 BW).¹⁵ Ook dient de thuiszorgorganisatie rekening te houden met de eventuele ontslagverboden van artikelen 7:670 en 7:670a BW, waardoor ondanks de toestemming van het UWV om de arbeidsovereenkomst te beëindigen hiervan geen gebruik kan worden gemaakt.¹⁶ Wanneer de thuiszorgorganisatie in strijd met het verbod van artikel 6 BBA opzegt, is de opzegging vernietigbaar. De thuiszorghulp kan gedurende zes maanden een beroep doen op de vernietigingsgrond (artikel 9 BBA).¹⁷

De thuiszorgorganisatie kan naast het indienen van een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst bij het UWV een verzoek indienen bij de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst van de thuiszorghulp te beëindigen wegens gewichtige redenen (artikel 7:685 BW).¹⁸ Bij de toewijzing van dit verzoek kan de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terstond als ook op een later tijdstip ontbinden. Echter, de ontbinding kan niet met terugwerkende kracht worden uitgesproken. Appel en cassatie zijn uitgesloten (artikel 7:685 lid 11 BW). Tevens kan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de thuiszorghulp bij de kantonrechter een oplossing bieden wanneer een opzegging geblokkeerd is door de

¹⁴ Bakels e.a. 2013, p. 148-150.

¹⁵ Bakels e.a. 2013, p. 161.

¹⁶ Bakels e.a. 2013, p. 154-157.

¹⁷ Bakels e.a. 2013, p. 152.

¹⁸ <http://www.zorgvisie.nl/Personeel/Nieuws/2011/12/Geen-ontslag-voor-medewerkers-ViVa-Zorggroep-ZVS012973W/>.

ontslagverboden. Voorts kan deze manier van beëindigen van de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp ook worden gebruikt in die gevallen, waarin de toestemming voor de opzegging door het UWV is geweigerd. Verder beschikt de kantonrechter over de mogelijkheid om ontbinding uit te spreken onder voorwaarde dat een vergoeding wordt betaald.¹⁹

Een andere manier om de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp te beëindigen is het sluiten van een beëindigingsovereenkomst. Deze overeenkomst komt tot stand door het aanvaarden van een aanbod tot beëindiging door de thuiszorghulp (artikel 6:217 BW). Als het moment van de totstandkoming van de overeenkomst geldt in beginsel het moment dat de aanvaarding de thuiszorgorganisatie heeft bereikt (artikel 3:37 lid 3 BW). Een aanbod is in beginsel herroepelijk (artikel 6:219 lid 1 BW). Het intrekken van het aanbod is mogelijk zolang het niet aanvaard is door de thuiszorghulp en evenmin een schriftelijke aanvaarding door haar is verzonden (artikel 6:219 lid 2 BW). De herroeping van het aanbod door de thuiszorghulp kan in iedere vorm gebeuren (artikel 3:37 lid 1 BW).²⁰

3.2.2 *WW-uitkering*

Wanneer de thuiszorghulp werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en deze arbeidsovereenkomst eindigt, dan heeft de thuiszorghulp in bepaalde gevallen recht op een WW-uitkering. De duur van de WW-uitkering wordt bepaald door het arbeidsverleden van de thuiszorghulp. De thuiszorghulp moet tenminste 26 weken van de laatste 36 weken in loondienst hebben gewerkt om drie maanden lang een WW-uitkering te krijgen. De eerste twee maanden bedraagt de uitkering 75% van het dagloon en vanaf de derde maand 70% van het dagloon. De hoogte van het dagloon wordt bepaald door het loon dat de thuiszorghulp verdiende in het jaar voorafgaande aan het aangiftetijdvak, waarin het arbeidsurenverlies optreedt en de hoogte van dit loon dient gedeeld te worden door 261 dagen. Vanaf 1 juli 2015 wordt de hoogte van het dagloon niet alleen bepaald door het loon dat de thuiszorghulp heeft verdiend bij de thuiszorgorganisatie in het jaar voorafgaande aan het aangiftetijdvak, waarin het arbeidsurenverlies optreedt. In de berekening van het dagloon wordt ook het loon meegenomen dat bij andere werkgevers in deze periode is verdiend. Vervolgens dient de som hiervan gedeeld te worden door 261 dagen.

De thuiszorghulp krijgt een langere WW-uitkering als zij naast het voldoen aan de wekeneis ook voldoet aan de jarenis. Tot 1 januari 2013 telde een jaar mee als arbeidsverleden als de thuiszorghulp tenminste 52 dagen per jaar in vier van de afgelopen vijf jaar in loondienst had gewerkt. Vanaf 1 januari 2013 telt een jaar mee als arbeidsverleden als de thuiszorghulp over 208 of meer uren in dat jaar SV-loon heeft ontvangen. SV-loon is het loon waarover de premies op grond van de sociale verzekeringen worden berekend. Voor het arbeidsverleden tellen soms ook (delen van) jaren mee waarin de thuiszorghulp zorgde voor een kind jonger dan 5 jaar, of voor een

¹⁹ Bakels e.a. 2013, p. 179-181.

²⁰ Bakels e.a. 2013, p. 195-197.

zieke of gehandicapte zorgde, onbetaald verlof opnam, een volledige WIA- of WAO-uitkering kreeg of in andere landen werkte. Wanneer de thuiszorghulp zowel aan de wekeneis als aan de jareneis voldoet, heeft de WW-uitkering een maximale duur van drie jaar en twee maanden. Deze WW-uitkering bedraagt 70% van het dagloon.²¹

3.2.3 Arbeidsongeschiktheid

De thuiszorghulp kan bij arbeidsongeschiktheid voor ziekengeld in aanmerking komen als zij op het moment dat de arbeidsongeschiktheid intreedt verzekerd is en arbeidsongeschikt is in de zin van de Ziektewet. De arbeidsongeschiktheid moet zijn veroorzaakt door ziekte (of gebreken) en betrekking hebben op de eigen arbeid van de thuiszorghulp.²² Wanneer de thuiszorghulp voldoet aan deze voorwaarden, kan zij aanspraak maken op ziekengeld. Het dagloon is de grondslag van de uitkering en correspondeert met het loon dat de thuiszorghulp in het jaar voorafgaande aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid heeft verdiend. In het algemeen bedraagt het ziekengeld 70% van het dagloon van de thuiszorghulp. Het ziekengeld wordt in beginsel uitgekeerd over een periode van 104 weken te rekenen vanaf de eerste dag van de ongeschiktheid tot werken. Bij het berekenen van dit tijdvak worden periodes van ongeschiktheid samengeteld als zij elkaar opvolgen met een onderbreking van minder dan vier weken.²³

De thuiszorghulp kan voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering in aanmerking komen wanneer zij na een periode van 104 weken van arbeidsongeschiktheid wordt gekeurd door het UWV. Wanneer uit deze keuring blijkt dat er sprake is van minder dan 35% arbeidsongeschiktheid bij de thuiszorghulp, kan zij geen aanspraak maken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. De thuiszorghulp is dan volledig aangewezen op een WW-uitkering. Als de thuiszorghulp ten minste 35% arbeidsongeschikt is bevonden, dan komt zij in aanmerking voor een WIA-uitkering. In het stelsel van de WIA-uitkering wordt onderscheid gemaakt tussen twee groepen. De ene groep valt onder de Inkomensverzekering voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten (IVA) en de andere groep onder de Werkhervattingsregeling gedeeltelijk arbeidsongeschiktheid (WGA). Toegang tot de IVA vereist dat de thuiszorghulp volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. De duur van de IVA-uitkering is niet beperkt in tijd en kan dus doorlopen totdat de thuiszorghulp de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. De hoogte van de IVA-uitkering is vastgesteld op 75% van het dagloon. De WGA-uitkering is in beginsel van toepassing bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de thuiszorghulp. Deze uitkering kent drie varianten. De eerste variant is de loongerelateerde WGA-uitkering. Om de duur van deze WGA-uitkering te bepalen wordt gebruik gemaakt van de systematiek die bij de WW-uitkering wordt gebruikt. De thuiszorghulp kan voor de loongerelateerde WGA-uitkering in aanmerking komen als zij voldoet aan de referte-eis. De hoogte van de uitkering bedraagt gedurende de eerste twee maanden 75% van het dagloon en de derde maand 70% van het dagloon. De hoogte van het dagloon wordt bepaald door het loon dat de thuiszorghulp heeft verdiend in het jaar voorafgaande aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid en de hoogte van dit loon dient gedeeld te worden door 261 dagen. Wanneer de thuiszorghulp ook voldoet aan de jareneis, kan de loongerelateerde WGA-uitkering

²¹ Aerts 2007, p. 297.

²² Klosse & Vonk 2014, 101.

²³ Klosse & Vonk 2014, 106-107.

maximaal 38 maanden duren. Na afloop van de loongerelateerde uitkering, bestaat er recht op loonaanvullingsuitkering of een vervolgutkering. Als de thuiszorghulp voldoet aan de inkomenseis, heeft zij recht op een loonaanvullingsuitkering. Deze loonaanvullingsuitkering kan doorlopen tot het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de thuiszorghulp. Als de thuiszorghulp geen recht meer heeft op een loongerelateerde WGA-uitkering of als zij niet langer aan de inkomenseis voldoet, kan zij in aanmerking komen voor een vervolgutkering. De vervolgutkering bedraagt in beginsel een bepaald percentage van het wettelijk minimumloon. Deze vervolgutkering kan voortduren totdat de thuiszorghulp de pensioengerechtigde leeftijd bereikt.²⁴

3.2.4 Pensioen

Pensioen is een verzamelnaam voor verschillende soorten pensioen. Er is een ouderdomspensioen, een nabestaandenpensioen en een arbeidsongeschiktheidspensioen. Binnen het ouderdomspensioen zijn drie pijlers te onderscheiden. De publieke regeling, de AOW, die het eerstelijlertpensioen wordt genoemd, dat wordt aangevuld met een tweedelijlertpensioen. Het tweedelijlertpensioen kan in de vorm van een bedrijfstakpensioenfonds of een ondernemingspensioenfonds zijn. Eventueel kan de werknemer het tweedelijlertpensioen nog aanvullen met een derdelijlertpensioen. Dit kunnen individuele pensioenproducten zijn die een werknemer buiten de arbeidsrelatie om kan afsluiten. Het staat werkgevers en werknemers vrij afspraken te maken over een pensioenregeling en binnen de kaders van het arbeidsrecht de inhoud van de pensioenovereenkomst te bepalen. Een pensioenfonds is representatief voor een bedrijfstak als 60% van de werknemers is aangesloten. Het pensioenfonds kan op basis van dit percentage algemeen verbindend worden verklaard voor een gehele bedrijfstak. Hierdoor zijn alle werknemers werkzaam binnen de bedrijfstak verplicht verzekerd via dit bedrijfstakpensioenfonds.²⁵ De thuiszorghulp bouwt via de thuiszorgorganisatie een pensioen op en zij valt onder het bedrijfstakpensioenfonds Zorg en Welzijn.²⁶

3.3 De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is

Een thuiszorghulp valt onder de Regeling dienstverlening aan huis als zij voor maximaal drie dagen per week regelmatig voor een zorgbehoevende huishoudelijke werkzaamheden verricht. De zorgbehoevende is de opdrachtgever van de thuiszorghulp. Als de thuiszorghulp via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, dan is zij geen "gewone werknemer". De zorgbehoevende kan de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp zo opzeggen. Als men dat niet wil, kan een ontbindingsprocedure worden gevolgd om de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp te beëindigen. Wel moet de opdrachtgever de normale opzegtermijn in acht nemen. Ook draagt de opdrachtgever geen loonbelasting en premies werknemersverzekeringen af. Hierdoor is de thuiszorghulp niet verzekerd voor de WW, de ZW en de WIA. Hiervoor kan de thuiszorghulp zich wel vrijwillig verzekeren bij het UWV. Wel krijgt de thuiszorghulp bij ziekte zes weken loon

²⁴ Klosse & Vonk 2014, 126-134.

²⁵ Aerts 2007, p. 264-265.

²⁶ <http://www.logisal.nl/branches/informatie-per-branche/salarisadministratie-zorg-en-welzijn>.

doorbetaald. Tevens is er een recht op vakantie en doorbetaling van loon tijdens de vakantie, evenals een recht op loon op grond van artikel 7:628 BW bij plotselinge opname in het ziekenhuis van de opdrachtgever. Tenslotte heeft de thuiszorghulp geen recht op pensioen.²⁷ Op grond van het voorgaande is de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, in een uitzonderingssituatie geplaatst binnen het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en de Wet op de loonbelasting ten opzichte van de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij een thuiszorgorganisatie.

Voor een groot deel van de opdrachtgevers is het bezwaarlijk om 'echt' als werkgever op te treden, vanwege de administratieve afwikkeling van de zorgcontracten en de verantwoordingsplicht aan de financier. Thuiszorgorganisaties hebben met het oog daarop, veelal met instemming van de financiers van de zorg, de Belastingdienst en het UWV, een bemiddelingsrol op zich genomen tussen de opdrachtgever en de thuiszorghulp. Deze thuiszorgondernemingen nemen feitelijk alle 'papierwerk' uit handen van de opdrachtgever (kassierfunctie), terwijl de opdrachtgever wel de opdrachtgever blijft.

3.4 De rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp

3.4.1 Inleiding

De SER heeft in zijn advies 'zzp'ers in beeld' een voorstel gedaan voor een definitie van een zelfstandige zonder personeel. De definitie van de SER luidt: een zelfstandige zonder personeel is een ondernemer die geen personeel in dienst heeft, waarbij voor de vaststelling of er sprake is van een ondernemer de volgende criteria gelden, zoals ook gehanteerd wordt door de Belastingdienst in het kader van de inkomstenbelasting:

- zelfstandigheid bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren daarvan;
- het voor eigen rekening en risico verrichten van werkzaamheden;
- het gericht zijn op en het perspectief hebben van het maken van winst;
- bekendmaking van het ondernemerschap;
- het streven naar meerdere opdrachtgevers.²⁸

Uit deze definitie van een zelfstandige zonder personeel blijkt dat er duidelijke verschillen zijn met de positie van een werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, die zich verbindt in dienst van de werkgever tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Op basis van deze definitie is de zelfstandige niet verzekerd van een loon, omdat de zelfstandige zelf moet onderhandelen over de hoogte van de tarieven. Ook blijkt uit deze definitie dat de zelfstandige niet verplicht is verzekerd tegen het arbeidsongeschiktheidsrisico. De werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, is wel verplicht verzekerd tegen dit risico. Ook is een zelfstandige doorgaans uitgesloten van een pensioenregeling, terwijl de werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, wel verzekerd is van een pensioenregeling. In paragraaf 3.4.2 zal worden besproken wat de situatie is van de zelfstandige thuiszorghulp

²⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 200.107.711200.109.711, JAR 2014/12 (noot mr. E. Cremers-Hartman).

²⁸ Sociaal-Economische Raad 2010, p. 51.

aangaande het aspect tarieven. In paragraaf 3.4.3 zal uiteen gezet worden wat de situatie van de zelfstandige is bij arbeidsongeschiktheid. Vervolgens zal in paragraaf 3.4.4 worden besproken wat de situatie is van de zelfstandige thuiszorghulp op het gebied van pensioen.

3.4.2 Tarieven

In principe kunnen zowel werknemers als zelfstandigen onderhandelen over de hoogte van hun tarieven, maar beiden onderhandelen slechts in beperkte mate over hun beloning. Voor werknemers is het moeilijk om te onderhandelen met hun werkgever, omdat de werkgever veel machtiger is dan de werknemer. De werknemers hebben zich georganiseerd in vakbonden en deze vakbonden onderhandelen vervolgens namens de werknemers met de werkgevers of met de werkgeversorganisatie over de beloning van de werknemers. Deze afspraken worden vastgelegd in een cao. Deze cao wordt regelmatig algemeen verbindend verklaard (avv) voor een gehele sector. Door het bestaan van een cao hoeft een werknemer veel minder te onderhandelen over zijn beloning, en gaan onderhandelingen met de werkgever vooral over extra beloning of secundaire arbeidsvoorwaarden. In principe zou iedere zelfstandige in staat moeten zijn om zelf zijn tarieven te bepalen. In de praktijk blijkt niet iedere zelfstandige daartoe in staat te zijn. Veel zelfstandigen werken voor een lager tarief dan gangbaar is in hun branche. Om de positie van de zelfstandigen te verbeteren, zou er de mogelijkheid moeten zijn om bijvoorbeeld in een cao minimumtarieven op te nemen voor zelfstandigen.²⁹

In 2007 heeft FNV KIEM de afspraak gemaakt om in de cao voor remplaçanten minimumtarieven voor zelfstandigen op te nemen. De tarieven voor deze zelfstandigen waren hetzelfde als voor vast personeel, plus een percentage voor pensioen en arbeidsongeschiktheid. Op die manier kosten zelfstandigen en vaste werknemers de werkgever ongeveer evenveel. Dat voorkomt oneerlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden, zodat de cao niet wordt ondergraven. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) verbood dit, omdat het in strijd zou zijn met het mededingingsrecht. De Rechtbank in Den Haag heeft de vordering van het FNV KIEM dat de regelgeving zich niet verzet tegen de betreffende cao en een bevel aan de Staat tot rectificatie van het door NMa ingenomen standpunt, afgewezen. Het gerechtshof van Den Haag heeft naar aanleiding van het hoger beroep van FNV KIEM prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie gesteld. De advocaat-generaal stelt in zijn conclusie naar aanleiding hiervan dat een bepaling in een cao, waarin is voorzien dat zelfstandigen, die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een werkgever werken en hetzelfde werk verrichten als de werknemers die onder de werking van de cao vallen, een bepaald minimumtarief ontvangen, binnen de werkingssfeer van artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vallen wanneer het minimumtarief is overeengekomen namens en in het belang van zelfstandigen. Het minimumtarief valt echter buiten de werkingssfeer van dit artikel, wanneer zij overeen is gekomen namens en in het belang van werknemers van wie zij de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden rechtstreeks verbeteren. Ook geeft de advocaat-generaal aan dat de verwijzende rechter zal moeten nagaan of het minimumtarief de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden van werknemers rechtstreeks verbetert, zodat sociale dumping werkelijk en doeltreffend kan worden voorkomen, en niet verder

²⁹ Aerts 2007, p. 357-358.

gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.³⁰ Volgens het Europese Hof van Justitie mag een vakbond afspraken maken over een minimumtarief voor zelfstandigen als deze in dezelfde positie verkeren als werknemers. Dit houdt onder meer in dat de zelfstandigen onder het gezag van de werkgever vallen, niet hun tijd kunnen indelen en geen commercieel risico dragen. Volgens het Europese Hof is er dan geen sprake meer van ondernemers, maar van schijnzelfstandigen.³¹ Het gerechtshof in Den Haag zal met inachtneming van de uitspraak van het Europese Hof moeten beoordelen of bij de zelfstandige remplaçanten sprake is van schijnzelfstandigheid.³²

De conclusie die uit het arrest kan worden getrokken is dat de vakbonden nog niet de ruimte wordt gegeven om afspraken te maken over tarieven van onderbetaalde zelfstandigen in een cao, omdat zij alleen afspraken mogen maken voor de schijnzelfstandigen. Ook betekent dit dat de rechtspositie van de zelfstandigen, zoals van de zelfstandigen in de thuiszorg, niet door middel van tariefafspraken in een cao verbeterd kan worden.

3.4.3 Arbeidsongeschiktheid

De zelfstandige thuiszorghulp is niet verplicht verzekerd tegen het arbeidsongeschiktheidsrisico, terwijl de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst volledig verzekerd is tegen het arbeidsongeschiktheidsrisico. Over het algemeen is de zelfstandige vaak slechts gedeeltelijk verzekerd tegen het arbeidsongeschiktheidsrisico, want een volledige verzekering is te duur. Het arbeidsongeschiktheidsrisico van de zelfstandige wordt als een ondernemersrisico en een persoonlijk risico gezien, waarvoor de samenleving niet verantwoordelijk is. De meeste zelfstandigen zijn zelden ziek en wanneer het mogelijk is, werken de zelfstandigen tijdens ziekte zoveel mogelijk door. Een verklaring hiervoor is dat de zelfstandigen geen loon krijgen doorbetaald tijdens ziekte en dat slechts de helft van de zelfstandigen zich heeft verzekerd tegen het risico van loonderving wegens ziekte. Voor veel zelfstandigen is het geen optie om te stoppen met werken tijdens ziekte, omdat zij geen spaargeld hebben of geen partner hebben op wiens inkomen zij kunnen terugvallen.³³

Als de zelfstandige zich vrijwillig wil verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid, onderscheidt het UWV twee verzekeringen op het gebied van arbeidsongeschiktheid. De eerste is een ziekteverzekering die uitkeert als de zelfstandige ziek is. De maximale uitkeringsduur is twee jaar. De vrijwillige verzekering Ziektewet van het UWV is een voortzetting van de Ziektewet, zoals deze geldt voor werknemers. Acceptatie is door het UWV verplicht. De zelfstandige moet zich binnen 13 weken nadat de verplichte werknemersverzekering is gestopt uit een dienstbetrekking of uitkeringssituatie aanmelden. Indien de zelfstandige verzekerd wil zijn van een langere uitkering, kent het UWV ook nog de vrijwillige verzekering WIA. Deze uitkering keert pas uit na twee jaar lang ziek zijn en nadat de keuringsarts heeft beslist dat de zelfstandige arbeidsongeschikt is voor passende arbeid. De zelfstandige dient de vrijwillige verzekering gelijk met de vrijwillige verzekering Ziektewet af te sluiten. Acceptatie door het UWV is verplicht. De zelfstandige bepaalt

³⁰ HvJEU 11 september 2014, zaak C-413/13, *OpMaat* 2014/460.

³¹ HvJEU, 4 december 2014, zaak C-413/13, *JAR* 2015/19.

³² <http://www.fnv-kiem.nl/nieuws/kunst-en-podium/2797/toch-cao-afspraken-over-minimumtarief-zelfstandigen>.

³³ Aerts 2007, p. 270-271.

vervolgens zelf de hoogte van het te verzekeren bedrag. De hoogte hiervan is gekoppeld aan de te verwachten hoogte van de winst en is tevens gemaximeerd. Vervolgens zijn er twee mogelijkheden voor een uitkering: IVA-uitkering bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid en WGA-uitkering bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Weinig startende zelfstandigen maken gebruik van deze mogelijkheid en de reden hiervoor is de onbekendheid met deze verzekering.³⁴ Wanneer een zelfstandige zich wil verzekeren tegen de risico's van ziekte, ongeval en handicap krijgt hij te maken met hoge premies, uitsluitingen en opslagen. Veel zelfstandigen zullen zich hierdoor niet kunnen verzekeren tegen het risico van loonderving wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid. Deze zelfstandigen zullen in situaties van ziekte of arbeidsongeschiktheid interen op hun eigen kapitaal, terugvallen op het inkomen van een eventuele partner of een beroep doen op sociale voorzieningen.³⁵

Ook is er een vangnetregeling voor zelfstandigen die door hun gezondheidssituatie niet of onder zeer strenge voorwaarden, gebruik kunnen maken van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Dit betreft zelfstandigen, die worden geweigerd door een verzekeraar of alleen een verzekering kunnen afsluiten met een (extra) medische uitsluiting of een opslag op de premie. Voor deze verzekering geldt een acceptatieplicht. Dat wil zeggen dat iedereen zonder medisch onderzoek voor de vangnetregeling wordt geaccepteerd. Een voorwaarde voor het kunnen afsluiten is dat de zelfstandige binnen drie maanden na inschrijving als zelfstandige bij een verzekeraar een offerte dient aan te vragen voor een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Indien blijkt dat acceptatie op grond van een gewone arbeidsongeschiktheidsverzekering niet mogelijk is, wordt door de verzekeraar bij wie de gewone arbeidsongeschiktheidsverzekering is aangevraagd, de vangnetverzekering aangeboden. In 2008 is de vangnetregeling verbeterd. De verbeteringen bestaan onder meer uit het toevoegen van een dekking voor gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid vanaf 35% arbeidsongeschiktheid en verkorting van de wachttijd van twee jaar naar één jaar. Het gebruik van de vangnetregeling is laag.³⁶

3.4.4 Pensioen

Alle zelfstandigen die rechtmatig verblijven in Nederland, ingezetenen van Nederland zijn en nog geen AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, zijn voor de AOW verzekerd. Sommige zelfstandigen hebben toegang tot aanvullende pensioenregelingen. De pensioenfondsen voeren de pensioenregeling uit voor iedereen die tot de werkingssfeer van het fonds wordt gerekend. Er bestaat geen keuzevrijheid ten aanzien van de deelname aan een pensioenregeling. Als men tot de werkingssfeer van de pensioenregeling wordt gerekend, is men verplicht verzekerd voor deze aanvullende pensioenregeling. De sociale partners bepalen wie tot de werkingssfeer van een bedrijfstakpensioenfonds wordt gerekend. Dit kan betekenen dat alle werkenden, werknemers en zelfstandigen, verplicht zijn verzekerd voor een aanvullend pensioen. Het is mogelijk dat bepaalde groepen werkenden, expliciet worden uitgesloten van het pensioenfonds. In de Wet verplichte deelneming in een aanvullend bedrijfstakpensioenfonds (WPB) is bepaald dat de zelfstandigen werkzaam in de bedrijfstakken bouw-, hout-, metaal- en schildersbedrijf verplicht deelnemen aan

³⁴ Aerts 2007, p. 273-274.

³⁵ <http://www.zzp-nederland.nl/artikel/vrijwillige-aov-via-uwv>.

³⁶ Sociaal-Economische Raad 2010, p. 105-106.

het bedrijfstakpensioenfonds. Zelfstandigen werkzaam in bepaalde beroepsgroepen, zijn door de Wet verplichte deelneming in een aanvullende beroepspensioenregeling (BprW) verplicht deel te nemen aan deze regeling, die door de beroepsgroep is opgericht. Dit betreft onder andere zelfstandig werkende huisartsen, geneeskundige specialisten, apothekers en tandartsen. Voor de zelfstandige thuiszorghulp bestaat er geen verplichting tot deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds of een aanvullende beroepspensioenregeling.

De regeling taakafbakening pensioenfondsen die op 1 juni 2001 in werking is getreden, geeft pensioenfondsen de vrijheid om zelfstandigen, die niet langer binnen de werkingssfeer van het bedrijfstak- of ondernemingspensioenfonds vallen, de pensioenregeling op vrijwillige basis voort te zetten. Gedurende drie jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij een werkgever, hebben de zelfstandigen de mogelijkheid te kiezen voor een vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling. Als de thuiszorghulp ten minste drie jaar pensioen heeft opgebouwd bij het pensioenfonds Zorg en Welzijn, kan zij maximaal tien jaar vrijwillig haar pensioenregeling bij het pensioenfonds voortzetten.

Ondanks deze wetten en regelingen is het grootste deel van de zelfstandigen uitgesloten van een aanvullende pensioenregeling. De zelfstandigen kunnen wel een derdepijlerspensioen afsluiten door een individuele pensioenregeling af te sluiten bij een aanbieder van een pensioenvoorziening. Ook kennen de zelfstandigen een fiscale oudedagsvoorziening. In de inkomstenbelasting is voor zelfstandigen de fiscale oudedagsreserve (FOR) geregeld, waardoor zij jaarlijks een bepaald bedrag belastingvrij opzij kunnen zetten. De FOR valt vrij als de onderneming wordt beëindigd en dan kan deze regeling worden gebruikt voor een vervroegde uittreding.³⁷

Zelfstandigen kunnen vanaf begin 2015 voor een eigen pensioen sparen en het geld dat zij inleggen is en blijft uitsluitend van de zelfstandigen. Het beheer van het pensioengeld wordt gedaan door Loyalis Sparen en Beleggen, een onderdeel van de APG Groep. Ook kunnen de zelfstandigen bepalen hoeveel pensioen zij opbouwen. De zelfstandigen hoeven dus geen vast bedrag in te leggen. Hun inkomsten kunnen immers van jaar tot jaar verschillen. De zelfstandigen kunnen zelf bepalen wanneer de pensioenuitkering moet ingaan. Daarnaast kunnen de zelfstandigen zelf bepalen of zij een uitkering voor tien, vijftien of twintig jaar willen. Verder kunnen de zelfstandigen bij langdurige arbeidsongeschiktheid een deel van het opgebouwde pensioenbedrag al gebruiken.³⁸ Een ander initiatief is afkomstig van pensioeninstelling BrightNL. Dit fonds heeft via crowdfunding € 300.000,- opgehaald voor een pensioenfonds. In december 2014 heeft de Autoriteit Financiële Markten (AFM) dit pensioenfonds een vergunning verleend en is zij van start gegaan als Bright Pensioen.³⁹

³⁷ Aerts 2007, p. 265-266.

³⁸ <http://www.zzp-nederland.nl/artikel/zzp-pensioen-uitleg.html>.

³⁹ <http://www.sprout.nl/artikel/brightpensioen-opent-jacht-op-sparende-zzper.html>.

3.5 *Wat betekent het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 voor de constructie Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp?*

3.5.1 *Wat houdt het arrest van het gerechtshof in?*

Een thuiszorghulp was sinds februari/maart 2007 werkzaam bij Beeuwkes Thuiszorg B.V. via de Regeling dienstverlening aan huis. Zij verrichtte bij 9 zorgbehoevenden huishoudelijke werkzaamheden. Zij was van 18 december 2008 tot en met 30 januari 2009 arbeidsongeschikt. Na haar arbeidsongeschiktheid was zij alleen nog 's middags werkzaam, waarbij zij per week 14,5 uur werkte. Zij had primair bij de rechtbank gevorderd dat zij bij de thuiszorgorganisatie in dienst was op basis van een arbeidsovereenkomst en dat de thuiszorgorganisatie derhalve het loon bij ziekte diende door te betalen gedurende de eerste twee ziektejaren. Subsidiair had zij gevorderd dat zij aanspraak had op doorbetaling van het loon gedurende zes weken uit hoofde van artikel 7:629 lid 2 BW. Het oordeel van de kantonrechter was dat er geen arbeidsovereenkomst tot stand was gekomen tussen de thuiszorghulp en de thuiszorgorganisatie. Uit niets bleek volgens de kantonrechter dat de thuiszorgorganisatie had gepoogd met de thuiszorghulp een arbeidsovereenkomst te sluiten. Wel was er sprake van een driepartijenrelatie die was vastgelegd in een bemiddelingserviceovereenkomst, waarbij de thuiszorgorganisatie slechts een kassierfunctie had. De thuiszorghulp maakte met de zorgbehoevende afspraken over de door haar te verrichten werkzaamheden. De thuiszorgorganisatie diende wel het loon bij ziekte gedurende zes weken door te betalen, omdat vaststond dat de thuiszorgorganisatie bij de gemeente dit geld had kunnen claimen. Dat de thuiszorgorganisatie dit niet had gedaan, diende voor haar rekening en risico te blijven.⁴⁰

Bij het gerechtshof had de thuiszorghulp primair loon gevorderd over de periode van arbeidsongeschiktheid op grond van artikel 7:629 BW en op grond van een volgens haar met Beeuwkes Thuiszorg B.V. bestaande arbeidsovereenkomst. Subsidiair had zij gesteld dat de thuiszorgorganisatie krachtens haar kassierfunctie gehouden is aan haar te voldoen, hetgeen de zorgbehoevenden uit hoofde van hun uit artikel 7:629 BW voortvloeiende loondoorbetalingsverplichting aan haar zijn verschuldigd.

Bij de beantwoording van de vraag of de rechtsverhouding tussen partijen als een arbeidsovereenkomst volgens artikel 7:610 lid 1 BW kon worden aangemerkt, moest volgens het gerechtshof acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien. Hierbij werden niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking genomen die partijen bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor ogen stonden. Er diende ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hadden gegeven aan hun overeenkomst en zodoende daaraan inhoud hadden gegeven. Het hof was van oordeel dat de verhouding tussen de thuiszorghulp en de thuiszorgorganisatie, gelet op alle omstandigheden van het geval, als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW diende te worden aangemerkt.

⁴⁰ Ktgr. Harderwijk 18 januari 2012, nr. 371117 CV-EXPL 09-1088, LJN BV2123, JAR 2012/43.

Het hof gaf aan dat de thuiszorgorganisatie de thuiszorghulpen in het kader van de uitvoering van de zorgtaken, die zij jegens de gemeente op zich had genomen, had geworven. Ook gaf het hof aan dat de organisatie feitelijk en juridisch was ingericht op het uitvoeren van de verplichtingen jegens de gemeente door middel van thuiszorghulpen, die zij wierf. Vervolgens koppelde zij de hulp aan de geïndiceerde zorgbehoevenden. Ook had de thuiszorgorganisatie enige instructiebevoegdheid jegens de thuiszorghulpen, zoals bij het ondertekenen door de zorgbehoevende van de arbeidsovereenkomst, het inleveren van het urenbriefje door de thuiszorghulp en hoe de thuiszorghulp moest handelen bij ziekte/verhinderings. Daarnaast was de verhouding tussen de thuiszorghulp en de zorgbehoevende voor het grootste deel van tevoren vastgelegd in door de thuiszorgorganisatie opgestelde contracten. Bovendien bleef na de bemiddeling van de thuiszorgorganisatie sprake van een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid bij de door de thuiszorghulp verrichte werkzaamheden. Verder werd de hoogte van het loon bepaald door de thuiszorghulp en de thuiszorgorganisatie. Tot slot had die betaling slechts een indirect verband met de afdracht van de eigen bijdrage van de zorgbehoevende aan het Centraal Administratiekantoor (CAK).

Daarnaast gaf het gerechtshof aan dat de feitelijke instructiebevoegdheid over het werk overwegend bij de zorgbehoevende lag. Het gezag van de thuiszorgorganisatie ten opzichte van de thuiszorghulp had een meer algemeen karakter, maar dit maakte de hiervoor genoemde omstandigheden niet anders oftewel legde onvoldoende gewicht in de schaal. Dat het UWV en de Belastingdienst inzake de modelovereenkomst thuiszorghulpen zich op het standpunt stelden dat niet de thuiszorgorganisatie, maar de zorgbehoevende werkgever was, deed aan het oordeel van het hof over de civielrechtelijke verhouding tussen de partijen niet af. Hierdoor was het hof van mening dat de verhouding tussen de thuiszorghulp en de thuiszorgorganisatie diende te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Ter uitvoering van de door de gemeente verstrekte opdracht aan de thuiszorgorganisatie, zorgde zij dat aan de zorgbehoevende die verwezen was door de gemeente, een thuiszorghulp beschikbaar werd gesteld (artikel 7:690 BW).⁴¹

3.5.2 Beoordeling van de standpunten die het gerechtshof in het arrest heeft ingenomen vanuit de rechtsliteratuur bezien

Artikel 7:610 BW definieert de arbeidsovereenkomst als: "(...) de overeenkomst, waarbij de ene partij, de werknemer zich verbindt, in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten". Aan de definitie van arbeidsovereenkomst kunnen de volgende elementen worden ontleend: er moet sprake zijn van een verplichting van de werknemer om arbeid te verrichten, de arbeid moet persoonlijk worden verricht, daartegenover moet loon verschuldigd zijn en er dient sprake te zijn van een gezagsverhouding.⁴² Bij de beoordeling of er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Beeuwkes Thuiszorg B.V. en de thuiszorghulp is het ook van belang om niet alleen te kijken naar de rechten en verplichtingen die partijen voor ogen

⁴¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 200.107.711200.109.711, JAR 2014/12 (noot mr. E. Cremers-Hartman).

⁴² Bakels e.a. 2015, p. 56.

stonden bij het sluiten van de overeenkomst. Bij de beoordeling dient ook gekeken te worden hoe partijen uitvoering hebben gegeven aan deze overeenkomst. In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt dit standpunt ook bevestigd.⁴³ Bij de uitvoering van de overeenkomst kan namelijk blijken dat de uitvoering afwijkend is ten opzichte van hetgeen in de overeenkomst staat vermeld.

Uit het arrest blijkt dat de thuiszorgorganisatie naar aanleiding van de overeenkomst met de gemeente Harderwijk een aantal zorgtaken in een bepaald gebied op zich heeft genomen. Voor deze zorgtaken heeft de thuiszorgorganisatie thuiszorghulpen geworven en voor deze taken heeft zij een organisatie opgericht. Ook blijkt uit het arrest dat de thuiszorghulp tegenover de zorgbehoevende verplicht is tot het verlenen van zorg gedurende een bepaald aantal uren, zoals afgesproken is in de overeenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de gemeente. Hierdoor is er sprake van een overeenkomst die verbindt tot het verrichten van arbeid. Uit het arrest blijkt dat wanneer de thuiszorghulp als gevolg van ziekte niet kan werken, er in overleg met de zorgbehoevende besloten kan worden dat de thuiszorghulp de uren op een ander moment inhaalt, dat de hulp vervalt of dat de thuiszorghulp een vervanger regelt. Dit betekent dat de thuiszorghulp (uitsluitend) een andere bij de thuiszorgorganisatie aangesloten thuiszorghulp dient te regelen.

Tevens blijkt uit het arrest dat de zorgbehoevende geen loon betaalt aan de thuiszorghulp, maar dat de zorgbehoevende uitsluitend een eigen bijdrage afdraagt aan het CAK. De thuiszorgorganisatie krijgt voor deze zorg van de gemeente het bedrag betaald dat in de overeenkomst is afgesproken. De thuiszorgorganisatie betaalt op haar beurt de thuiszorghulpen naar gelang het door hen gewerkte aantal uren, onder aftrek van haar eigen kosten en mogelijk een winstmarge. De hoogte van het loon van de thuiszorghulp wordt dus niet bepaald door de zorgbehoevende, maar door de thuiszorgorganisatie. Hierdoor is het loon van de thuiszorgorganisatie aan de thuiszorghulp een vergoeding van de bedongen arbeid en niet enkel het doorgeven van het door de zorgbehoevende betaalde (gesubsidieerde) loon.

Daarnaast blijkt uit het arrest dat er tussen de thuisorganisatie en de thuiszorghulp sprake is van een gezagsverhouding. De thuiszorgorganisatie geeft aanwijzingen over de te verrichten arbeid. Dit blijkt uit haar inhoudelijke betrokkenheid bij de kwaliteit van de uitvoering van de zorgtaken. Vervolgens blijkt uit meerdere omstandigheden dat de thuiszorgorganisatie instructiebevoegdheid heeft ten opzichte van de thuiszorghulp, zoals bij het tekenen en laten ondertekenen door de zorgbehoevende van de arbeidsovereenkomst. Uit de arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorghulp en de zorgbehoevende en de bemiddelingservice-overeenkomst blijkt dat de thuiszorghulp de urenregistratie moet inleveren voor een tijdige uitbetaling van de gedane arbeid.

Het voorgaande overziend blijkt dus dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, waarbij de thuiszorghulp zich verbindt tot het verrichten van de afgesproken arbeid bij de zorgbehoevende die zij persoonlijk moet verrichten en waartegenover loon verschuldigd is. Verder blijkt uit het voorgaande dat er sprake is van een gezagsverhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de

⁴³ HR 13 juli 2007, NJ 2007/449 en HR 25 maart 2011, JAR 2011/109.

thuiszorghulp. Hierdoor voldoet de overeenkomst aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst, waardoor de thuiszorghulp zich terecht beroept op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW.

Uit het arrest van het gerechtshof blijkt dat de thuiszorgorganisatie ter uitvoering van haar verplichtingen jegens de gemeente een thuiszorghulp ter beschikking stelt aan een zorgbehoevende. De thuiszorghulp verricht deze werkzaamheden niet bij de thuiszorgorganisatie, maar bij de zorgbehoevende thuis. Ondanks dat de zorgbehoevende bepaalt welke werkzaamheden er worden verricht, heeft de thuiszorgorganisatie behoorlijke zelfstandige en inhoudelijke betrokkenheid bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zoals ten aanzien van het ondertekenen en laten ondertekenen door de zorgbehoevende van de arbeidsovereenkomst en inhoudelijke betrokkenheid bij de kwaliteit van de uitvoering van de zorgtaken. Hierdoor kon bij het gerechtshof de gedachte opkomen om de overeenkomst als een uitzendovereenkomst te kwalificeren, omdat de thuiszorghulp de arbeid niet verricht bij de thuiszorgorganisatie, maar bij een andere werkgever, namelijk de zorgbehoevende. Tevens vervult de thuiszorgorganisatie een allocatiefunctie, nu zij een thuiszorghulp beschikbaar stelt aan de zorgbehoevende. Een ander element bij een uitzendovereenkomst is dat de werkgever bedrijfsmatig werknemers aan een derde ter beschikking stelt om onder leiding en toezicht van deze derde te werken. Echter, uit de beschreven omstandigheden blijkt dat de thuiszorghulp feitelijk niet werkt onder leiding en toezicht van de zorgbehoevende, maar van de thuiszorgorganisatie. Hierdoor kan er geen sprake zijn van een uitzendovereenkomst. De overeenkomst tussen de thuiszorgorganisatie dient niet te worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst, maar gezien de omstandigheden als een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp. Dit blijkt onder andere uit de instructiebevoegdheid van de thuiszorgorganisatie richting de thuiszorghulp en de inhoudelijke betrokkenheid bij de door de thuiszorghulp te verrichten werkzaamheden bij de zorgbehoevende.

3.5.3 In hoeverre zijn de standpunten die het gerechtshof in het arrest heeft ingenomen solide?

Het gerechtshof heeft het standpunt ingenomen dat de verhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp dient te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Op basis van de tussen Beeuwkes Thuiszorg B.V. en de gemeente Harderwijk gesloten overeenkomst blijkt dat de thuiszorgorganisatie tegenover de gemeente de verplichting tot het leveren van een bepaalde vorm en kwaliteit van zorg op zich heeft genomen. Ook werft de thuiszorgorganisatie de thuiszorghulpen en koppelt de thuiszorghulpen aan de zorgbehoevenden. Daarnaast blijkt uit de vorige paragraaf dat de verhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp alle elementen heeft die kenmerkend zijn voor een arbeidsovereenkomst. Hierdoor is het standpunt van het gerechtshof dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp solide.

De verwijzing van het gerechtshof naar de uitzendrelatie zonder een nadere toelichting hierop, is niet helder. Wanneer gekeken wordt naar alle omstandigheden van het geval blijkt niet, zoals bij een uitzendovereenkomst geldt, dat de werknemer werkt onder toezicht en leiding van een derde. Bij een uitzendovereenkomst heeft de uitzendwerkgever nauwelijks tot geen feitelijk gezag over de door de uitzendwerknemer verrichte arbeid. Echter, bij de thuiszorgorganisatie is dit niet het geval.

Nadat de thuiszorghulp is gekoppeld aan de zorgbehoevende, blijft er sprake van een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid van de thuiszorgorganisatie bij door de thuiszorghulp verrichte werkzaamheden. In dit geval houdt de thuiszorgorganisatie dus voortdurend toezicht en leiding op de werkzaamheden die de thuiszorghulp verricht. Hierdoor is de verwijzing van het gerechtshof naar de uitzendrelatie niet solide.

3.5.4 Welke gevolgen heeft het arrest voor de Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp?

Naar aanleiding van het hiervoor besproken arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, kan men zich afvragen of de uitzonderingspositie, die geldt bij de Regeling dienstverlening aan huis binnen het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht, nog van toepassing kan blijven. De vraag die gesteld moet worden: Is de situatie van de thuiszorghulp die werkzaam is via de Regeling dienstverlening aan huis bij een thuiszorgorganisatie vergelijkbaar met de situatie van de thuiszorghulp die werkzaam is bij Beeuwkes Thuiszorg B.V? In het arrest wordt een aantal omstandigheden beschreven die rechtvaardigen dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp. Deze omstandigheden zijn:

- de thuiszorghulp is verplicht tot het verlenen van zorg aan de zorgbehoevende, zoals is afgesproken in de overeenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de gemeente;
- de thuiszorgorganisatie heeft instructiebevoegdheid jegens de thuiszorghulp;
- de verhouding tussen de thuiszorghulp en de zorgbehoevende is voor het grootste deel van tevoren vastgelegd in door de thuiszorgorganisatie opgestelde contracten;
- de thuiszorgorganisatie heeft na de bemiddeling een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid bij de door de thuiszorghulp verrichte werkzaamheden;
- de bepaling van de hoogte van het loon van de thuiszorghulp wordt vastgesteld door de thuiszorgorganisatie.

Om te bepalen of de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en of de zelfstandige thuiszorghulp, op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij een thuiszorgorganisatie, dient beoordeeld te worden op welke wijze de thuiszorgorganisatie deze omstandigheden invult. Wanneer deze omstandigheden op dezelfde manier worden ingevuld als bij Beeuwkes, kan de conclusie worden getrokken dat deze thuiszorghulp niet via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is bij de thuiszorgorganisatie, maar dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij deze thuiszorgorganisatie. De hiervoor beschreven situatie kan zich bij een zelfstandige thuiszorghulp ook voordoen als zij werkzaam is bij een zorgbehoevende die heeft gekozen voor een pgb, waarbij de thuiszorgorganisatie bemiddelt tussen de zorgbehoevende en de thuiszorghulp. Dit geldt in mindere mate voor de zorgbehoevende die de huishoudelijke hulp uit eigen middelen betaalt, omdat de omstandigheden die volgens het arrest bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, niet op dezelfde wijze van toepassing zijn, zoals het ontbreken van instructiebevoegdheid van een thuiszorgorganisatie jegens de thuiszorghulp en het ontbreken van voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid van een thuiszorgorganisatie bij de door de thuiszorghulp verrichte werkzaamheden. Voor de

zelfstandige thuiszorghulp die zonder tussenkomst van een thuiszorgorganisatie werkt, maar via een zorgkantoor, kan ook de vraag worden gesteld of er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen het zorgkantoor en de thuiszorghulp.⁴⁴

Als uit de beoordeling van de omstandigheden blijkt dat de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, feitelijk werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst bij de thuiszorgorganisatie, dan is de uitzonderingspositie binnen het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht in dit geval niet langer van toepassing. Dit betekent dat de thuiszorghulp bij ziekte verzekerd is tegen verlies van inkomen. Dit betekent ook dat de overeenkomst van de thuiszorghulp niet eindigt door opzegging van de zorgbehoevende. Wanneer de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wil opzeggen, zal de thuiszorgorganisatie ten opzichte van de situatie vóór het arrest van het gerechtshof de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden of via opzegging of via ontbinding moeten beëindigen. Als de arbeidsovereenkomst met de thuiszorgorganisatie is beëindigd dan kan de thuiszorghulp bij het UWV een WW-uitkering aanvragen. Ook betekent dit dat de thuiszorghulp een pensioen kan opbouwen bij de thuiszorgorganisatie. Het voorgaande kan ook van toepassing zijn bij een zelfstandige thuiszorghulp als zij feitelijk op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij bijvoorbeeld een thuiszorgorganisatie. Verder kan dit betekenen dat de thuiszorgorganisatie of het zorgkantoor zich voor de vraag gesteld ziet of zij de overeenkomst met de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is of de zelfstandige thuiszorghulp al dan niet wil voortzetten onder deze voorwaarden, gezien de (financiële) consequenties van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

Een andere vraag die naar aanleiding van het arrest gesteld kan worden is, wat er sinds het arrest is gebeurd met de thuiszorghulpen die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam zijn en de zelfstandige thuiszorghulpen. Het arrest heeft wel in 'thuiszorgland' het nodige stof doen opwaaien. Volgens de branchevereniging Actiz zou de uitspraak enorme financiële effecten hebben als 10.000 thuiszorghulpen een arbeidsovereenkomst zouden blijken te hebben met de thuiszorgorganisaties die de bemiddeling uitvoeren.⁴⁵ De door de branchevereniging Actiz veronderstelde financiële effecten hebben zich niet voorgedaan. Thuiszorghulpen zijn geen gerechtelijke procedures tegen hun thuiszorgorganisatie gestart. Redenen hiervoor zouden kunnen zijn:

- de thuiszorghulpen dienen aannemelijk te maken dat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn bij de thuiszorgorganisatie;
- de thuiszorghulpen worden met gerechtelijke kosten, zoals advocaatkosten en griffiekosten, geconfronteerd;
- de thuiszorghulpen zullen mogelijk consequenties ondervinden als zij een rechtszaak starten tegen de thuiszorgorganisatie, zoals het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst;
- de thuiszorghulpen zijn geconfronteerd met de gevolgen van de invoering WMO 2015.

⁴⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 200.107.711200.109.711, *JAR* 2014/12 (noot mr. E. Cremers-Hartman).

⁴⁵ <http://www.tijdschriftrechtenarbeid.nl/archief-artikelen-en-annotaties/aflevering-2-2014>.

Een andere reden waarom de zelfstandige thuiszorghulpen geen gerechtelijke procedure zijn gestart tegen de thuiszorgorganisatie, zou kunnen zijn dat zij niet geconfronteerd zijn met de koers van de Belastingdienst om de zelfstandige thuiszorg hulp niet als zelfstandige te zien. Als zij een rechtszaak tegen de thuiszorgorganisatie zouden aanspannen, lopen zij het gevaar niet langer als zelfstandige thuiszorg hulp bij de thuiszorgorganisatie te kunnen werken.

3.6 Zijn er manieren waarbij de thuiszorg hulp als zelfstandige thuiszorg hulp kan werken, mede in licht van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden?

3.6.1 Inleiding

In het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 wordt een aantal aspecten beschreven die rechtvaardigen dat de vraag kan worden gesteld of er sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de thuiszorgorganisatie en de zelfstandige thuiszorg hulp. Om dit te voorkomen zou de VAR-verklaring hiervoor een oplossing kunnen zijn. De Belastingdienst heeft echter de afgelopen periode bij diverse zelfstandige thuiszorghulpen, die de beschikking hebben over een VAR-verklaring, geoordeeld dat deze thuiszorghulpen niet werkzaam zouden zijn als zelfstandige thuiszorghulpen. Om deze situatie te voorkomen is de staatssecretaris van Financiën met het alternatief voor de VAR-verklaring gekomen. In paragraaf 3.6.2 zal de VAR-verklaring worden besproken en in paragraaf 3.6.3 zal worden besproken op welke wijze de Belastingdienst en het UWV beoordelen of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking. In paragraaf 3.6.4 wordt uiteen gezet welke problemen de zelfstandigen in de zorg zijn geconfronteerd, ondanks dat zij een VAR-verklaring hebben. Vervolgens zal in paragraaf 3.6.4 de BGL en het alternatief voor de BGL besproken worden. Daarna zal in paragraaf 3.6.5 worden besproken welke manieren er zijn om als zelfstandige thuiszorg hulp werkzaam te zijn en op welke wijze met deze manieren voorkomen kan worden dat de Belastingdienst alsnog van mening is dat de thuiszorghulpen niet als zelfstandige thuiszorg hulp werkzaam zijn.

3.6.2 VAR-verklaring

Uit artikel 6 lid 1 onder e ZW volgt dat de arbeidsverhouding van iemand die een VAR-verklaring heeft overgelegd aan zijn opdrachtgever, niet kan worden aangemerkt als een dienstbetrekking. Van deze situatie is sprake als:

- de voordelen die de persoon geniet, worden aangemerkt als winst uit een onderneming (VAR-wuo); of
- de werkzaamheden die de persoon verricht worden aangemerkt als werkzaamheden verricht voor rekening en risico van een vennootschap, waarin die persoon een aanmerkelijk belang heeft (VAR-dga).

Zelfstandigen, die in het bezit zijn van een VAR-wuo of VAR-dga en hun opdrachtgevers, hebben sinds de invoering van de Wet uitbreiding rechtsgevolgen VAR voortaan de zekerheid dat zij voor de duur van de VAR-verklaring gezien worden als zelfstandigen. De voorwaarden waaraan zij moeten voldoen om als zelfstandige te worden gezien zijn:

- de feitelijke werkzaamheden die de zelfstandige verricht, komen overeen met hetgeen in de VAR-verklaring is vermeld;

- de werkzaamheden die de zelfstandige voor de opdrachtgever verricht, moeten binnen de geldigheidsduur van de verklaring vallen;
- de identiteit van de zelfstandige dient door de opdrachtgever te zijn vastgesteld.

Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, hoeven de opdrachtgevers geen loonheffing in te houden en geen premies werknemersverzekeringen af te dragen en is de zelfstandige dus niet verzekerd voor de werknemersverzekeringen.

Naast de VAR-wuo en VAR-dga is er ook nog de VAR-row (resultaat uit overige werkzaamheden) en de VAR-loon. In het laatste geval is er sprake van een werknemer. Wanneer een persoon beschikt over een VAR-row dan heeft deze VAR geen betekenis voor de vraag of er wel of niet premies werknemersverzekeringen moeten worden betaald. In dat geval zal de opdrachtgever zelf moeten beoordelen of er sprake is van een (vaste) dienstbetrekking.⁴⁶

3.6.3 Op welke wijze beoordelen de Belastingdienst en het UWV of er sprake is van een fictieve dienstbetrekking?

De Belastingdienst en het UWV kunnen oordelen dat op grond van de arbeidsverhouding sprake is van een fictieve dienstbetrekking. Om duidelijkheid te scheppen, heeft de wetgever in de beleidsregels beoordeling dienstbetrekking vastgelegd op grond van welke criteria een arbeidsrelatie wordt aangemerkt als (fictieve) dienstbetrekking of niet. De criteria op grond waarvan een arbeidsrelatie wordt aangemerkt als (fictieve) dienstbetrekking of niet, bestaat uit de volgende onderdelen:

- algemene uitgangspunten;
- hoe verhoudt de overeenkomst tot opdracht zich tot de arbeidsovereenkomst?;
- de criteria van de privaatrechtelijke dienstbetrekking;
- bijzondere situaties.

Onderstaand zullen deze onderdelen verder worden besproken.

- Algemene uitgangspunten

De beantwoording van de vraag of er in een bepaald geval sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking vindt plaats aan de hand van feiten en omstandigheden van de te beoordelen concrete situatie. De beoordeling van de feiten en omstandigheden betekent het volgende:

- de aanwezigheid van een privaatrechtelijke dienstbetrekking vindt per arbeidsverhouding plaats;
- als er meer partijen bij een arbeidsverhouding zijn betrokken, dient de verhouding van de zelfstandige tot elk van die partijen beoordeeld te worden, omdat er in principe met elk van die partijen sprake kan zijn van een arbeidsverhouding;
- wat de bedoeling van partijen is bij het aangaan van de overeenkomst, de vorm waarin de arbeidsverhouding is vastgelegd alsook de benaming die aan de arbeidsverhouding is gegeven, is niet zelfstandig doorslaggevend;

⁴⁶ Boot & Damsteegt 2014, p. 120-121.

- de complete beoordeling kan pas plaatsvinden als er daadwerkelijk wordt gewerkt in een bepaalde arbeidsrelatie, want dan pas wordt duidelijk hoe de feiten en omstandigheden van de arbeidsrelatie werkelijk zijn.

- Hoe verhoudt de overeenkomst tot opdracht zich tot de arbeidsovereenkomst

Partijen kunnen een overeenkomst op verschillende wijzen inrichten. Wat tussen de partijen heeft te gelden wordt bepaald door hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden en de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en daaraan inhoud hebben gegeven. Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst, kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot de in wet geregelde bijzondere overeenkomsten. Daarbij is niet een enkel kenmerk beslissend, maar dienen alle rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden in hun onderling verband te worden bezien.

- De criteria van de privaatrechtelijke dienstbetrekking

De criteria van de privaatrechtelijke dienstbetrekking zijn de verplichting om persoonlijk arbeid te verrichten, de verplichting om loon te betalen en de gezagsverhouding. Bij elk criterium worden omstandigheden beschreven die relevant zijn voor de beoordeling of voldaan is aan het betreffende vereiste. Wanneer aan alle criteria is voldaan, is er sprake van een privaatrechtelijke dienstbetrekking.

- Bijzondere situaties.

In dit onderdeel worden enkele zaken besproken die specifiek zijn voor de desbetreffende doelgroepen. De doelgroepen zijn profit- of non-profit organisatie, waarneming, franchising, vergunninghouder, uitzendovereenkomst en directeur-groootaandeelhouder.⁴⁷

De beleidsregels zijn een hulpmiddel. Het zijn geen duidelijke richtlijnen over het onderscheid tussen de werknemer en de zelfstandige. De beleidsregels brengen aan het licht dat de VAR-verklaring weinig zekerheid vooraf biedt. De afgifte van een VAR-wuo of VAR-dga door de Belastingdienst kan niet beletten dat het UWV haar wettelijke plicht uitvoert en achteraf de arbeidsrelaties toetst op het bestaan van een dienstbetrekking. Daarbij komt dat het UWV regelmatig tot de conclusie komt dat een zelfstandige werkzaam is in een fictieve dienstbetrekking, waardoor de huiver voor eventuele boetes en naheffingen bij veel opdrachtgevers blijft bestaan. Ook komt het voor dat het UWV anders oordeelt dan de Belastingdienst, waardoor een zelfstandige wordt geconfronteerd met een premieheffing voor de werknemersverzekeringen.⁴⁸

3.6.4 Met welke problemen worden de zelfstandigen in de zorg geconfronteerd?

Veel zelfstandigen in de zorg werken via een bemiddelingsbureau, omdat de verzekeraars niet met zelfstandigen willen werken. De afgelopen periode is het voor de zelfstandigen in de zorg erg moeilijk geweest om als ondernemer te werken, ondanks dat deze zelfstandigen in de zorg beschikken over een VAR-wuo. De Belastingdienst heeft in de afgelopen periode de regels

⁴⁷ Van Drongelen & Jellinghaus 2014, p. 130-135.

⁴⁸ Aerts 2007, p. 297.

verscherpt en vindt dat de zelfstandigen die via een bemiddelingsbureau werken, in loondienst zijn en niet als ondernemer werken. Volgens de Belastingdienst zouden de zelfstandigen zich schuldig maken aan een schijnconstructie. De zelfstandigen worden gedetacheerd en hebben geen enkele invloed op hun eigen positie. Het enige wat de zelfstandigen zelf doen, naast het regulier werk, is een urenbriefje inleveren waarna uit naam van het bemiddelingsbureau de facturen ter declaratie worden verstuurd. Vervolgens worden de zelfstandigen uitbetaald na aftrek van een marge. De zelfstandigen hebben maar één klant, het bemiddelingsbureau. Verder is er onder andere sprake van een gezagsverhouding, waardoor de zelfstandigen geen invloed hebben op de tariefstelling en mogen de zelfstandigen niet zelf voor vervanging bij ziekte verzorgen. Volgens de Belastingdienst is er dus geen sprake van zelfstandig ondernemen.⁴⁹

3.6.5 Beschikking geen loonheffing (BGL) en het alternatief voor de BGL

In 2016 gaat de VAR-verklaring verdwijnen. In eerste instantie zou de BGL in de plaats van deze verklaring komen. Bij de BGL zou naast de zelfstandige ook de opdrachtgever verantwoordelijk worden voor de beoordeling van de arbeidsrelatie. De BGL zou net als de VAR-verklaring een vrijwarende werking hebben, maar deze vrijwaring is er voor de opdrachtgever alleen indien de feitelijke omstandigheden overeenkomen met de bij de aanvraag van de BGL aangegeven omstandigheden. Indien de Belastingdienst bij controle oordeelt dat dit niet het geval is, is de opdrachtgever mede aansprakelijk voor de afdracht van de loonheffingen. Dit gaat niet door, maar daarvoor in de plaats komt er een alternatief voor de BGL. Dit alternatief houdt in dat belangenorganisaties van opdrachtgevers en opdrachtnemers straks overeenkomsten kunnen opstellen en aan de Belastingdienst kunnen voorleggen. Daarmee kunnen opdrachtgever en opdrachtnemer zekerheid krijgen over de voorgenomen arbeidsrelatie, waardoor er geen verplichting is tot het afdragen van loonheffingen. Deze zekerheid geldt alleen als de arbeid ook daadwerkelijk wordt verricht overeenkomstig de opgestelde voorbeeldovereenkomst. Het oordeel van de Belastingdienst wordt schriftelijk vastgelegd, waarbij ook wordt aangegeven voor welke termijn een vrijwaring voor de loonheffingen wordt gegeven als de overeenkomst wordt afgesloten en er in de praktijk volgens deze overeenkomst wordt gewerkt. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat jurisprudentie aanleiding kan zijn om een eerder beoordeelde (voorbeeld)overeenkomst voor de toekomst in te trekken. Daarbij moeten de beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen. Op 2 juli 2015 heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel (34.036) aangenomen en het wetsvoorstel moet nog door de Eerste Kamer worden aangenomen.

De Belastingdienst zal de beoordeelde overeenkomsten, voor zover mogelijk, openbaar maken, waardoor opdrachtgevers en opdrachtnemers deze overeenkomsten kunnen gebruiken. Deze overeenkomsten zullen, vanzelfsprekend geanonimiseerd en met instemming van de opdrachtgever en opdrachtnemer, door de Belastingdienst als voorbeeldovereenkomst op zijn website worden gepubliceerd. Op deze manier kunnen andere opdrachtgevers en opdrachtnemers daarmee hun voordeel doen. Om ook deze opdrachtgevers en opdrachtnemers zekerheid te kunnen geven zonder dat het nodig is dat zij hun overeenkomsten aan de Belastingdienst ter beoordeling voorleggen, zal de Belastingdienst enkele voorbeeldovereenkomsten ontwikkelen waaraan

⁴⁹ <http://www.zzp-nederland.nl/nieuws/14886-zorg-zzp-var>.

partijen gelijk zekerheid kunnen ontlenu. Ook zal de Belastingdienst bepalingen publiceren op hun website, die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of er een verplichting tot het afdragen van loonheffingen aanwezig is. Deze bepalingen kunnen worden gebruikt om een overeenkomst op te stellen, die daarna aan de Belastingdienst kan worden voorgelegd ter beoordeling.

Wanneer bij een controle van de Belastingdienst blijkt dat er niet volgens de beoordeelde overeenkomst wordt gewerkt, is er geen vrijwaring voor de loonheffingen. De Belastingdienst beoordeelt de arbeidsrelatie op grond van de aangetroffen feiten en omstandigheden. Op grond van het vertrouwensbeginsel zal het in beginsel niet mogelijk zijn om een naheffingsaanslag voor loonheffingen aan de opdrachtgever op te leggen. De opdrachtgever kan zich niet met succes op het vertrouwensbeginsel beroepen, indien er feitelijk niet conform de overeenkomst is gewerkt, waardoor in dat geval er dus wel een naheffingsaanslag kan worden opgelegd. Het kan gebeuren dat de arbeidsverhouding gelet op de wijze waarop wordt gewerkt, moet worden gekwalificeerd als een dienstbetrekking of een fictieve dienstbetrekking. Wanneer dat het geval is, dan zal de Belastingdienst aan de opdrachtgever een correctieverplichting of een naheffingsaanslag voor de loonheffingen opleggen. Of de Belastingdienst daarbij een boete kan opleggen, is afhankelijk van de omstandigheden. Afhankelijk van de mate van schuld van de werkgever, kan een vergrijpboete worden opgelegd.

Bij het beoordelen van een aanvraag voor een uitkering, volgt het UWV het door de Belastingdienst ingenomen standpunt dat er geen verzekeringplicht voor de werknemersverzekeringen is geweest. De Belastingdienst en het UWV passen immers dezelfde wet- en regelgeving toe om tot een oordeel te komen of er sprake is (geweest) van een verzekeringplicht voor de werknemersverzekeringen. Indien de opdrachtnemer aan het UWV aannemelijk kan maken dat in de praktijk niet volgens de overeenkomst is gewerkt en hij daardoor wellicht verzekerd was voor de werknemersverzekeringen, dan kan hij mogelijk in aanmerking komen voor een uitkering. Het UWV zal in dat geval de informatie over de opdrachtgever doorgeven aan de Belastingdienst. Dit zal voor de Belastingdienst een aanwijzing zijn dat er feitelijk niet volgens de door de Belastingdienst beoordeelde overeenkomst is gewerkt. De Belastingdienst zal vervolgens bij de opdrachtgever de feiten nagaan en indien nodig een nader onderzoek instellen en zo nodig een correctieverplichting of een naheffingsaanslag opleggen.⁵⁰

De staatssecretaris van Financiën heeft aan het Adviescollege toetsing regeldruk (Actal) gevraagd of zij een advies willen geven over het voorgestelde alternatief BGL. Het Actal plaatst vraagtekens bij de proportionaliteit van de voorbeeldovereenkomsten en wil daarom de uitkomst van interdepartementale beleidsonderzoek naar zzp'ers (IBO-zzp) afwachten. Dit onderzoek zal naar verwachting de bouwstenen aandragen voor het verkleinen van de verschillen in de fiscale behandeling tussen de opdrachtnemers en de werknemers. Het verkleinen van fiscale prikkels kan de problematiek van de schijnzelfstandigheid verminderen, waardoor de opdrachtgevers en de opdrachtnemers, en de werkgevers en de werknemers, veel eerder de beste passende vorm voor

⁵⁰ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2015/04/20/alternatief-voor-beschikking-geen-loonheffingen>.

de arbeidsrelatie zullen kiezen. Voor de staatssecretaris van Financiën is deze reactie onduidelijk. Het huidige voorstel leidt tot minder administratieve lasten dan in de huidige situatie. Ook is het voor de Belastingdienst vrijwel onuitvoerbaar om de huidige wetgeving te handhaven. Verder is de staatssecretaris van mening dat ongeacht de uitkomsten van het onderzoek er in de (fiscale) wetgeving altijd een onderscheid zal blijven bestaan tussen werknemers en zelfstandigen. Het verbeteren van de handhavingspraktijk is volgens hem hoe dan ook noodzakelijk en het is niet wenselijk om dit uit te stellen.⁵¹

3.6.6 Welke manieren zijn er om als zelfstandige thuiszorghulp te werken tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof?

3.6.6.1 De Zelfstandige Service Organisatie (ZSO)

Volgens de Stichting ZP Nederland is het antwoord op het door de Belastingdienst gevoerde beleid dat in de zorg niet als zelfstandige kan worden gewerkt, de ZSO. De ZSO moet volgens de Stichting ZP Nederland gaan zorgen voor een landelijk goedgekeurde en erkende werkwijze voor de zelfstandigen binnen de zorg voor de Belastingdienst, het Ministerie van VWS en het Ministerie van SZW. De ZSO wordt door zelfstandigen zelf bestuurd en beheerd, waardoor er geen sprake kan zijn van een gezagsverhouding. Het aspect gezagsverhouding maakt het volgens de Belastingdienst onmogelijk om te werken in de zorg als zelfstandige. De Stichting ZP Nederland ondersteunt de zelfstandigen die samen een ZSO willen vormen.

Nederland is opgedeeld in meerdere zorgregio's. De regionale ZSO's functioneren als serviceorganisatie en als aanspreekpunt voor de borging van de kwaliteit en de continuïteit van de zorgdiensten. ZSO's kunnen ook de administratie, de ICT en de mogelijke telezorgdiensten aan de zorgbehoevenden, de gemeenten, de zorgverzekeraars en de instellingen, tegen zo laag mogelijke overhead en kosten aanbieden, uit naam van de deelnemende zelfstandigen. Tevens promoten de ZSO's de dienstverlening van de aangesloten zelfstandigen en sluiten op hun verzoek en namens hen convenanten in hoofdlijnen met aanbesteders als gemeenten en zorginstellingen. Daarnaast bieden ZSO's beschikbaarheids- en continuïteitsgarantie aan en bevorderen zij de kwaliteit van educatie op zorginhoudelijke- en ondernemerschapaspecten. Hierdoor kunnen de aangesloten zelfstandigen als deskundige en betrouwbare ondernemers aandacht besteden aan de zelfstandige uitvoering van zorg en welzijnstaken.

De ZSO is toegankelijk voor iedereen die volgens de Nederlandse wetgeving voldoet aan de algemene vak- en ondernemerseisen om te mogen werken in de zorg. De zelfstandigen bepalen zelf bij welke ZSO zij zich willen aansluiten, of dat zij zelf een ZSO willen opzetten. Het aanmelden als eenling bij een ZSO of als groep om een ZSO te starten, kan bij Stichting ZP Nederland. De stichting coördineert landelijk de aanmelding en het opzetten van de ZSO's. Op dit moment zijn er zes ZSO's die een landelijke dekking bieden en er hebben zich ook al meer dan 100 kleine en grotere groepen van zelfstandigen gemeld die mee willen doen. Meer dan 1000 zelfstandigen

⁵¹ <http://www.taxence.nl/fiscaal-nieuws/nieuws/fiscaal-nieuws/wiebes-wuift-problemen-alternatief-BGL-weg>.

werken zo. Binnen één jaar is de verwachting van Stichting ZZP Nederland meer dan 40 ZSO's te hebben opgericht die de 80.000 zelfstandigen in de zorg een nieuwe manier geven om hun individuele kwaliteit en klantgerichtheid volledig in te zetten, zonder gedoe met belemmerende regels en afhankelijkheid van derden.

Volgens de Stichting ZZP Nederland is een belangrijke meerwaarde van de ZSO's de beschikbaarheid van een Talentcenter. Het Talentcenter zorgt voor het zichtbaar maken van het profiel van de zelfstandige via het internet. Iedere aangeslotene bij een ZSO kan hier zijn profiel plaatsen dat zichtbaar wordt voor de zorgvragers. Ook biedt het Talentcenter innovatieve opleidingen om de kwaliteit van de zorg te bewaken en te verbeteren. Deze opleidingen zullen modulair worden opgezet, waarbij het verstrekken van vakkennis en ondernemerschap speerpunten zijn. De opleidingen zijn speciaal voor zelfstandigen en worden gegeven door ervaren zelfstandigen. Het Talentcenter wordt beheerd door Stichting ZZP Nederland.⁵²

3.6.6.2 *Pilot zorg*

De staatssecretaris van VWS heeft samen met de Zorgverzekeraars Nederland de mogelijkheid onderzocht om een pilot te starten voor het rechtstreeks contracteren van zelfstandigen in de AWBZ door zorgkantoren. De aanleiding voor deze pilot is de discussie in 2012 in de Tweede Kamer over het aanscherpen van het pgb-beleid. In deze discussie is naar voren gekomen dat de reguliere thuiszorgorganisaties niet altijd voldoende flexibel in kunnen spelen op de zorgvraag van een zorgbehoevende. Het pgb heeft hierin een alternatief kunnen bieden, ook in situaties waarin een zorgbehoevende het pgb niet als eerste keuze had. Vervolgens is bezien of binnen het regime van zorg-in-natura meer aan de flexibele zorgvraag kan worden voldaan en is in de periode eind 2011-2012 in twee volksgezondheidsregio's een pilot uitgevoerd. Nadien hebben ongeveer 1.200 zelfstandigen, waarvan de VAR-Wuo is ingetrokken of niet is verstrekt, de mogelijkheid gekregen om als zelfstandige zorg te gaan verlenen aan zorgbehoevenden. Deze pilot is vanaf 2013 uitgebreid naar andere zorgkantoorregio's. In deze pilot wordt uitsluitend extramurale zorg geleverd aan zorgbehoevenden die bestaat uit verpleging en verzorging, al dan niet in combinatie met begeleiding. In 2015 kan alleen via de pilot zorg een verpleegkundige of een verzorgende worden gecontracteerd. Vanaf 2016 zal het kabinet er voor zorgen dat directe contractering van een verpleegkundige of een verzorgende mogelijk wordt. Het kabinet gaat hierover afspraken overmaken met de Zorgverzekeraars Nederland en door deze afspraken zullen de zorgverzekeraars en de zorgkantoren geen beletsel meer zien om een verpleegkundige of een verzorgende te contracteren.⁵³

Om als zelfstandige aan de pilot deel te nemen, dient de zelfstandige een BIG-registratie of een geldig keurmerk voor de thuiszorg (Kiwa) te hebben. De zelfstandige dient zelf de werving van zorgbehoevenden op zich te nemen en is zelf aanspreekbaar voor de geleverde kwaliteit van de zorg. Om de continuïteit van de zorg te garanderen dient de zelfstandige zelf te zorgen voor een achtervang, wanneer de zelfstandige om wat voor redenen dan ook niet in staat is de zorg zelf te leveren. Tevens dient de zelfstandige zijn administratieve verplichtingen na te komen in het proces

⁵² <http://www.zzp-nederland.nl/artikel/de-zelfstandige-service-organisatie-zso>.

⁵³ <http://www.zorgvisie.nl/Personeel/Nieuws/2014/10/Directe-contractering-zzpers-mogelijk-in-2016>.

van 'indicatie tot facturatie'. Deze zaken en nog andere zaken, zoals de eigen verantwoordelijkheid voor (bij)scholing, horen bij het ondernemersprofiel dat kenmerkend is voor de zelfstandige. Vervolgens zal de zelfstandige onder andere een VAR-verklaring moeten aanvragen bij de Belastingdienst, een kwaliteitskeurmerk moeten aanvragen en zich moeten inschrijven bij een zorgkantoor. Een groot deel van de zelfstandigen die voorheen actief is geweest via een bemiddelingsbureau, heeft een brief van de Belastingdienst over de mogelijkheid van deze pilot gekregen. Indien de zelfstandige waar de zorgbehoevende zorg van ontvangt, is gecontracteerd voor de pilot, is de zorgbehoevende gevraagd om van zorgaanbieder te veranderen. De zorgbehoevende is dan gevraagd van het bemiddelingsbureau over te stappen naar de zelfstandige.⁵⁴

3.6.6.3 Kan de thuiszorghulp via de ZSO of de pilot zorg op een juridisch correcte manier als zelfstandige werken?

Voor de beoordeling of er sprake is van een dienstbetrekking wordt als uitgangspunt in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur de definitie van een arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) genomen. Of de zelfstandige thuiszorghulp werkzaam is op basis van een dienstbetrekking bij de ZSO of via de pilot zorg, zal dus worden beoordeeld aan de hand van de definitie van een arbeidsovereenkomst.⁵⁵

Uit het door mij verrichte veldonderzoek blijkt dat de zelfstandige thuiszorghulp die via een ZSO of via de pilot zorg werkzaam is, niet in het kader van de uitvoering van de zorgtaken van de gemeente geworven is en niet specifiek daarvoor werkzaam is. Ook blijkt uit het veldonderzoek dat de ZSO's of het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, niet de zelfstandige thuiszorghulp koppelt aan een zorgbehoevende. De zelfstandige thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor het werven van zorgbehoevenden. Zorgbehoevenden en AWBZ-instellingen kunnen wel via het bestand van de zelfstandige thuiszorghulpen van de ZSO's, een zelfstandige thuiszorghulp zoeken. Ook blijkt uit het veldonderzoek dat de zelfstandige thuiszorghulp zelf een overeenkomst met de zorgbehoevende afsluit, die niet van tevoren is vastgelegd in een door de ZSO's of door het zorgkantoor opgestelde overeenkomst. Het voorgaande overziende is er geen sprake van een overeenkomst die de thuiszorghulp verplicht tot het verrichten van arbeid voor de ZSO's of het zorgkantoor die de pilot zorg uitvoert.

Ook is uit mijn veldonderzoek gebleken dat de ZSO's en het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, geen instructiebevoegdheid hebben bij het ondertekenen van de overeenkomst, waarbij de zelfstandige thuiszorghulp met de zorgbehoevende afspraken maakt over het aantal uren dat de zelfstandige thuiszorghulp zorg levert. Daarnaast hebben de ZSO's en het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert geen betrokkenheid bij de administratieve afhandeling tussen de zelfstandige thuiszorghulp en de zorgbehoevende. De zelfstandige thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor de afhandeling van de administratie. Verder is uit het veldonderzoek gebleken dat de zelfstandige

⁵⁴ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/05/09/kamerbrief-over-openstellen-landelijke-pilot-zzp-ers>.

⁵⁵ Bakels e.a. 2015, p. 56.

thuiszorghulp zelf dient te zorgen voor vervanging bij ziekte en vakantie. Bij de ZSO's dient de zelfstandige thuiszorghulp zelf een vervanger te regelen via het bestand van zelfstandige thuiszorghulpen. Bij één ZSO zal, wanneer de zelfstandige thuiszorghulp er om vraagt, contact worden opgenomen met de zorgbehoevende. Wanneer de zorgbehoevende er om vraagt, zal een vervanger uit het bestand worden gezocht. Bij het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, dient de zelfstandige thuiszorghulp van te voren vast te leggen wie de vervanger is. Uit het voorgaande blijkt dat de ZSO's en het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, geen gezag over de zelfstandige thuiszorghulp hebben.

Daarnaast is de zelfstandige thuiszorghulp zowel bij de ZSO's als bij het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit die zij moet leveren aan de zorgbehoevende. De ZSO's bieden wel faciliteiten om te blijven voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen, zoals scholing. In de jurisprudentie wordt vaak als knelpunt voor de zelfstandige in de zorg gewezen op de Kwaliteitswet zorginstellingen. Deze wet heeft alleen betrekking op zorginstellingen. De huidige Kwaliteitswet zorginstellingen zorgt voor onduidelijkheid over de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de zorginstelling en de zelfstandige thuiszorghulp. Deze wet zal worden opgevolgd door de Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg (Wkkgz). Op dit moment ligt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer. Hoewel de wet niet primair is bedoeld om de problematiek van de zelfstandige thuiszorghulp aan te pakken, biedt zij daarvoor wel een oplossing. In tegenstelling tot de Kwaliteitswet zorginstellingen is deze wet namelijk ook van toepassing op solistisch werkende zorgverleners, waaronder de zelfstandige thuiszorghulp. De Wkkgz introduceert een eigenstandige wettelijke basis. Volgens deze wet zijn de solistisch werkende zorgverleners zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van de verleende zorg. Dat blijft ook gelden als de solistisch werkende zelfstandige thuiszorghulp in opdracht van een zorginstelling zorg verleent. De zorginstelling blijft eindverantwoordelijk voor de dienst die geleverd wordt. De beoogde inwerkingtreding van de Wkkgz was 1 juli 2015, echter de beoogde inwerkingtreding van deze wet is niet gehaald. De plenaire behandeling van deze wet in de Eerste Kamer vindt op 29 september 2015 plaats. Vooruitlopend op de inwerkingtreding van deze wet zullen daarmee in overeenstemming te brengen contracten tussen de zorgverleners en de zorginstellingen worden gerespecteerd.⁵⁶

Verder bepaalt de zelfstandige thuiszorghulp bij de ZSO's in overleg met de zorgbehoevende dan wel met de AWBZ-instelling, welk bedrag wordt betaald voor de zorg die de zelfstandige thuiszorghulp levert. De zelfstandige thuiszorghulp wordt rechtstreeks betaald door de zorgbehoevende dan wel de AWBZ-instelling, nadat zij de zorgbehoevende dan wel de AWBZ-instelling een factuur heeft gestuurd. Bij het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, worden de tarieven gehanteerd die met de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zijn afgesproken. Het voorgaande overziend vindt er dus geen betaling plaats van het loon aan de zelfstandige thuiszorghulp door de ZSO's of het zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert voor de bedongen arbeid.

⁵⁶ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/10/10/kamerbrief-over-zzp-ers-in-de-zorg>.

Op grond van het voorgaande zou geconcludeerd kunnen worden dat de zelfstandige thuiszorghulp geen dienstbetrekking heeft bij een ZSO of met een zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert. Hierdoor zou de thuiszorghulp via de ZSO of de pilot zorg op een juridisch correcte manier als zelfstandige kunnen werken. Hierbij dient wel een aantal kanttekeningen te worden gemaakt. Deze kanttekeningen hebben betrekking op hoe partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst. Een van deze kanttekeningen is hoeveel invloed de zorginstelling of de AWBZ-instellingen hebben op de uitvoering van de werkzaamheden door de zelfstandige thuiszorghulp. Een andere kanttekening die gemaakt kan worden, is dat de zelfstandige thuiszorghulp niet in dienst is van de ZSO of in dienst is van een zorgkantoor, maar dat de zorgbehoevende wordt gezien als de werkgever. Hierdoor is het probleem dat er mogelijk toch sprake is van een dienstbetrekking, nog niet definitief de wereld uit.

4 Wat betekent de Wet werk en zekerheid voor de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is?

4.1 Inleiding

Per 1 januari 2015 zijn de eerste bepalingen uit de Wet werk en zekerheid (WWZ) in werking getreden en deze maatregelen hebben onder andere betrekking op het concurrentiebeding en de proeftijd. Ook krijgen werkgevers met werknemers met een contract voor bepaalde tijd dat ten minste zes maanden duurt, te maken met een wettelijke aanzegtermijn. Per 1 juli 2015 is de ketenregeling en het ontslagrecht gewijzigd. Daarnaast krijgen werknemers bij het einde van een arbeidsovereenkomst van twee jaar of langer een transitievergoeding mee. Naast deze bepalingen, verandert er ook het één en ander in de Werkloosheidswet. Vanwege het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 kunnen deze bepalingen consequenties hebben voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de zelfstandige thuiszorghulp, omdat zij mogelijk werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst bij de thuiszorgorganisatie. In dit hoofdstuk zullen de veranderingen in het ontslagrecht, de transitievergoeding en hoger beroep en cassatie worden behandeld. Vervolgens zal uiteen gezet worden welke wijzigingen zich voordoen in het nul-urencontract door de invoering van de Wet werk en zekerheid en wat dit betekent voor de zorgsector.

4.2 Veranderingen in het ontslagrecht

Als de thuiszorgorganisatie vanaf 1 juli 2015 de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wil opzeggen en de thuiszorghulp stemt hiermee in, kan de thuiszorgorganisatie op deze manier de arbeidsovereenkomst beëindigen. De thuiszorghulp kan deze instemming binnen twee weken schriftelijk herroepen, zonder opgave van reden (artikel 7:671 lid 2 BW). De opzegging wordt in dat geval niet geacht te hebben plaatsgevonden. De thuiszorgorganisatie dient de thuiszorghulp binnen twee werkdagen na de instemming schriftelijk te wijzen op het recht van herroeping. Wanneer de thuiszorgorganisatie de thuiszorghulp daar niet op wijst, bedraagt de termijn van herroeping drie weken (artikel 7:671 lid 3 BW). In artikel 7:670a lid 8 BW en artikel 7:671 lid 6 BW wordt bepaald dat elk beding, waarbij het recht om de schriftelijke instemming met de opzegging te herroepen wordt uitgesloten of beperkt, nietig is. In artikel 7:671 lid 5 BW is geregeld dat de thuiszorghulp geen gebruik kan maken van de mogelijkheid om binnen twee weken de instemming met de opzegging te herroepen, wanneer zij in de daaraan voorafgaande periode van zes maanden reeds gebruik heeft gemaakt van dat recht.

Een andere wijze waarop de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp kan beëindigen, is met wederzijds goedvinden. Dezelfde systematiek die geldt bij de instemming met de opzegging, geldt ook bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden (artikel 7:670b BW). Net als bij de instemming met de opzegging kan de thuiszorghulp geen gebruik maken van de mogelijkheid om de beëindigingsovereenkomst te herroepen, wanneer zij in de voorafgaande periode van zes maanden reeds gebruik hiervan heeft gemaakt (artikel 7:670b lid 4 BW). Er zijn ook verschillen tussen het instemmen met de opzegging en het beëindigen met wederzijds goedvinden. Bij een instemming met de opzegging geldt artikel 7:669 BW en kan de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp opzeggen als er

een redelijke grond is, terwijl bij beëindiging met wederzijds goedvinden dat vereiste niet geldt. Bij de instemming met de opzegging is wel een transitievergoeding verschuldigd, terwijl bij beëindiging met wederzijds goedvinden geen transitievergoeding verschuldigd is.

Als de thuiszorghulp niet via instemming met het ontslag of met wederzijds goedvinden de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, kan de thuiszorgorganisatie nog toestemming verzoeken voor opzegging bij het UWV in geval van ontslag op bedrijfseconomische gronden en langdurig ziekteverzuim (7:671a lid 1 BW). Als de thuiszorgorganisatie toestemming verzoekt voor opzegging bij het UWV en de verstrekte gegevens zijn onvoldoende voor een beoordeling, dient de thuiszorgorganisatie het verzoek binnen acht dagen aan te vullen. Als het verzoek volledig is, stelt het UWV de thuiszorghulp in de gelegenheid om binnen 14 dagen verweer te voeren. Als op basis van het verweer nog geen beslissing kan worden genomen, kan het UWV achtereenvolgens de thuiszorgorganisatie en de werknemer vragen om binnen zeven dagen nogmaals een kijk op de zaak te geven. Vervolgens kan het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag het verzoek aan de ontslagadviescommissie voorleggen als er onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de regels bij de beslissing die moet worden genomen of als er (sector)specifieke kennis nodig is voor een goede beoordeling van het verzoek. Het UWV streeft er naar om de ontslagprocedure binnen vier weken af te handelen, waarbij er in beginsel één schriftelijke ronde is. Als de toestemming is verleend, dient de thuiszorgorganisatie binnen vier weken schriftelijk op te zeggen. Als de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wil opzeggen, dient zij rekening te houden met de voor de thuiszorghulp geldende opzegtermijn. De opzegtermijn wordt verkort met de proceduretijd. Dit is de tijd die de ontslagprocedure bij UWV heeft geduurd. Er dient ten minste een termijn van één maand te resteren.

Als de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp op persoonlijke gronden wil beëindigen, dient de thuiszorgorganisatie een ontbindingsverzoek in te dienen bij de kantonrechter (artikel 7:671b lid 1 BW). De kantonrechter behandelt het ontbindingsverzoek binnen vier weken na de week waarin het verzoek is ingediend. De werknemer wordt in de gelegenheid gesteld om verweer in te dienen. Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst van de thuiszorghulp ontbindt, dient de kantonrechter rekening te houden met de geldende opzegtermijn. De tijd die de ontbindingsprocedure heeft geduurd, brengt hij op de opzegtermijn in mindering, maar er blijft altijd minstens één maand over.

Als het UWV de toestemming voor de opzegging heeft geweigerd, kan de thuiszorgorganisatie een ontbindingsverzoek indienen bij de kantonrechter. De thuiszorgorganisatie dient binnen twee maanden na de dag waarop de toestemming voor de opzegging is geweigerd bij het UWV een verzoek om ontbinding in te dienen bij de kantonrechter. De kantonrechter behandelt het verzoekschrift binnen vier weken na de week waarin het verzoek is ingediend. De kantonrechter toetst het ontslag aan dezelfde criteria als het UWV (artikel 7:671b lid 1 sub b BW). Het is denkbaar dat een kantonrechter niet snel tot ontbinding zal overgaan na een weigering door het UWV. De kantonrechter kan het ontbindingsverzoek alleen inwilligen indien aan de voorwaarden van opzegging is voldaan. Dit betekent dat de thuiszorgorganisatie aannemelijk zal moeten maken dat herplaatsing binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere

passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt (artikel 7:669 lid 1 BW). De kantonrechter kan de ontbinding weigeren wanneer de grond voor ontbinding onvoldoende aannemelijk is gemaakt of als er sprake is van een opzegverbod.⁵⁷ Ook de thuiszorghulp kan ex artikel 7:682 lid 1 BW een verzoek indienen als het UWV wel toestemming heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Wanneer het verzoek van de thuiszorghulp gegrond wordt verklaard, dan kan de rechter de thuiszorgorganisatie veroordelen tot herstel van de arbeidsovereenkomst dan wel tot het betalen van een billijke vergoeding wanneer er bij de thuiszorgorganisatie sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.⁵⁸

4.3 Transitievergoeding

In de Wet werk en zekerheid wordt de kantonrechtersformule verlaten en daarvoor in de plaats komt de transitievergoeding en daarbij is niet langer bepalend welke ontslagroute wordt gevolgd. De transitievergoeding is bedoeld als compensatie voor de gevolgen van het ontslag en om de overgang naar een andere baan te vergemakkelijken. De transitievergoeding zal alleen worden betaald als het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de thuiszorgorganisatie is uitgegaan of wanneer de arbeidsovereenkomst na het einde van rechtswege op initiatief van de thuiszorgorganisatie niet aansluitend is voorgezet (artikel 7:673 lid 1 BW). De thuiszorgorganisatie hoeft geen transitievergoeding te betalen als de thuiszorghulp het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst neemt zonder dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de thuiszorgorganisatie (artikel 7:673 lid 1 sub b BW). De thuiszorghulp heeft recht op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd. De transitievergoeding wordt niet door het UWV of de kantonrechter toegekend. Het is een recht dat de thuiszorghulp heeft opgebouwd. Dit recht is te vergelijken met het recht op uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen. De transitievergoeding over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst is gelijk aan een zesde van het in geld vastgestelde salaris per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart van het in geld vastgestelde salaris per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden (artikel 7:673 lid 2 BW). De maximale hoogte van de transitievergoeding bedraagt € 75.000,- bruto of maximaal één jaarsalaris indien het salaris hoger is.

De thuiszorgorganisatie mag de kosten van maatregelen in verband met het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst, gericht op het voorkomen van werkloosheid of het bekorten van de periode van werkloosheid op de transitievergoeding in mindering brengen. Verder mag de thuiszorgorganisatie kosten, die verband houden met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de thuiszorghulp, die tijdens of bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst zijn gemaakt, hierop in mindering brengen (artikel 673 lid 6 BW). Als de thuiszorgorganisatie kan aantonen dat zij kosten heeft gemaakt bij het begeleiden van de thuiszorghulp naar een andere baan, mogen deze kosten op de transitievergoeding in mindering worden gebracht.⁵⁹

⁵⁷ Knipschild 2014, p.38-39.

⁵⁸ Loonstra & Sick 2014, p. 12

⁵⁹ Kruit 2014, p. 52-53.

In artikel 7:673b BW wordt in de mogelijkheid voorzien om bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan af te wijken van de wettelijke regeling van de transitievergoeding. De transitievergoeding is van driekwartdwingend recht. Hierdoor kunnen de sociale partners zelf regels maken voor het bevorderen van van-werk-naar-werk-transities. Voor het kunnen afwijken, geldt als voorwaarde dat de thuiszorghulpen van wie de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet, aanspraak kunnen maken op gelijkwaardige voorzieningen ter voorkoming van werkloosheid of het bekorten van deze periode. Onder een gelijkwaardige voorziening wordt verstaan een voorziening in geld of natura of een combinatie daarvan, welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een thuiszorghulp aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling.⁶⁰

De thuiszorgorganisatie kan op grond van artikel 6:763c lid 2 BW de transitievergoeding in termijnen betalen, wanneer directe betaling ineens leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de thuiszorgorganisatie. De thuiszorgorganisatie is geen transitievergoeding verschuldigd als zij in staat van faillissement is verklaard of aan haar surseance van betaling is verleend (artikel 7:673c BW).

4.4 Hoger beroep en cassatie

De thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp kunnen tegen de beslissing van de kantonrechter in hoger beroep. Zij kunnen ook in hoger beroep gaan tegen een door de kantonrechter toegekende vergoeding of tegen het niet toekennen van een vergoeding. Wanneer de thuiszorgorganisatie of de thuiszorghulp het niet eens is met de uitspraak van het gerechtshof, kunnen zij in cassatie gaan bij de Hoge Raad. In cassatie wordt alleen gekeken of het recht goed is toegepast. Dit betekent dat in cassatie wordt uitgegaan van de feiten zoals het gerechtshof deze heeft vastgesteld.

Het instellen van hoger beroep of cassatie tegen de uitspraak heeft geen schorsende werking (artikel 7:683 lid 1 BW). Dit betekent dat de thuiszorgorganisatie of de thuiszorghulp zich moeten houden aan de uitspraak van de kantonrechter, zolang er geen onherroepelijke nieuwe uitspraak is gedaan.

De rechter in hoger beroep als de cassatierechter kunnen de thuiszorgorganisatie veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen (artikel 7:683 lid 3 BW). De rechter bepaalt bij het herstel van de arbeidsovereenkomst op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. De rechter kan tevens voorzieningen treffen ten aanzien van de tussenliggende periode. Als een herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt door tijdsverloop tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en de beslissing in hoger beroep of cassatie of de thuiszorghulp in hoger beroep niet heeft verzocht om herstel van de arbeidsovereenkomst, kan de rechter aan de thuiszorghulp een billijke vergoeding toekennen. Als het ontbindingsverzoek van de thuiszorgorganisatie of de thuiszorghulp in eerste aanleg volgens de rechter in hoger beroep of de cassatierechter ten onrechte is afgewezen, dient volgens artikel 7:683 lid 5 en lid 6 BW de rechter te bepalen op welk toekomstig tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Het staat de rechter vrij om een billijke (additionele) schadevergoeding aan de werknemer toe te kennen. Uit de memorie

⁶⁰ Kruit 2014, p. 54-57.

van toelichting blijkt dat een ontbinding van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht in hoger beroep of cassatie niet is toegestaan. Ook is de rechter in hoger beroep of de cassatierechter niet toegestaan de beslissing van de kantonrechter inhoudende de vernietiging van de opzegging te vernietigen.⁶¹

4.5 *Nul-urencontract*

Vóór 1 januari 2015 mocht bij schriftelijke overeenkomst gedurende de eerste zes maanden van de overeenkomst worden afgeweken van de loondoorbetalingsplicht ten nadele van de werknemer. Na het verstrijken van deze zes maanden, kon slechts bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden afgeweken ten nadele van de werknemer (artikel 7:628 lid 5 en 6 BW). Flexwerkers op basis van een nul-urencontract konden hierdoor blijvend van een loonaanspraak verstoken blijven als er voor hen geen werk meer was. De afwijking van het loonrisico van artikel 7:628 BW wordt in de Wet werk en zekerheid beperkter. Afwijking bij cao geldt alleen voor specifiek te duiden functies, waarbij het loonrisico van de werkgever kan worden verlegd naar de werknemer. Dit kan alleen als aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben (artikel 7:628 lid 7 BW). Wanneer er sprake is van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten als bedoeld in artikel 7:668a BW, mag een afwijking van artikel 7:628 lid 5 BW voor ten hoogste in totaal zes maanden worden overeengekomen. Tenslotte kan bij ministeriële regeling worden bepaald dat afwijking van artikel 7:628 lid 1 BW voor bepaalde bedrijfstakken of onderdelen daarvan niet mogelijk is (artikel 7:628 lid 8 BW). De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de zorgsector als zodanig aangewezen.⁶² Dit betekent niet dat het nul-urencontract wordt verboden. Werkgever en werknemers in de zorgsector hebben afgesproken dat nul-urencontracten zo min mogelijk worden afgesloten. Dit regelen de werkgevers en de werknemers zelf in de cao's. De werkgever zal het nul-urencontract van deze werknemer veranderen in een ander soort contract. Dit zal uiterlijk op 1 juli 2015 gerealiseerd zijn.⁶³ De Branchegroep Thuiszorg Nederland (BTN) heeft al een onderhandelaarsakkoord gesloten met Abvakabo FNV waarin het afsluiten van nul-urencontracten per 1 juli 2014 werd verboden. Dit betekent dat de BTN de verplichting heeft om aan alle thuiszorghulpverleners een contract aan te bieden voor het (vaste) aantal uren dat zij de laatste drie maanden gemiddeld hebben gewerkt. Dit geldt voor alle thuiszorgorganisatie die bij deze branchegroep zijn aangesloten.⁶⁴

⁶¹ Wetzels 2014, p. 81-82.

⁶² Roozendaal & Bouwens 2014, p. 4-5.

⁶³ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/arbeidsovereenkomst-en-cao/vraag-en-antwoord/worden-nulurencontracten-verboden>.

⁶⁴ <http://www.skipt.nl/actueel/id18014-wet-werk-en-zekerheid-het-einde-van-nul-urencontracten-in-de-zorg>.

5 Welke verschillen zijn er in arbeidsrechtelijke positie dan wel rechtspositie tussen de verschillende thuiszorghulpen en op welke wijze kan hun positie verbeterd worden?

5.1 Inleiding

In deze scriptie worden de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp besproken. In dit hoofdstuk zal uiteen worden gezet op welke punten de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst verschilt van de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp. De punten die zullen worden besproken zijn het arbeidsrechtelijke aspect, het socialezekerheidsrechtelijke aspect en het aspect pensioen. Uit deze verschillen zal vervolgens een conclusie worden getrokken wat dit betekent voor de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is ten opzichte van arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is dan wel rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp. Vervolgens zal worden besproken op welke wijze de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp verbeterd kunnen worden.

5.2 Arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is

5.2.1 Wat zijn de verschillen tussen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is?

De thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, heeft meer ontslagbescherming dan de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is. In de situatie vóór 1 juli 2015 blijkt dat het BBA niet van toepassing is op de arbeidsverhouding van werknemers die doorgaans voor maximaal drie dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verrichten ten behoeve van het huishouden van een natuurlijk persoon (artikel 2 lid 1 sub d BBA). Hierdoor kan de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp zo opzeggen. De thuiszorgorganisatie dient bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp wel een opzegtermijn in acht te nemen. Als de thuiszorgorganisatie dat niet wil, kan een ontbindingsprocedure worden gevolgd om de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp te beëindigen. In de situatie na 1 juli 2015 blijkt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met thuiszorghulp zonder preventieve toets rechtsgeldig kan opzeggen ook al is voor die opzegging geen schriftelijke instemming van de thuiszorghulp verkregen (artikel 7:671 lid 1 sub d BW). De arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp kan dus eenzijdig worden beëindigd, waarbij de thuiszorgorganisatie wel een opzegtermijn in acht dient te nemen. Nadat de Wet werk en zekerheid van toepassing is, kan de arbeidsovereenkomst met de

thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is ook door de kantonrechter worden ontbonden, maar alleen op persoonlijke gronden. Ook dient de thuiszorgorganisatie bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is een transitievergoeding te betalen.

Ook is de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst verzekerd voor de ZW, de WIA, de WW, terwijl de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is hiervoor niet verzekerd is. De thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, kan zich hiervoor wel vrijwillig verzekeren. In de praktijk verzekert deze thuiszorghulp zich hiervoor niet. De thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, krijgt bij ziekte wel zes weken loon doorbetaald. Dit is substantieel korter dan een thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, die twee jaar lang bij ziekte loon krijgt doorbetaald. Daarnaast bouwt de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst een pensioen op via de thuiszorgorganisatie bij het pensioenfonds Zorg en Welzijn, terwijl de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is geen pensioen opbouwt bij een pensioenfonds.

Wanneer de arbeidsrechtelijke positie van de beide thuiszorghulpen op deze aspecten met elkaar worden vergeleken, is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst substantieel beter dan de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is.

5.2.2 Op welke wijze zou de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is verbeterd kunnen worden?

Uit het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 november 2013 blijkt dat de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is bij een zorgbehoevende feitelijk dezelfde werkzaamheden verricht als de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is bij een zorgbehoevende. Ook blijkt uit dit arrest dat er naast de thuiszorghulpen die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam zijn ook nog andere thuiszorghulpen werkzaam zijn bij deze thuiszorgorganisatie. Tevens blijkt uit dit arrest dat de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, feitelijk werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst gezien de omstandigheden waaronder zij werkzaam is. Naar aanleiding van dit arrest is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is niet gewijzigd, ondanks dat het arrest het nodige stof heeft doen opwaaien.⁶⁵ De door de branchevereniging veronderstelde financiële effecten dat door het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10.000 thuiszorghulpen een arbeidsovereenkomst zouden hebben met de thuiszorgorganisaties, hebben zich echter niet voorgedaan. Om de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is echt te verbeteren, zou de uitzonderingspositie van de Regeling dienstverlening aan huis moeten worden afgeschaft. Dit mede gezien het feit dat deze

⁶⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 200.107.711200.109.711, JAR 2014/12 (noot mr. E. Cremers-Hartman).

regeling in strijd is met het ILO Verdrag nr. 189 (Domestic Workers). Het ILO-verdrag nr. 189 strekt ertoe de rechtspositie van het huishoudelijk personeel gelijk te stellen aan die van andere werknemers, in het bijzonder ten aanzien van de sociale zekerheid.

Tegen de achtergrond van ILO Verdrag hebben het kabinet en de sociale partners afgesproken een commissie te laten adviseren over een mogelijke verbetering van de positie van de huishoudelijke werkers en de gevolgen van een eventuele ratificatie van het ILO-verdrag nr. 189 in relatie tot de Regeling dienstverlening aan huis. De Commissie 'Dienstverlening aan huis' onder leiding van mr. Ella Kalsbeek heeft op 27 maart 2014 haar advies aangeboden aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De Commissie adviseert om publiek (mede)gefinancierde diensten buiten de werkingssfeer van de Regeling dienstverlening aan huis te plaatsen. De Commissie acht het principieel onwenselijk dat diensten die – grotendeels – met overheidsgeld worden gefinancierd worden uitgevoerd door dienstverleners van wie de rechtspositie slechter is dan die van de reguliere werknemers. Als reactie op het advies van de Commissie heeft het kabinet aangegeven dat er geen goed alternatief is voor de markt voor de Dienstverlening aan huis. Ook geeft het kabinet aan dat de nieuwe cao Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg (VVT) een belangrijke bijdrage zal leveren aan een betere arbeidsrechtelijke positie voor deze werknemers. Het kabinet wil dus de Regeling dienstverlening aan huis in standhouden, waardoor het ILO-verdrag nr. 189 niet kan worden geratificeerd.⁶⁶

Ondanks dat de thuiszorghulp onder de nieuwe cao VVT valt, wil dit nog niet zeggen dat zij verzekerd is voor de werknemersverzekeringen en een pensioen kan opbouwen. De praktijk is dat de thuiszorghulp zich niet vrijwillig verzekert voor de werknemersverzekeringen. Hierdoor is het afschaffen van deze uitzonderingspositie noodzakelijk. De regeling nodigt uit tot dubieuze bemiddelingsbureaus, die ongehinderd door de Arbeidsinspectie of de Belastingdienst het loon betalen als kassier, maar feitelijk in een gezagsverhouding tot de thuiszorghulp staan.

5.3 Rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp

5.3.1 Wat zijn de verschillen tussen de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp?

De thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst is verzekerd van het ontvangen van een beloning voor de verrichte huishoudelijke werkzaamheden bij een zorgbehoevende. De zelfstandige thuiszorghulp dient veelal te onderhandelen over de hoogte van het tarief, maar in de praktijk blijkt dat niet iedere zelfstandige in staat is om een goed tarief af te spreken.

Ook heeft de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst ontslagbescherming, terwijl de zelfstandige thuiszorghulp geen vergelijkbare ontslagbescherming kent. Tevens is de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst verzekerd

⁶⁶ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/10/17/kabinetsreactie-op-het-advies-van-de-commissie-dienstverlening-aan-huis>.

voor arbeidsongeschiktheid en bouwt een pensioen op. De zelfstandige thuiszorghulp kan zich wel verzekeren voor het arbeidsongeschiktheidsrisico bij het UWV. Aangaande het pensioen kan de zelfstandige thuiszorghulp kiezen voor een vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling als zij ten minste drie jaar pensioen heeft opgebouwd bij het pensioenfonds Zorg en Welzijn. Wanneer de zelfstandige thuiszorghulp geen pensioenregeling vrijwillig kan voortzetten, kan de zelfstandige thuiszorghulp eventueel een individueel pensioenproduct afsluiten. Verder kan de zelfstandige thuiszorghulp vanaf begin 2015 een eigen pensioen opbouwen bij onder andere Loyalis Sparen en Beleggen, waarbij zij de vrijheid heeft om zelf te bepalen hoeveel pensioen zij wil inleggen. Tevens kan zij het ingelegde pensioenbedrag gebruiken bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Het is de vraag of een zelfstandige thuiszorghulp van deze mogelijkheden gebruik zal maken gezien de omvang van de arbeidsovereenkomst en de hoogte van de premies. Hierdoor is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst substantieel beter dan de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp. Om als zelfstandige thuiszorghulp te kunnen werken, dient de zelfstandige thuiszorghulp te beschikken over een VAR-verklaring. Ondanks dat de zelfstandige thuiszorghulp beschikt over deze verklaring, biedt dat geen zekerheid. De Belastingdienst kan van mening zijn dat de zelfstandige thuiszorghulp in loondienst is. Op dit moment draagt alleen de zelfstandige thuiszorghulp hiervoor de consequenties. Bij het alternatief voor de VAR-verklaring zou naast de zelfstandige thuiszorghulp ook de opdrachtgever verantwoordelijk worden voor de beoordeling van de arbeidsrelatie, waardoor de opdrachtgever mede aansprakelijk is voor de afdracht van de loonheffingen. Hiermee wordt niet de rechtsonzekerheid voor de zelfstandige thuiszorghulp volledig opgeheven. Deze situatie zal zich voordoen als er feitelijk niet conform de overeenkomst is gewerkt. Ook wanneer de zelfstandige thuiszorghulp via een ZSO of via de pilot zorg werkzaam is, kan volgens de Belastingdienst blijken dat zij niet als zelfstandig ondernemer werkzaam is, maar als schijnzelfstandige. De zorginstelling of de zorgbehoevende wordt in die situatie gezien als de werkgever vanwege de invloed die zij heeft op de uitvoering van de werkzaamheden. Als de Belastingdienst deze mening is toegedaan, kan dit betekenen dat de thuiszorghulp niet meer mag werken als zelfstandige thuiszorghulp. Hierdoor is de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp onzekerder dan de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst.

De conclusie die uit de hiervoor beschreven verschillen kan worden getrokken is, dat de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst op alle aspecten, substantieel beter is dan de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp.

5.3.2 Op welke wijze zou de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp verbeterd kunnen worden?

De zelfstandige thuiszorg dient in veel gevallen zelf te onderhandelen over een tarief voor de werkzaamheden die zij verricht voor een zorgbehoevende. In de praktijk blijkt dat niet iedere zelfstandige daartoe in staat is. Hierdoor werken veel zelfstandigen voor een lager tarief dan gangbaar is in hun branche. Tevens zijn veel zelfstandigen niet verplicht verzekerd tegen de risico's

van werkloosheid, ziekte of arbeidsongeschiktheid. Daarnaast sparen zelfstandigen niet verplicht voor hun pensioen. Dat moeten ze allemaal zelf regelen. Zo is de helft van de zelfstandigen niet verzekerd tegen arbeidsongeschiktheid en bouwt twee derde van hen geen pensioen op. Deels omdat zij hier geen zin of tijd voor hebben, maar in veel gevallen ook omdat hun tarieven simpelweg ontoereikend zijn.

In 2007 heeft FNV Kiem de afspraak gemaakt om in de cao voor remplaçanten minimumtarieven voor de zelfstandigen op te nemen. De tarieven voor deze zelfstandigen waren hetzelfde als voor het vaste personeel, vermeerderd met een percentage voor het pensioen en de arbeidsongeschiktheid. De NMA heeft dit verboden, omdat dit in strijd zou zijn met het mededingingsrecht. FNV Kiem heeft naar aanleiding daarvan een vordering ingesteld bij de rechtbank. Deze vordering is afgewezen. Vervolgens heeft FNV Kiem hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof van Den Haag, die vervolgens prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Europese Hof van Justitie. Volgens het Europese Hof van Justitie mag een vakbond afspraken maken over een minimumtarief voor zelfstandigen als deze in dezelfde positie verkeren als de werknemers. Het gerechtshof in Den Haag zal met inachtneming van de uitspraak van het Europese Hof moeten beoordelen of bij de zelfstandige remplaçanten sprake is van schijnzelfstandigheid.⁶⁷ Hierdoor is er alleen ruimte voor de vakbonden om afspraken te maken over minimumtarieven in cao als deze zelfstandigen in dezelfde situatie verkeren als de werknemers.

Naar mijn mening zou de vakbond meer ruimte moeten krijgen om een minimumtarief voor 'echte' zelfstandigen af te spreken, zodat zij voldoende inkomen zouden hebben om zich te verzekeren tegen arbeidsongeschiktheid en een pensioen te kunnen opbouwen. Dit betekent dat er met opdrachtgevers in casu de werkgevers, die eventueel worden vertegenwoordigd door een werkgeversorganisatie, en de vakbonden afspraken kunnen worden gemaakt over het hanteren van een minimumtarief bij het afsluiten van een opdrachtovereenkomst met een zelfstandige thuiszorghulp. Zonder hierbij te treden in het vraagstuk of de zelfstandige thuiszorghulp echt als zelfstandige werkzaam is. Ook betekent dit dat het mogelijk is dat er tussen de opdrachtgever en de zelfstandige thuiszorghulp een hoger tarief kan worden afgesproken dan er is afgesproken in de cao. Daarnaast zal de zelfstandige thuiszorghulp voldoende ruimte blijven houden bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren voor eigen rekening en risico van deze werkzaamheden. Wanneer bij een controle van de Belastingdienst blijkt dat de feitelijke werkzaamheden die de zelfstandige thuiszorghulp verricht niet overeenkomen met hetgeen in de VAR-verklaring is vermeld dan wel dat er niet volgens de beoordeelde overeenkomst wordt gewerkt, dient er alleen over het minimumtarief afdracht van loonheffing plaats te vinden. Bovendien is het hanteren van vastgestelde tarieven niet onbekend in de thuiszorg. Bij de pilot zorg bepaalt de zelfstandige thuiszorghulp niet zelf welk bedrag wordt betaald voor de zorg die zij levert, maar worden de tarieven gehanteerd die de zorgverzekeraars met NZa hebben afgesproken. Echter, een cruciaal verschil tussen de zelfstandige thuiszorghulp die via de pilot zorg werkzaam is en de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst huishoudelijk werk

⁶⁷ <http://www.fnv-kiem.nl/nieuws/kunst-en-podium/2797/toch-cao-afspraken-over-minimumtarief-zelfstandigen>.

verricht bij een zorgbehoevende, is dat bij de pilot zorg uitsluitend extramurale zorg wordt geleverd die bestaat uit verpleging en verzorging, al dan niet in combinatie met begeleiding. Hierdoor zal er niet snel sprake zijn dat de thuiszorghulp die via de pilot zorg werkzaam is dezelfde werkzaamheden verricht als de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst huishoudelijk werk verricht bij een zorgbehoevende. Door het mogelijk maken van minimumtarieven in bijvoorbeeld de cao VVT voor de zelfstandige thuiszorghulp, zou de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp substantieel verbeteren. De zelfstandige thuiszorghulp zou door deze afspraken verzekerd zijn van voldoende inkomen, waardoor zij zich kan verzekeren tegen werkloosheid en voor ziekte. Tenslotte kan de zelfstandige thuiszorghulp een pensioen gaan opbouwen.

6 Eindconclusie/aanbevelingen

Probleemstelling

In deze scriptie is een antwoord geformuleerd op de probleemstelling: *Wat is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en van de zelfstandige thuiszorghulp tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013?*

De positie van de thuiszorgorganisatie

Door de invoering van de WMO 2015 zijn de gemeenten verantwoordelijk geworden voor het organiseren van de huishoudelijke hulp. Daarnaast zijn de gemeenten geconfronteerd met een bezuiniging van 40% op de huishoudelijke hulp. De gemeenten hebben zelf kunnen bepalen hoe zij de huishoudelijke hulp willen organiseren en op welke wijze zij de bezuinigingen op de huishoudelijke hulp willen gaan invullen. Dit betekent dat de gemeenten hebben kunnen besluiten om minder of niet langer huishoudelijke hulp aan zorgbehoevenden te verlenen. Ook hebben de gemeenten kunnen besluiten om voor de huishoudelijke hulp een zorgkantoor in te schakelen. Het zorgkantoor schakelt dan zelfstandige thuiszorghulpen in om deze werkzaamheden te verrichten. Tenslotte hebben de gemeenten ervoor kunnen kiezen om vrijwilligers of werklozen in te zetten voor deze werkzaamheden. Dit heeft een negatieve impact op de thuiszorgorganisatie en op de werkgelegenheid van de thuiszorghulpen in het algemeen.

Op welke manieren kan een thuiszorghulp bij een zorgbehoevende werkzaam zijn en welke juridische gevolgen heeft de manier waarop een thuiszorghulp werkzaam is op haar arbeidsrechtelijke positie dan wel rechtspositie?

De thuiszorghulp kan op basis van een arbeidsovereenkomst bij een zorgbehoevende huishoudelijke werkzaamheden verrichten, waarbij de zorgbehoevende de werkgever is van de thuiszorghulp. Ook kan de thuiszorghulp op basis van een arbeidsovereenkomst met de thuiszorgorganisatie huishoudelijke werkzaamheden verrichten bij een zorgbehoevende. De thuiszorghulp kan ook via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is of als zelfstandige thuiszorghulp werkzaam zijn bij een zorgbehoevende. De thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst heeft ontslagbescherming. Ook is deze thuiszorghulp verzekerd voor de ZW, de WW en de WIA. Tevens bouwt deze thuiszorghulp een pensioen op. De thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is en de zelfstandige thuiszorghulp zijn niet voor deze werknemersverzekeringen verzekerd. Zij kunnen zich voor deze verzekeringen wel vrijwillig verzekeren bij het UWV. De thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, bouwt geen pensioen op. De thuiszorghulp kan wel hiervoor in de plaats een individueel pensioenproduct afsluiten. Voor de zelfstandige thuiszorghulp bestaat naast het kiezen voor een individueel pensioenproduct, de mogelijkheid om te kiezen voor een vrijwillige voortzetting van de pensioenregeling, als zij ten minste drie jaar via de thuiszorgorganisatie een pensioen heeft opgebouwd. Verder kan een zelfstandige thuiszorghulp vanaf 2015 voor een eigen pensioen sparen, waarbij zij zelf kan bepalen hoeveel pensioen zij opbouwt. De vraag is of deze thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is of de zelfstandige thuiszorghulp van deze mogelijkheden gebruik zal maken, vanwege het aantal uren dat zij

werkzaam is bij de zorgbehoevende en de hoogte van de premies. Een aspect dat zich alleen voordoet bij de zelfstandige thuiszorghulp is het maken van tariefafspraken. De zelfstandige thuiszorghulp dient in veel gevallen hierover zelf te onderhandelen en niet iedere zelfstandige thuiszorghulp is in staat een redelijk tarief af te spreken. Hierdoor is de rechtspositie van deze thuiszorghulpen op dit aspect onzekerder ten opzichte van de andere thuiszorghulpen.

Welke gevolgen heeft het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 voor de Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp?

Het gerechtshof was van oordeel dat de verhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, diende te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Uit het arrest van het gerechtshof is een aantal omstandigheden af te leiden, waarom er sprake is van een arbeidsovereenkomst. Enkele van deze omstandigheden zijn dat de thuiszorgorganisatie instructiebevoegdheid jegens de thuiszorghulp heeft, dat de thuiszorgorganisatie na de bemiddeling een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid heeft bij de door de thuiszorghulp verrichte werkzaamheden en dat de thuiszorgorganisatie de hoogte van het loon bepaalt. Om te bepalen of de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis en de zelfstandige thuiszorghulp op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam zijn, dient beoordeeld te worden of de omstandigheden die in het arrest worden genoemd op dezelfde wijze worden ingevuld. Als deze thuiszorghulpen op basis van een arbeidsovereenkomst zouden werken bij een thuiszorgorganisatie, zou hun positie substantieel verbeteren. Deze thuiszorghulpen zouden dan ontslagbescherming hebben en het socialezekerheidsrecht zou op hen van toepassing zijn. De mogelijke (financiële) effecten die zich zouden kunnen voordoen naar aanleiding van dit arrest, hebben zich niet voorgedaan. Op basis van het voorgaande is de positie van deze thuiszorghulpen sinds het arrest van het gerechtshof niet verbeterd, waaraan verschillende redenen ten grondslag liggen.

Zijn er manieren waarbij de thuiszorghulp als zelfstandige thuiszorghulp kan werken, mede in het licht van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden?

Uit het door mij verrichte veldonderzoek bij twee ZSO's en een zorgkantoor dat de pilot zorg uitvoert, blijkt dat de thuiszorghulp via een ZSO of de pilot zorg op een juridisch correcte manier als zelfstandige kan werken. Er is namelijk geen sprake van een overeenkomst die de zelfstandige thuiszorghulp verplicht tot het verrichten van arbeid voor de ZSO of het zorgkantoor. Ook is er geen sprake van een gezagsverhouding tussen de zelfstandige thuiszorghulp en de ZSO of het zorgkantoor. Tevens vindt er geen betaling aan de zelfstandige thuiszorghulp door de ZSO of het zorgkantoor plaats. Hierdoor zou de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp niet meer zo onzeker zijn als in de situatie dat de zelfstandige thuiszorghulp via een thuiszorgorganisatie werkzaam zou zijn, ondanks dat er enkele kanttekeningen zijn te plaatsen bij het werken via een ZSO of pilot zorg. Daarnaast zal de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp verbeteren wanneer het wetsvoorstel, het alternatief voor de BGL wordt ingevoerd. Het alternatief voor de BGL houdt in dat onder andere belangenorganisaties van de opdrachtgevers en de opdrachtnemers straks overeenkomsten kunnen opstellen en aan de Belastingdienst kunnen voorleggen. De opdrachtgever en opdrachtnemer kunnen daarmee zekerheid krijgen over de voorgenomen

arbeidsrelatie, waardoor er geen verplichting is tot het afdragen van loonheffingen. Deze zekerheid geldt alleen als de arbeid ook daadwerkelijk wordt verricht conform de opgestelde voorbeeldovereenkomst.

Wat betekent de Wet werk en zekerheid voor de diverse thuiszorghulpen?

Per 1 januari 2015 zijn de eerste bepalingen op het gebied van het arbeidsrecht uit de Wet werk en zekerheid in werking getreden. Vanaf 1 juli 2015 is onder andere het ontslagrecht gewijzigd, zoals het aantal routes om de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp te beëindigen. Ook is het vanaf deze datum mogelijk geworden om na de toestemming van het UWV een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter in te dienen. De thuiszorgorganisatie en de thuiszorghulp kunnen tegen deze beslissing in hoger beroep gaan. Daarnaast krijgt de thuiszorghulp een transitievergoeding mee als op initiatief van de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, zal door de Wet werk en zekerheid niet substantieel wijzigen. De thuiszorghulp die via Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, valt onder de uitzonderingen van de preventieve toets. De arbeidsovereenkomst van de thuiszorghulp kan dus eenzijdig worden beëindigd door de thuiszorgorganisatie. Wanneer de thuiszorgorganisatie de arbeidsovereenkomst met de thuiszorghulp op persoonlijke gronden wil beëindigen, kan de arbeidsovereenkomst worden ontbonden door de kantonrechter. Verder krijgt de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding mee. De rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp zal niet veranderen door de Wet werk en zekerheid, omdat zij geen vergelijkbare ontslagbescherming kent. Pas op het moment dat via een gerechtelijke procedure zou blijken dat deze thuiszorghulpen op basis van een arbeidsovereenkomst zouden werken bij een thuiszorgorganisatie, zou dit een positieve invloed hebben op hun rechtspositie.

Wat zijn de verschillen in arbeidsrechtelijke positie tussen de thuiszorghulp die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst en de arbeidsrechtelijke dan wel rechtspositie van de andere thuiszorghulpen?

De arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is, is substantieel beter en zekerder dan de arbeidsrechtelijke positie dan wel de rechtspositie van de andere thuiszorghulpen vanwege onder andere het hebben van ontslagbescherming en het verzekerd zijn tegen een aantal risico's.

Aanbeveling voor de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is
Sinds het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 5 november 2013 is de arbeidsrechtelijke positie van de thuiszorghulp die via de Regeling dienstverlening aan huis werkzaam is, niet verbeterd. De Regeling dienstverlening aan huis is in strijd met het ILO Verdrag nr. 189. Dit verdrag strekt er toe om de rechtspositie van het huishoudelijk personeel gelijk te stellen aan die van andere werknemers, in het bijzonder ten aanzien van de sociale zekerheid. Tot op heden heeft Nederland het Verdrag nr. 189 niet geratificeerd. Daarnaast verzekeren deze thuiszorghulpen zich niet vrijwillig voor de werknemersverzekeringen. Deze uitzonderingspositie nodigt dubieuze bemiddelingsbureaus uit om het loon te betalen als kassier, terwijl het

bemiddelingsbureau feitelijk in een gezagsverhouding staat tot de thuiszorghulp. Om de arbeidsrechtelijke positie van deze thuiszorghulpen substantieel te verbeteren, is het noodzakelijk om de Regeling dienstverlening aan huis volledig af te schaffen.

Aanbeveling voor de zelfstandige thuiszorghulp

De zelfstandige thuiszorghulp dient vaak zelf te onderhandelen over een tarief voor de werkzaamheden die zij verricht bij een zorgbehoevende. Niet iedere zelfstandige thuiszorghulp is daartoe in staat. Door het lage tarief dat de zelfstandige thuiszorghulp ontvangt, verzekert zij zich niet tegen werkloosheid en ziekte. Ook bouwt de zelfstandige thuiszorghulp geen pensioen op. In 2007 heeft FNV Kiem de afspraak gemaakt om in een cao voor remplaçanten minimumtarieven voor de zelfstandigen op te nemen. De NMA heeft dit verboden, omdat dit in strijd zou zijn met het mededingingsrecht. Naar aanleiding hiervan heeft FNV Kiem een vordering ingesteld bij de rechtbank en vervolgens hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof. Het gerechtshof zal met inachtneming van de uitspraak van het Europese Hof naar aanleiding van het stellen van prejudiciële vragen, moeten beoordelen of bij de zelfstandige remplaçanten sprake is van schijnzelfstandigheid. Naar mijn mening zou de vakbond de ruimte moeten krijgen om een minimumtarief met de opdrachtgevers in casu de werkgevers, die eventueel worden vertegenwoordigd door een werkgeversorganisatie, af te spreken in bijvoorbeeld een cao en in dit geval de cao VVT. Dit betekent ook dat het mogelijk is om in de opdrachtovereenkomst tussen de opdrachtgever en de zelfstandige thuiszorghulp een hoger tarief af te spreken dan in de cao is afgesproken. Daarnaast zal de zelfstandige thuiszorghulp voldoende ruimte blijven houden bij de inrichting van de eigen werkzaamheden en het uitvoeren van deze werkzaamheden voor eigen rekening en risico. Als bij een controle door de Belastingdienst wordt geoordeeld dat feitelijke werkzaamheden die de zelfstandige thuiszorghulp verricht niet overeenkomen met hetgeen in de VAR-verklaring is vermeld, zal er over het minimumtarief nog afdracht van loonheffing dienen plaats te vinden. Het hanteren van vastgestelde tarieven is niet onbekend in de thuiszorg. In de pilot zorg worden tarieven gehanteerd die de zorgverzekeraars met de NZa hebben afgesproken. Door het maken van afspraken in bijvoorbeeld een cao zou de rechtspositie van de zelfstandige thuiszorghulp substantieel verbeteren, omdat zij zich kan verzekeren tegen werkloosheid en voor arbeidsongeschiktheid. Daarnaast kan zij een pensioen opbouwen.

Veldonderzoek

Om de vraag te beantwoorden welke manieren er zijn om als zelfstandige thuiszorghulp te werken tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof, heb ik contact opgenomen met Stichting ZZZ Nederland. Om een ZSO als eenling of als groep te starten, dient men zich aan te melden bij deze stichting. Via deze stichting ben ik in contact gekomen met een aantal ZSO's die zich bezighoudt met thuiszorg. Twee van deze ZSO's waren bereid om mijn vragen te beantwoorden. Voor iedere ZSO is een aparte vragenlijst opgesteld, omdat niet iedere ZSO een convenant afsluit met een aanbesteder. Daarnaast heb ik contact opgenomen met een zorgverzekeraar die de pilot zorg uitvoert. Deze zorgverzekeraar was bereid om mij vragen te beantwoorden. Voor deze zorgverzekeraar heb ik een aparte vragenlijst opgesteld, omdat de wijze van werken afwijkend is ten opzichte van de ZSO. De antwoorden op de vragen zijn in een persoonlijk gesprek of per e-mail verkregen.

De conclusies uit het veldonderzoek zijn terug te vinden in paragraaf 3.6.6 "Welke manieren zijn er om als zelfstandige thuiszorghulp te werken tegen de achtergrond van het arrest van het gerechtshof".

Vragenlijst voor de ZSO (1)

Uit de informatie van Stichting ZZP Nederland heb ik begrepen dat een ZSO een convenant in hoofdlijnen afsluit met een aanbesteder (bijvoorbeeld een gemeente).

1. *Heeft u een convenant in hoofdlijnen afgesloten met een aanbesteder op het gebied van thuiszorg?*

Antwoord: Er wordt geen convenant in hoofdlijnen afgesloten met een aanbesteder op het gebied van thuiszorg. Een raamovereenkomst is wel mogelijk.

2. *Op welke wijze worden de afspraken die met de aanbesteder zijn gemaakt over de kwaliteit die de thuiszorghulp zou moeten leveren bij de zorgbehoevende nagekomen?*

Antwoord: Er worden geen afspraken gemaakt met de aanbesteder over de kwaliteit die de thuiszorghulp zou moeten leveren bij de zorgbehoevenden. De thuiszorghulp is persoonlijk aansprakelijk voor de geleverde kwaliteit.

3. *Op welke manier wordt geregeld dat er aan de zorgbehoevende een thuiszorghulp ter beschikking wordt gesteld?*

Antwoord: Zorgbehoevende kan rechtstreeks in contact treden met de thuiszorghulp of de zorgbehoevende kan in de gezamenlijke database een thuiszorghulp zoeken.

4. *In hoeverre is de thuiszorghulp verplicht tegenover een zorgbehoevende zorg te verlenen voor een aantal uren?*

Antwoord: Alleen op basis van de persoonlijke zorgovereenkomst die gesloten is met de zorgbehoevende is de thuiszorghulp verplicht een aantal uren zorg te leveren.

5. *Wie bepaalt welk bedrag de zorgbehoevende aan de thuiszorghulp dient te betalen?*

Antwoord: De thuiszorghulp en de zorgbehoevende.

6. *In hoeverre wordt er een bedrag in rekening gebracht aan de zorgbehoevende om de kosten van de ZSO te betalen?*

Antwoord: Nooit.

7. *Op welke wijze wordt de thuiszorghulp betaald?*

Antwoord: De thuiszorghulp wordt rechtstreeks door de zorgbehoevende betaald.

8. *Op welke wijze dient de thuiszorghulp een urenregistratie aan te leveren?*

Antwoord: De thuiszorghulp is hierin vrij, maar kan met gebruikmaking van de webbased urenregistratie uren laten registreren ten behoeve van de facturatie.

9. *Op welke wijze wordt de ziekte van de thuiszorghulp opgevangen?*

Antwoord: Als de zieke thuiszorghulp de coöperatie vraagt, neemt de coöperatie contact op met de zorgbehoevende en desgewenst kan de coöperatie uit het bestand een vervanger zoeken.

10. *Wat rekent u aan servicekosten bij de thuiszorghulp?*

Antwoord: Maximaal 10% van de omzet of maximaal € 3,50 per gewerkt uur op basis van vrijwilligheid.

Vragenlijst ZSO (2)

Uit de informatie van Stichting ZZZP Nederland heb ik begrepen dat een ZSO een convenant in hoofdlijnen afsluit met een aanbesteder (bijvoorbeeld een gemeente). Uit ons telefonisch onderhoud heb ik begrepen dat u geen convenant afsluit met een aanbesteder, maar dat de thuiszorghulp via de AWBZ-instellingen aan cliënten komt.

1. *De werkzaamheden die de thuiszorghulp verricht dienen aan bepaalde kwaliteitseisen te voldoen. Op welke wijze worden de kwaliteitseisen die de AWBZ-instellingen stellen nagekomen?*

Antwoord: De thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van zorg. We bieden wel faciliteiten aan om te blijven voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen (scholing).

2. *Op welke manier wordt geregeld dat er aan de zorgbehoevende een thuiszorghulp ter beschikking wordt gesteld?*

Antwoord: Door eigen acquisitie van de thuiszorghulp en daarnaast kan de thuiszorghulp een account maken, waardoor zij zich kan presenteren via een matchingssysteem. Instellingen kunnen vanuit dat systeem kijken of zij iemand kunnen matchen op een vacature.

3. *In hoeverre is de thuiszorghulp verplicht tegenover een zorgbehoevende zorg te verlenen voor een aantal uren?*

Antwoord: De thuiszorghulp sluit een overeenkomst met de zorgbehoevende waarin de thuiszorghulp afspraken maakt over de te verlenen zorg.

4. *Wie bepaalt welk bedrag de zorgbehoevende aan de thuiszorghulp dient te betalen?*

Antwoord: De thuiszorghulp spreekt in overleg met de AWBZ-instelling welk bedrag de zorgbehoevende dient te betalen of de thuiszorghulp spreekt in onderling overleg met de zorgbehoevende af welk bedrag de zorgbehoevende dient te betalen.

5. *In hoeverre wordt er een bedrag in rekening gebracht aan de zorgbehoevende om de kosten van de ZSO te betalen?*

Antwoord: Bij de zorgbehoevende wordt niets in rekening gebracht.

6. *Op welke wijze wordt de thuiszorghulp betaald?*

Antwoord: Door de zorgbehoevende/AWBZ-instelling via het versturen van een factuur door de thuiszorghulp.

7. *In hoeverre geeft de ZSO ondersteuning bij administratieve handelingen, zoals bij het verwerken van urenregistraties?*

Antwoord: Geheel niet. De thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor de afhandeling van de administratie. Wel wordt het gebruik van de software in rekening gebracht.

8. *Op welke wijze wordt de ziekte van de thuiszorghulp opgevangen?*

Antwoord: De thuiszorghulp dient zelf een vervanger te regelen of in het bestand te kijken. Eventueel kan een beroep worden gedaan op de ZSO voor een vervanger.

9. *Wat rekent u aan servicekosten bij de thuiszorghulp?*

Antwoord: Thuiszorghulp hoeft niets af te dragen.

Vragenlijst zorgverzekeraar die de pilot zorg uitvoert

1. *Op welke wijze komen thuiszorghulpen aan hun zorgbehoevenden?*

Antwoord: De thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor het verwerven van zorgbehoevenden. Het zorgkantoor speelt hier geen rol in.

2. *In hoeverre bent u verantwoordelijk voor de kwaliteit die de thuiszorghulp zou moeten leveren bij de zorgbehoevende?*

Antwoord: De thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van zorg, wel moet de thuiszorghulp voorafgaand aan contractering laten zien dat zij voldoende bevoegd is om bepaalde handelingen te verrichten. Mocht een zorgbehoevende een klacht hebben over de kwaliteit van de zorg dan dient de thuiszorghulp in het bezit te zijn van een klachtenregeling. De thuiszorghulp is zelf aansprakelijk in het kader van de te betalen schadevergoedingen. Hiervoor dient de thuiszorghulp een verzekering af te sluiten.

3. *In hoeverre is de thuiszorghulp verplicht tegenover een zorgbehoevende zorg te verlenen voor een aantal uren?*

Antwoord: De thuiszorghulp sluit een overeenkomst met de zorgbehoevende waarin de thuiszorghulp afspraken maakt over de te verlenen zorg. De thuiszorghulp of vervanger is verplicht deze zorg te leveren. Als een thuiszorghulp de zorg wil stopzetten dan kan dit pas na goedkeuring van het zorgkantoor. Deze goedkeuring wordt pas gegeven wanneer de thuiszorghulp een alternatief passend zorgaanbod heeft gevonden welke per een bepaalde datum in werking treedt.

4. *Wie bepaalt welk bedrag de zorgbehoevende aan de thuiszorghulp dient te betalen?*

Antwoord: De pilot zorg werkt met landelijk vastgestelde tarieven. Deze tarieven worden vastgesteld in een budgetformulier, zodat de Nederlandse Zorgautoriteit op de hoogte is van de afgesproken tarieven.

5. *Op welke wijze wordt de thuiszorghulp betaald?*

Antwoord: Door middel van een door de thuiszorghulp in te dienen declaratie in de webapplicatie. Voor deze webapplicatie dient de thuiszorghulp een abonnementstarief te betalen.

6. *In hoeverre geeft u als zorgkantoor ondersteuning bij administratieve handelingen, zoals bij het verwerken van urenregistraties?*

Antwoord: Geheel niet. De thuiszorghulp is zelf verantwoordelijk voor de afhandeling van de administratie. Voor hulp kan zij gebruik maken van de webapplicatie en eventueel kan zij contact opnemen met de onderneming die de webapplicatie in zijn beheer heeft.

7. *Op welke wijze wordt de ziekte/afwezigheid van de thuiszorghulp opgevangen?*

Antwoord: De thuiszorghulp dient zelf te zorgen voor een vervanger. Op het moment dat de thuiszorghulp een overeenkomst sluit met een zorgbehoevende, dient de thuiszorghulp tevens vast te leggen wie de vervanger is van de thuiszorghulp in geval van ziekte/vakantie.

8. *Wat rekent u aan servicekosten bij de thuiszorghulp?*

Antwoord: Er worden geen kosten in rekening gebracht bij de gecontracteerde thuiszorghulp.

Literatuurlijst

Aerts 2007

M.C.M. Aerts, *De zelfstandige in het sociaal recht. De verhouding tussen juridische status en sociaal economische positie. Monografieën Sociaal Recht 41*, Deventer: Kluwer 2014.

ANP 2015

ANP, 'Eigen bijdrage extra huishoudelijke hulp omlaag', *Nu.nl* 23 maart 2015, <http://www.nu.nl/politiek/4016925/eigen-bijdrage-extra-huishoudelijke-hulp-omlaag> (23 maart 2015).

Bakels e.a. 2013

H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bakels e.a. 2015

H.L. Bakels e.a., *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Boot & Damsteegt 2014

G.C. Boot & A.C. Damsteegt, *De zelfstandige zonder personeel. Monografieën Sociaal Recht 64*, Deventer: Kluwer 2007.

Beijderwellen,

A. Beijderwellen, 'Wet werk en zekerheid het einde van nulurencontracten in de zorg', *Skipr* 2 april 2014, (<http://skipr.nl/actueel/id18014-wet-werk-en-zekerheid-het-einde-van-nul-urencontracten-in-de-zorg>) (2 februari 2015).

Van Drongelen & Jellinghaus 2014

J. van Drongelen & S.F.H. Jellinghaus, *Wetteksten Sociaal Zekerheidsrecht*, Amsterdam, Paris – Zutphen: Berghauser Pont 2014.

Elsen 2011

W. van den Elsen, 'Geen ontslag voor medewerkers ViVa! Zorggroep', *Zorgvisie* 23 december 2011, (<http://www.zorgvisie.nl/Personeel/Nieuws/2011/12/Geen-ontslag-voor-medewerkers-ViVa-Zorggroep-ZVS012973W/>) (5 juli 2014).

Elsen 2014

W. van den Elsen, 'Directe contractering zzp'ers mogelijk in 2016', *Zorgvisie* 13 oktober 2014, (<http://www.zorgvisie.nl/Personeel/Nieuws/2014/10/Directe-contractering-zzpers-mogelijk-in-2016>) (1 mei 2015).

Elsen 2014

W. van den Elsen, 'Banen nauwelijks gered door HHT', *Zorgvisie* 18 december 2014, (<http://www.zorgvisie.nl/Personeel/Nieuws/2014/12/Banen-nauwelijks-gered-door-HHT-1668037W>) (18 december 2014).

FNV Kiem 2014

Redactie FNV Kiem, 'Toch cao afspraken over minimumtarief zelfstandigen', *FNV Kiem* 4 december 2014, (<http://www.fnv-kiem.nl/nieuws/kunst-en-podium/2797/toch-cao-afspraken-over-minimumtarief-zelfstandigen>) (5 juli 2014).

Heijne 2014

S. Heijne, 'Zorgstellingen slaan alarm: 'Ontslaggolf dreigt in zorg'', *De Volkskrant* 15 februari 2014, (<http://www.volkskrant.nl/vk/nl/5270/Zorg/article/detail/3597705/2014/02/15/Zorginstellingen-slaan-alarm-ontslaggolf-dreigt-in-zorg>) (15 februari 2014).

Invoeringwmo 2014

Invoeringwmo, 'Wetsvoorstel Wmo2015', *Invoeringwmo* 14 januari 2014, (<http://www.invoeringwmo.nl/bibliotheek/wetsvoorstel-wmo2015>) (24 november 2014).

Jongstra 2014

Z. Jongstra, '19.000 banen gered in de zorg goed nieuws of wensdenken?', *Zorgvisie.nl* 12 december 2014, (<http://www.zorgvisie.nl/personeel/verdieping/2014/12/19000-banen-gered-in-de-zorg-goed-nieuws-of-wensdenken?>) (12 december 2014).

Klosse & Vonk 2014

S. Klosse & G.J. Vonk, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Knipschild 2014

E. Knipschild, 'Ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014-1, p. 38-39.

Kruit 2014

P. Kruit, 'De ontslagvergoeding: transitie van billijkheid naar forfaitair, of toch weer billijkheid', *TAP* 2014-1, p. 52-57.

Logisal 2015

Logisal.nl, 'Salarisadministratie Zorg en Welzijn', *Logisal*, (<http://www.logisal.nl/branches/informatie-per-branche/salarisadministratie-zorg-en-welzijn>) (25 april 2015).

Loonstra & Sick 2014

C.J. Loonstra & P.Th. Sick, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?', *TAP* 2014-1, p. 12.

NPO Gezond 2013

NPO Gezond, 'Werklozen moeten de thuiszorg doen', *NPO Gezond* 2013, (http://www.npogezond.nl/tv-uitzending/g24_280/Thuiszorg-door-buren-en-werklozen) (2 juli 2013).

Novum 2013

Novum, 'Hof geeft zelfstandige thuiszorghulpen gelijk', *Nu.nl* 8 november 2013, (<http://www.nu.nl/economie/3623350/hof-geeft-zelfstandige-thuiszorghulpen-gelijk>) (8 november 2013).

Nu.nl 2013

Nu.nl, 'Vakbonden vrezen ontslaggolf thuiszorg', *Nu.nl* 3 augustus 2013, (<http://www.nu.nl/economie/3541766/vakbonden-vrezen-ontslaggolf-thuiszorg>) (3 augustus 2013).

Onderweg naar 2015 2014

Onderweg naar 2015.nl, 'Zachte landing hulp bij het huishouden', *Onderweg naar 2015* 25 maart 2014, (<http://www.onderwegnaar2015.nl/2014/03/zachte-landing-hulp-bij-het-huishouden>) (25 maart 2014).

Rijksoverheid 2014

Rijksoverheid, 'Kamerbrief over openstellen landelijke pilot zzp'ers', *Rijksoverheid* 9 mei 2014, (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/05/09/kamerbrief-over-openstellen-landelijke-pilot-zzp-ers>) (15 mei 2014).

Rijksoverheid 2014

Rijksoverheid, 'Extra geld naar huishoudelijke hulp toelage houdt 14.000 mensen aan het werk', *Rijksoverheid* 3 oktober 2014, (<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/10/03/extra-geld-naar-huishoudelijke-hulp-toelage-houdt-14-000-mensen-aan-het-werk>) (3 oktober 2014).

Rijksoverheid 2014

Rijksoverheid, 'Kamerbrief over zzp'ers in de zorg', *Rijksoverheid* 10 oktober 2014, (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/10/10/kamerbrief-over-zzp-ers-in-de-zorg>) (1 november 2014).

Rijksoverheid 2014

Rijksoverheid, 'Kabinetsreactie op het advies van de commissie dienstverlening aan huis', *Rijksoverheid* 17 oktober 2014, (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/10/17/kabinetsreactie-op-het-advies-van-de-commissie-dienstverlening-aan-huis>) (19 mei 2015).

Rijksoverheid 2014

Rijksoverheid, 'Asscher en Van Rijn baanbehoud voor tenminste 19.000 mensen', *Rijksoverheid* 11 december 2014, (<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/12/11/asscher-en-van-rijn-baanbehoud-voor-tenminste-19000-mensen>) (11 december 2014).

Rijksoverheid 2015

Rijksoverheid, 'Kamerbrief Alternatief voor beschikking geen loonheffingen', *Rijksoverheid* 20 april 2015, <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2015/04/20/alternatief-voor-beschikking-geen-loonheffingen> (20 april 2015).

Rijksoverheid 2015

Rijksoverheid, 'Arbeidsovereenkomst en cao: worden nulurencontracten verboden?', *Rijksoverheid*, (<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/arbeidsovereenkomst-en-cao/vraag-en-antwoord/worden-nulurencontracten-verboden>) (2 februari 2015)

Roozendaal & Bouwens 2014, 4-5.

W.L. Roozendaal & W.H.A.C.M. Bouwens, *Hoofdlijnen Wet werk en zekerheid, inclusief geconsolideerde wettekst*, Deventer: Kluwer 2014.

Skipr redactie 2014

Skipr redactie, 'UWV weigert eerste collectief ontslag thuiszorg', *Skipr* 4 augustus 2014, (<http://www.skipr.nl/actueel/id19238-uwv-weigert-eerste-collectief-ontslag-thuiszorg>) (4 augustus 2014).

Sociaal-Economische Raad 2010

Sociaal-Economische Raad. *Zzp'ers in beeld. Een integrale visie op zelfstandigen zonder personeel nummer 4*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad 2010.

Sprout

Redactie Sprout, 'Brightpensioen opent jacht op sparende zzp'er', *Sprout* 12 februari 2015, (<http://www.sprout.nl/artikel/brightpensioen-opent-jacht-op-sparende-zzper>) (12 februari 2015).

Taxence 2015

Taxence, 'Wiebes wuift problemen alternatief BGL weg', *Taxence* 20 mei 2015, <http://www.taxence.nl/fiscaal-nieuws/nieuws/fiscaal-nieuws/wiebes-wuift-problemen-alternatief-BGL-weg> (20 mei 2015).

TweedeKamer 2014

TweedeKamer, 'Kamer: stop jacht op zzp'ers in de zorg', *Flexnieuws* 24 april 2014, (<http://www.flexnieuws.nl/2014/04/24/kamer-wil-dat-jacht-op-zzpers-zorg-stopt>) (24 april 2014).

Vegter 2014

M.S.A. Vegter, 'Bestaan arbeidsovereenkomst tussen alfahulp en zorginstelling', *Tijdschrift Recht en Arbeid* 2014, (<http://www.tijdschriftrechtenarbeid.nl/archief-artikelen-en-annotaties/aflevering-2-2014>) (29 april 2015).

Wetzels 2014

W.J.J. Wetzels, 'Het nieuwe arbeidsprocesrecht wordt eenvoudiger?', *TAP* 2014-1, p. 81-82. ZVP Nederland 2015.

ZVP Nederland 2013

ZVP Nederland, 'Zorg ZVP'ers verontrust over intrekking VAR verklaring', *ZVP Nederland* 21 oktober 2013, (<http://www.zvp-nederland.nl/nieuws/14886-zorg-zvp-var>) (29 november 2014).

ZVP Nederland 2014

ZVP Nederland, 'De Zelfstandige Service Organisatie', *ZVP Nederland*, (<http://www.zvp-nederland.nl/artikel/de-zelfstandige-service-organisatie-zso>) (29 november 2014).

ZVP Nederland 2015

ZVP Nederland, 'Vrijwillige verzekering via het UWV', *ZVP Nederland*, (<http://www.zvp-nederland.nl/artikel/vrijwillige-aov-via-uwv>) (29 april 2015).

ZVP Nederland 2015

ZVP Nederland, 'ZVP Pensioen uitleg', *ZVP Nederland*, (<http://www.zvp-nederland.nl/artikel/zvp-pensioen-uitleg>) (29 april 2015).

Jurisprudentielijst

Ktgr. Harderwijk 18 januari 2012, nr. 371117 CV-EXPL 09-1088, LJV BV2123, JAR 2012/43.

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, nr. 200.109.711200.109.711, JAR 2014/12

(noot mr. E. Cremers-Hartman).

HR 13 juli 2007, NJ 2007/449.

HR 25 maart 2011, JAR 2011/109.

HvJEU 11 september 2014, zaak C-413/13, OpMaat 2014/460.

HvJEU 4 december 2014, zaak C-413/13, JAR 2015/19.