

MASTER'S THESIS

De PGB zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst: is er sprake van (indirecte) discriminatie?

van Schie-Hoenderdaal, P.A.

Award date:

2023

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 17. Feb. 2025

Open Universiteit
www.ou.nl



De zorgovereenkomst als arbeidsovereenkomst

Cursuscode: RM9906212211
Naam: P.A. van Schie-Hoenderdaal
Studentnummer: 850211739
Universiteit: Open Universiteit
Begeleider: mr. H.J.M. Severeijns-Wijenbergh
Examinator: mr. dr. A.H. Lamers
Aantal woorden: 14786
Datum: 4 juli 2023

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1 Inleiding	3
1.2 Onderzoeksvraag	4
1.3 Onderzoeksmethode	4
2. De verschillende Pgb-modelzorgovereenkomsten en de keuzemogelijkheden	5
2.1 Inleiding	5
2.2 De Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst versus de overeenkomst van opdracht	6
2.2.1 In dienst zijn (gezag), modern werkgeversgezag, schijnzelfstandigheid	7
2.2.2 Conclusie uit bovenstaande arresten en vonnis	9
2.2.3 Beschermingsaspect zwakkere partij en de regels voor zelfstandigen in de zorg	10
2.3 De keuzemogelijkheid tussen meer of minder dan vier dagen werken per week	11
2.4 De aantrekkelijkheid van de regeling dienstverlening aan huis voor de budgethouder	11
2.5 tussenconclusie	12
3. Het eerste knelpunt: De regeling dienstverlening aan huis	13
3.1 Inleiding regeling dienstverlening aan huis	13
3.2 Totstandkoming, doel en rechtvaardiging van de regeling dienstverlening aan huis	13
3.3 De arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke gevolgen van het toepassen van de regeling dienstverlening aan huis	16
3.4 Toetsing van de doelstelling en rechtvaardiging van de regeling dienstverlening aan huis	18
3.5 Jurisprudentie uitsluitende bepalingen sociale verzekeringen voor huishoudelijk personeel	19
3.6 conclusie eerste knelpunt	29
4. Het tweede knelpunt: De transitievergoeding na overlijden van de budgethouder	31
4.1 Inleiding	31
4.2 Wettelijk kader van het recht op de transitievergoeding bij het overlijden van de werkgever... ..	31
4.3 Geen uitzondering op het recht op een transitievergoeding voor een Pgb-zorgverlener	32
4.4 De ontbindende voorwaarde in de SVB model zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst	33
4.5 Conclusie tweede knelpunt	33
5. Eindconclusie en aanbevelingen	35
5.1 Eindconclusie	35
5.2 Aanbevelingen	35
6. Literatuurlijst	36
7. Jurisprudentielijst	38

1. Inleiding

1.1 Inleiding

Er zijn een aantal knelpunten inzake de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst. Het eerste knelpunt betreft de ernstige benadeling van Pgb-zorgverleners op het gebied van de sociale zekerheid, als gevolg van de *regeling dienstverlening aan huis*. Hierdoor worden deze zorgverleners uitgesloten van alle sociale verzekeringen.

Het tweede knelpunt betreft het ontbreken van een recht op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, o.a. wanneer de budgethouder komt te overlijden. Iedere reguliere werknemer heeft recht op een transitievergoeding als zijn werkgever komt te overlijden en de onderneming hierdoor wordt beëindigd. De Pgb-zorgverlener lijkt in deze situatie geen recht te hebben op een transitievergoeding.

Er zijn nog meer knelpunten, zoals bijvoorbeeld de discrepantie tussen de regels die voortvloeien uit de Wet arbeidsmarkt in balans (Wab) en de regels van de subsidieverstrekking, maar dit valt buiten dit onderzoek.

Het Persoonsgebonden budget is niet voor iedere lezer of arbeidsrecht deskundige bekende materie. Daarom begint dit onderzoek met een beknopte uitleg van de verschillende soorten overeenkomsten die een budgethouder en een zorgverlener met elkaar kunnen sluiten. De gevolgen worden in eerste instantie kort toegelicht en later nader uitgewerkt voor wat betreft de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst op minder dan vier dagen per week. Eveneens worden belangrijke indicatoren, of sprake is van een overeenkomst van opdracht of een arbeidsovereenkomst, besproken. Na deze inleiding volgt in hoofdstuk 2 een algemene inleiding, waarin de verschillende soorten Pgb-zorgovereenkomsten worden toegelicht. De keuze, of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, wordt toegelicht. Verder wordt de keuzemogelijkheid besproken tussen meer of minder dan vier dagen per week werken, waardoor de regeling dienstverlening aan huis van toepassing is. Ook wordt ingegaan op de mogelijke motivatie van de budgethouder om te kiezen voor een arbeidsovereenkomst op minder dan vier dagen per week. In hoofdstuk 3 wordt het eerste knelpunt besproken, de regeling dienstverlening aan huis. In dit hoofdstuk wordt de totstandkoming, de doelstelling en de rechtvaardiging door de minister van deze regeling toegelicht. Vervolgens worden de arbeidsrechtelijke gevolgen van het toepassen van de regeling dienstverlening aan huis besproken en de arbeidsrechtelijke gevolgen getoetst aan de doelstelling en rechtvaardiging van deze regeling. Hierna volgt een bespreking van de jurisprudentie over dit onderwerp. Tenslotte wordt afgesloten met een conclusie over het wel of niet discriminatoir zijn van deze regeling. In hoofdstuk 4 wordt het tweede knelpunt onderzocht, het ontbreken van het recht op een transitievergoeding na het overlijden van de budgethouder. Na het bespreken van het wettelijk kader volgt een arrest over het recht op een transitievergoeding bij het ontslag van een zorgverlener. Vervolgens wordt gekeken naar de rechtsgeldigheid van de ontbindende voorwaarden in de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst en of er sprake is van een einde van rechtswege of ontbinding van de overeenkomst. In hoofdstuk 5 volgt de eindconclusie en aanbevelingen. Hoofdstuk 6 bevat de literatuurlijst, en hoofdstuk 7 een jurisprudentielijst.

1.2 Onderzoeksvraag

Bovengenoemde twee knelpunten leiden tot de volgende onderzoeksvraag:

Is er sprake van (indirecte) discriminatie van Pgb-zorgverleners op grond van artikel 4 Richtlijn 79/7/EEG, door toepassing van de regeling dienstverlening aan huis, en door uitsluiting van het recht op een transitievergoeding na overlijden van de budgethouder?

1.3 Onderzoeksmethode

Om de legitimatie, het doel en de totstandkoming van de regeling dienstverlening aan huis te doorgronden, is gestart met het bestuderen en analyseren van de bron van de regeling: het wetsvoorstel en de discussie in de Tweede Kamer, voorafgaande aan de wetswijzigingen. Daarnaast is jurisprudentie, vakstudies, tijdschriften, informatie uit het rapport 'Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?' (ook wel de commissie-Kalsbeek genoemd)¹ en het boek 'Een baan als alle andere?!' van Bijleveld en Cremers², inclusief het addendum uit 2015³ bestudeerd.

¹ *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014.

² Bijleveld & Cremers 2010.

³ Bijleveld 2015 (addendum).

2. De verschillende Pgb-modelzorgovereenkomsten en de keuzemogelijkheden

2.1 Inleiding

Er zijn verschillende Pgb model-zorgovereenkomsten. Op het moment dat de budgethouder een budget toegekend krijgt om zorg te mogen inkopen van het zorgkantoor (Wlz), van de gemeente (Wmo) of van de zorgverzekering (Zvw), moet de budgethouder zorgovereenkomsten sluiten met een zorgverlener om die zorg te kunnen ontvangen. De budgethouder is verplicht om gebruik te maken van de modelovereenkomsten van de SVB.⁴ Een instelling of ondernemer mag zelf wel een overeenkomst opstellen, maar alle bepalingen die in de SVB-modelovereenkomst staan moeten in ieder geval worden overgenomen. Aanvullingen zijn wel toegestaan.⁵ In de zorgovereenkomst worden afspraken vastgelegd zoals de looptijd van de overeenkomst, de werktijden, de tarieven en welke zorg er geleverd gaat worden. Er zijn vier verschillende modelovereenkomsten:

1. een zorgovereenkomst met een zorginstelling
2. een zorgovereenkomst van opdracht
3. een zorgovereenkomst met een partner of familielid
4. een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst

Ad 1: De budgethouder wordt geen werkgever als een zorgovereenkomst met een zorginstelling wordt gesloten en de persoon die zorg verleend is in dienst van een zorginstelling. Deze overeenkomst blijft in deze scriptie buiten beschouwing.

Ad 2: De zorgovereenkomst van opdracht wordt gesloten met een zelfstandig ondernemer, maar kan ook gesloten worden met een particuliere zorgverlener als er geen sprake is van een gezagsverhouding. De budgethouder is na het sluiten van deze overeenkomst dus geen werkgever maar opdrachtgever. Er worden door de budgethouder geen werkgeverslasten afgedragen en dit heeft tot gevolg dat de zorgverlener (opdrachtnemer) geen beroep kan doen op de Werkloosheidswet, de Ziektewet of op een WIA-uitkering. Verder is de zorgverlener zelf verantwoordelijk om deze inkomsten op te geven bij de belastingdienst.

Ad 3: De zorgovereenkomst met een partner of familielid in de 1^e of 2^e graad is in zijn algemeenheid geen arbeidsovereenkomst omdat de gezagsverhouding ontbreekt. De budgethouder is geen werkgever maar opdrachtgever. Er worden door de budgethouder geen werkgeverslasten afgedragen en dit heeft tot gevolg dat de zorgverlener (opdrachtnemer) geen beroep kan doen op de Werkloosheidswet, de Ziektewet of op een WIA-uitkering. Deze overeenkomst blijft in deze scriptie buiten beschouwing.

Ad 4: De zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een zorgverlener die niet in dienst is van een instelling, geen partner of familielid is en geen zelfstandig ondernemer. De zorgverlener wordt werknemer en de budgethouder wordt werkgever. Verder wordt er in de

⁴ Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 januari 2017, kenmerk 1062712-159055-WJZ, houdende regels over declaraties voor jeugdhulp, zorg en maatschappelijke ondersteuning (*Stcrt.* 27 januari 2017, 4209), p. 4.

⁵ Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 januari 2017, kenmerk 1062712-159055-WJZ, houdende regels over declaraties voor jeugdhulp, zorg en maatschappelijke ondersteuning (*Stcrt.* 27 januari 2017, 4209), p. 4.

zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst onderscheid gemaakt tussen een arbeidsovereenkomst voor werkzaamheden op minder dan vier dagen per week, of op meer dan vier dagen per week. Hoewel de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst zich onderscheidt van een reguliere arbeidsovereenkomst is er volgens het hof wel degelijk sprake van een arbeidsovereenkomst.⁶ De overeenkomst voor minder dan vier dagen per week wordt beheerst door de *regeling dienstverlening aan huis*. Deze regeling betreft een aantal identieke uitzonderingsbepalingen die in verschillende wetten terugkomen, en die gevolgen hebben op arbeidsrechtelijk, fiscaalrechtelijk en sociaalverzekeringsrechtelijk gebied.⁷

De budgethouder is zelf verantwoordelijk voor het kiezen van de juiste zorgovereenkomst, waarbij de SVB een adviserende en controlerende rol heeft.⁸ De SVB is ook verantwoordelijk voor de uitbetaling van de geleverde zorg.⁹ Een uitzondering hierop is mogelijk wanneer de geleverde zorg betaald wordt vanuit de zorgverzekeringswet. Zorgverzekeraars (Zvw) verplichten de budgethouder namelijk niet om gebruik te maken van de hulp van de SVB. De budgethouder mag van de zorgverzekeraars er ook voor kiezen om de zorgverlener zelf te betalen uit eigen middelen en vervolgens achteraf de kosten te declareren bij de zorgverzekering. De keuze voor een zorgovereenkomst met een instelling of een zorgovereenkomst met een partner of familielid is meestal duidelijk, maar de keuze tussen een zorgovereenkomst met een opdrachtnemer of een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst is minder vanzelfsprekend. In de volgende paragraaf wordt dit toegelicht.

2.2 De Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst versus de overeenkomst van opdracht

De budgethouder moet een keuze maken tussen het sluiten van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, als er geen sprake is van een overeenkomst met een instelling of een familielid. Dat die keuze beslist niet gemakkelijk is voor een (onervaren) budgethouder blijkt uit het onderstaande.

De drie belangrijkste kenmerken om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst (artikel 7:610 BW) of een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) zijn:

- De persoonlijke arbeid (artikel 7:659 BW)
- Het loon (artikel 7:610 BW)
- De gezagsverhouding (“in dienst van”) (artikel 7:610 BW)

Door de budgethouder kan worden gekozen voor een arbeidsovereenkomst, maar met een particuliere zorgverlener kan ook een overeenkomst van opdracht worden gesloten, al dit lijkt minder bekend. In de publicatie van het CBS (Monitor Langdurige Zorg) over de verschillende overeenkomsten wordt alleen gesproken over een overeenkomst van opdracht met een ZZP’er, wat lijkt te miskennen dat er ook een overeenkomst van opdracht kan worden gesloten met een particuliere zorgverlener, die niet is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. In 2020 zijn er

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o.5.7 en r.o. 5.9.2.

⁷ Bijleveld 2015 (addendum), p. 8.

⁸ Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 januari 2017, kenmerk 1062712-159055-WJZ, houdende regels over declaraties voor jeugdhulp, zorg en maatschappelijke ondersteuning (*Stcrt.* 27 januari 2017, 4209), p. 4.

⁹ Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 januari 2017, kenmerk 1062712-159055-WJZ, houdende regels over declaraties voor jeugdhulp, zorg en maatschappelijke ondersteuning (*Stcrt.* 27 januari 2017, 4209), p. 4.

volgens dit rapport 59.105 arbeidsovereenkomsten gesloten en 23.690 overeenkomsten van opdracht met een ZZP'er.¹⁰

2.2.1 In dienst zijn (gezag), modern werkgeversgezag, schijnzelfstandigheid

Het vaststellen of een zorgverlener in dienst is op basis van een arbeidsovereenkomst, levert in de Pgb situatie soms een probleem op. Bij het aangaan van een overeenkomst moet de budgethouder (of de wettelijk vertegenwoordiger) goed nadenken of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, of een overeenkomst van opdracht. Als de budgethouder de regie niet zelf kan voeren, dan zullen werkafspraken met de zorgverlener door een familielid of mentor moeten worden gemaakt. Van direct toezicht of controle is dan geen sprake. Het kan voor de budgethouder moeilijk zijn om te beoordelen of er sprake is van zelfstandigheid of van schijnzelfstandigheid. Als achteraf blijkt dat er *wel* een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst had moeten worden gesloten, kan dat leiden tot een naheffing werknemersverzekeringen voor de budgethouder. Er zijn ontwikkelingen in het recht om te bepalen wanneer er sprake is van “in dienst”, één van de elementen van artikel 7:610 BW. Lamers noemt de jurisprudentie over dit onderwerp “veelkleurig”.¹¹

Hoge Raad, 6 november 2020 (X/Amsterdam)

Uit het arrest *Groen/Schoevers* (ECLI:NL:HR:1997:ZC2495) werd destijds nog afgeleid ‘dat “de bedoeling van partijen” een rol speelde om te beoordelen of er sprake was van een arbeidsovereenkomst’.¹² In het arrest X/Amsterdam komt de Hoge Raad tot een ander oordeel.¹³ De Hoge Raad blijft dicht bij de tekst van artikel 7:610 BW en oordeelt ‘dat het niet van belang is of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen’.¹⁴ Volgens Boot is het wel bijzonder dat de Hoge Raad een omstandigheid “niet van belang” acht: Boot vindt het ‘onjuist om bepaalde omstandigheden van het geval bij voorbaat buiten beschouwing te laten’.¹⁵ Ook valt het Boot op dat de Hoge Raad geen aandacht besteedt aan de uitvoerige conclusies¹⁶ van A-G De Bock, zoals bijvoorbeeld het systeem van “inbedding”.¹⁷ Volgens Lamers veegt A-G De Bock in haar conclusie “de vloer aan” met het *Groen/Schoevers*-arrest. In het arrest *Groen/Schoevers* heeft volgens Lamers, het woord “mede” de rechter te veel ruimte gegeven om de kwalificatievraag in specifieke situaties te beantwoorden.¹⁸ ‘Allereerst moet aan de hand van de Haviltexmaatstaf de vraag worden beantwoord welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen. Pas daarna komt men toe aan de kwalificatie van de overeenkomst en moet worden beoordeeld of er sprake is van een arbeidsovereenkomst’, aldus Lamers.¹⁹ Lamers benadrukt in zijn noot bij dit arrest, dat het dwingendrechtelijke karakter van titel 7:10 BW overwegend gebaseerd is op solidariteit. De doctrine van het arrest *Groen/Schoevers* verhoudt zich naar zijn mening slecht tot dit dwingendrechtelijke karakter. Quasi-ondernemerschap,

¹⁰ mlzopendata.cbs.nl/#/MLZ/nl/dataset/40062NED/table?dl=1F1EA, 8 mei 2023.

¹¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (X/Amsterdam).

¹² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (X/Amsterdam).

¹³ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, (X/Amsterdam).

¹⁴ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, r.o. 3.2.2 (X/Amsterdam).

¹⁵ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, USZ 2020/300, m.nt. G.C. Boot, overweging 4 (X-Amsterdam).

¹⁶ Conclusie A-G R.H. De Bock 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, contrair, randnummers 9.69 tot en met 9.75 (X/Amsterdam).

¹⁷ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, USZ 2020/300, m.nt. G.C. Boot, overweging 6 (X-Amsterdam).

¹⁸ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (X/Amsterdam).

¹⁹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (X/Amsterdam).

vaak onvrijwillig, zou deze solidariteit niet zelden uitgekleeft hebben.²⁰ Verder benadrukt hij het beschermingsaspect van titel 7.10 BW, namelijk de ongelijkheidscompensatie van partijen. De zwakkere partij (meestal de werknemer) heeft maar te tekenen.²¹ Lamers realiseert zich ook dat door schaarste op de arbeidsmarkt, de expert de sterkere partij is. Hij waarschuwt voor het ontstaan van "tweederangs werknemers", namelijk de werknemer met een arbeidsovereenkomst en de werknemer met een overeenkomst van opdracht.²²

Rechtbank Amsterdam, 13 september 2021 (Uber)

Uit het Uber-vonnis van de rechtbank Amsterdam blijkt de ingezette lijn uit het arrest X-Amsterdam doorgezet te worden. Uit dit vonnis blijkt opnieuw dat bij het kwalificeren van de overeenkomst *de bedoeling* van de partijen niet van belang is, maar *de werkelijke verhouding* in de praktijk tussen de partijen.²³ Hermans & Cremers zijn zich bewust van de beschermende werking van het arbeidsrecht, maar vragen zich af of deze uitspraak niet voorbij gaat aan de wens van ondernemers, die er bewust voor kiezen om als zelfstandige werkzaam te willen zijn.²⁴ Zij zijn van mening dat een te vergaande relativering van de partijbedoeling onwenselijk is.²⁵ De rechtbank Amsterdam noemt de moderne manier van werken, door gebruik te maken van digitale technologie, 'modern werkgeversgezag'.²⁶ Van der Neut heeft kritiek op deze term en is bang voor een Babylonische spraakverwarring tussen de termen "moderne gezagsverhouding" en "modern werkgeversgezag".²⁷ Het eerste is volgens hem minder ruim dan het tweede. Hij is van mening dat het gezagscriterium in het Deliveroo-arrest 'modern(er) wordt ingevuld, maar niet modern wordt genoemd, terwijl het gezagscriterium in de Uber-uitspraak minder modern wordt toegepast, maar wel zo genoemd wordt'.²⁸ Uber is in hoger beroep gegaan, maar wanneer dit beroep zal plaatsvinden is op dit moment nog niet bekend.

Gerechtshof Amsterdam, 24 maart 2023 (Deliveroo)

In een zeer recente uitspraak bevestigt de Hoge Raad de eerdere uitspraak van het hof over Deliveroo, en worden de maatstaven opnieuw benoemd om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst, in overeenstemming met de elementen van artikel 7:610 BW, te weten 'arbeid', 'loon', 'in dienst' en 'gedurende zekere tijd'.²⁹ De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie als het hof, namelijk dat er wel degelijk sprake was van arbeidsovereenkomsten. De mogelijkheid om zich te laten vervangen is volgens de Hoge Raad niet onverenigbaar met het bestaan van een arbeidsovereenkomst, evenals de vrijheid om opdrachten niet te aanvaarden.³⁰ Aan de hand van de Haviltexmaatstaf moet worden vastgesteld welke rechten en verplichtingen partijen zijn overeengekomen, en als die voldoen aan de wettelijke omschrijving van een arbeidsovereenkomst, dan moet de overeenkomst zo ook worden aangemerkt. Daarbij is de bedoeling van partijen niet van belang'.³¹ Daarnaast moet er gekeken worden naar de overige omstandigheden van het geval. De

²⁰ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Amsterdam*).

²¹ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Amsterdam*).

²² HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Amsterdam*).

²³ Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS 2021:5029, (*Uber*), r.o. 26 en 33.

²⁴ Hermans & Cremers 2022, p. 171.

²⁵ Hermans & Cremers 2022, p. 171.

²⁶ Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS 2021:5029, (*Uber*), r.o. 26 en 33.

²⁷ Van der Neut 2021, par. 3.

²⁸ Van der Neut 2021, par. 3.

²⁹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, (*Deliveroo*), r.o. 3.2.2.

³⁰ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, (*Deliveroo*), r.o. 3.3.4 en r.o. 3.3.5.

³¹ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, (*Deliveroo*), r.o. 3.2.3 t/m r.o. 3.2.5.

modelovereenkomst “geen werkgeversgezag” van de belastingdienst biedt volgens het hof ook geen uitkomst, omdat hierin geen rekening kan worden gehouden met specifieke rechten en plichten.³² De overheid zoekt nog steeds naar een duidelijke regeling om zelfstandigheid aan te tonen.³³ Volgens Lamers is in deze Deliveroo-zaak de zoektocht voor werkgevers aan de orde, op welke wijze men kan ontsnappen aan het regime van artikel 7:610 BW.³⁴ Met verwijzing naar de Conclusie van het parket in de zaak Deliveroo (ECLI:NL:PHR:2022:578) beschrijft Lamers de indicatoren om vast te stellen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht, en bespreekt die indicatoren aan de hand van de feiten uit deze zaak. De indicatoren zijn:

- de aard en de duur van de werkzaamheden,
- de wijze waarop de werkzaamheden en de werktijden worden bepaald, de inbedding van het werk en degene die de werkzaamheden verricht in de organisatie en de bedrijfsvoering van degene voor wie de werkzaamheden worden verricht,
- het al dan niet bestaan van een verplichting het werk persoonlijk uit te voeren,
- de wijze waarop de contractuele regeling van de verhouding van partijen tot stand is gekomen,
- de wijze waarop de beloning wordt bepaald en waarop deze wordt uitgekeerd
- de hoogte van deze beloningen, en de vraag of degene die de werkzaamheden verricht daarbij commercieel risico loopt,
- gedraagt degene die de werkzaamheden verricht zich als ondernemer, denk hierbij aan acquisitie, aantal opdrachtgevers.³⁵

Lamers komt in deze noot terug op de uitspraak in het arrest *Groen/Schoevers over “partijbedoeling”*. Hij noemt die uitspraak ongelukkig, en hij onderschrijft nogmaals de grondige analyse en de conclusie van A-G De Bock in de zaak X/Amsterdam. Lamers noemt het stelsel van artikel 7:610 BW j° 7:400 BW in het huidige recht “nagenoeg gesloten”.³⁶ Artikel 7:610 BW (arbeidsovereenkomst), artikel 7:400 lid 1 BW (overeenkomst van opdracht) en artikel 7:750 BW (aanneming van werk) sluiten elkaar uit volgens De Bock.³⁷ Uit dit arrest blijkt dat de werkelijke omstandigheden zwaarder wegen dan schriftelijke verklaringen en de (mogelijke) bedoelingen van partijen. Deliveroo is sinds eind 2022 niet meer actief op de Nederlandse markt.

2.2.2 Conclusie uit bovenstaande arresten en vonnis

Uit de hierboven besproken uitspraken en arresten kan geconcludeerd worden dat de interpretatie van artikel 7:610 BW vrij strikt is, en dat er weinig ontsnappingsmogelijkheden zijn voor werkgevers. De “kunstgrepen” van Uber en Deliveroo zijn in deze uitspraken en arresten onderuitgehaald. De indicatoren kunnen van belang zijn om te bepalen of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht in de Pgb-situatie.

³² Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, r.o. 3.11.4, (*Deliveroo*).

³³ Tot 1 mei 2016 konden ondernemers die zelfstandigheid aantonen met een Verklaring Arbeidsrelatie (VAR) van de belastingdienst. Deze VAR-regeling is opgevolgd door de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties (Wet DBA), en deze wet is alweer opgevolgd door de pilot Webmodule Beoordeling Arbeidsrelaties. Het steeds aanpassen van de wetgeving en de pilot maken duidelijk dat de overheid worstelt met de definitie “zelfstandig ondernemerschap”.

³⁴ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, RSV 2023/62, m.nt. A.H. Lamers, p. 11 (*Deliveroo*).

³⁵ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, RSV 2023/62, m.nt. A.H. Lamers, p. 12 (*Deliveroo*).

³⁶ HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, RSV 2023/62, m.nt. A.H. Lamers, p. 15 (*Deliveroo*).

³⁷ Conclusie A-G R.H. De Bock, 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, contrair, randnummer 5.7, (*X/Amsterdam*).

2.2.3 Beschermingsaspect zwakkere partij en de regels voor zelfstandigen in de zorg

Wat betreft het beschermingsaspect van de zwakkere partij, wat Lamers aanhaalt in zijn noot bij het arrest *X/Amsterdam*³⁸, is het goed om zich te realiseren dat in de Pgb-situatie de verhoudingen weleens andersom kunnen zijn. De budgethouder is (lichamelijk en/of verstandelijk) afhankelijk van de zorgverlener en kan dan juist de zwakkere partij zijn. Er zijn vaak te weinig zorgverleners beschikbaar, waardoor deze “experts” vaak de regels bepalen, waaronder zij bereid zijn om te komen werken. Door het grote verschil in de tarieven die mogen worden berekend, kiest een zorgverlener er soms bewust voor om als zelfstandige de zorg te verlenen. Het informele bruto uurtarief bedraagt € 22,98 voor de Wlz en ca. € 26,52 voor de Zvw. Het formele bruto uurtarief bedraagt € 72,39 voor de Wlz en ca. € 60,00 voor de Zvw, met de opmerking dat iedere zorgverzekeraar zelf de tarieven vaststelt. Van een zelfstandige in de zorg wordt sinds de invoering op 1 januari 2022 van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza) verwacht dat zij zich eerst melden bij de inspectie Gezondheidszorg en Jeugd.³⁹ Zelfstandigen in de zorg worden “solistisch werkende zorgverleners” genoemd (artikel 1 lid 1 Wtza). Vervolgens worden zij als zorgaanbieder gezien volgens de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (artikel 1 lid 1 Wkkgz). De zelfstandige zorgverlener moet ook een kwaliteitssysteem opzetten. Na inschrijving bij de Kamer van Koophandel met de juiste SBI-codes, kan een zelfstandige zorgverlener een AGB-code aanvragen. Met die AGB-code kan de zelfstandige zich inschrijven bij Vezoco of E-herkenning aanvragen. Deze laatste stappen zijn nodig om toegang te krijgen tot het PGB 2.0 portaal, waarin overeenkomsten en declaraties worden verwerkt. De zelfstandige zorgverlener zal zich dus als een ondernemer moeten gedragen. Verder moeten er facturen gestuurd worden naar de budgethouder door de zelfstandige, en moet het tarief een all-in tarief zijn, dus inclusief reiskosten en dergelijke. Door te voldoen aan al deze bovenstaande eisen is een solistische zelfstandige zorgverlener over het algemeen niet in loondienst bij een budgethouder. Gaat de zelfstandige zorgverlener zorg verlenen met tussenkomst van een instelling, dan moet kritisch gekeken worden naar de “inbedding” in die organisatie, maar dat raakt de budgethouder niet direct, omdat de budgethouder een factuur zal ontvangen van die organisatie. Als laatste groep blijven nog de (particuliere) Pgb-zorgverleners over, die geen ondernemer zijn. Als we de werkzaamheden van deze Pgb-zorgverleners langs het eerdergenoemde juridische kader uit de noot van Lamers bij het arrest *Deliveroo* leggen, dan betekent dit dat een overeenkomst van opdracht met deze zorgverlener bijna onmogelijk is. De werkzaamheden en de voorwaarden zullen weinig of niets verschillen van de zorgverleners die een arbeidsovereenkomst hebben. De zorgverlener zal geen facturen sturen en gedraagt zich verder niet als een ondernemer. De budgethouder, of zijn vertegenwoordiger, zal instructies moeten geven over de gewenste verzorging. Juist omdat “gezag” het verschil maakt tussen deze de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht, en dit onder andere aan de hand van bovenstaande jurisprudentie moet worden bepaald, is het raadzaam voor de budgethouder om een arbeidsovereenkomst te sluiten met een zorgverlener die niet als ondernemer staat ingeschreven. Hiermee blijft het stelsel van solidariteit ook gehandhaafd. Waarbij nog wel de opmerking moet worden gemaakt, dat als deze laatste groep zorgverleners alsnog onder de regeling dienstverlening aan huis zou vallen, de solidariteit hiermee niet gediend wordt. Er worden op dit moment nog geen verzekeringspremies afgedragen voor zorgverleners die onder deze regeling vallen. Zolang de verschillende wetten niet zijn aangepast naar aanleiding van het arrest van de Centrale Raad van 30 maart 2023, kan de belastingdienst geen

³⁸ HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, RSV 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Amsterdam*).

³⁹ rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgebonden-budget-rgb/vraag-en-antwoord/rgb-zorg-geven-als-zelfstandige-zorgverlener-wat-moet-ik-regelen, 8 mei 2023.

premies innen wegens het ontbreken van een grondslag. De bespreking en de gevolgen van dit arrest worden besproken in paragraaf 3.5.

2.3 De keuzemogelijkheid tussen meer of minder dan vier dagen werken per week

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst, komt de budgethouder voor de keuze te staan of er sprake is van werkzaamheden op maximaal drie dagen per week of op vier of meer dagen per week. Als bij het invullen van de SVB-modelovereenkomst wordt aangegeven dat de werkzaamheden op vier dagen of meer per week plaatsvinden, dan heeft de zorgverlener recht op de gebruikelijke arbeidsrechtelijke bescherming van het Burgerlijk Wetboek en kan de zorgverlener een beroep doen op de reguliere werknemersverzekeringen. Wordt echter bij het invullen van de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst aangegeven dat de werkzaamheden op minder dan vier dagen per week plaatsvinden, dan is automatisch de regeling dienstverlening aan huis van toepassing. Door deze regeling wordt die arbeidsrechtelijke bescherming van de zorgverlener aangetast en wordt de mogelijkheid beperkt om een beroep te doen op werknemersverzekeringen door een aantal nagenoeg identieke uitzonderingsbepalingen die in verschillende sociale wetten op een aantal gebieden voorkomen.⁴⁰ Men kan zich afvragen of de zorgverlener de gevolgen van deze regeling voldoende beseft. Het betekent namelijk dat voor de zorgverlener geen afdracht werknemersverzekeringen plaatsvindt en de zorgverlener geen recht heeft op een uitkering uit de WW, geen volledige ziekte-uitkering of WIA. De zorgverlener heeft slechts recht op maximaal 6 weken doorbetaling van loon tijdens ziekte. Ook is er geen schriftelijke instemming nodig van de werknemer voor ontslag (artikel 7: 671 lid 1 onder d BW), hoewel er wel een redelijk grond moet zijn voor ontslag (artikel 7:669 BW), en is de informatieplicht over de inhoud van de arbeidsovereenkomst beperkt (artikel 7:655 lid 4 BW).⁴¹ De arbeidsrechtelijke gevolgen en de gevolgen voor de mogelijkheid van een beroep op werknemersverzekeringen worden in paragraaf 4.3 uitgebreider besproken.

2.4 De aantrekkelijkheid van de regeling dienstverlening aan huis voor de budgethouder

De regeling dienstverlening aan huis houdt voor de budgethouder(werkgever) in dat er geen werkgeverslasten hoeven te worden afgedragen. Dit is een groot voordeel voor de meeste budgethouders, omdat er dan veel meer uren zorg kunnen worden ingekocht van het totaal toegekende budget. De budgethouder die een budget uit de Wlz ontvangt, krijgt jaarlijks een budget toegekend en is vrij om te bepalen hoe dit wordt ingezet, zolang het maar binnen de *soorten* zorg blijft waarvoor een indicatie is verstrekt. Soorten zorg binnen een Wlz-indicatie zijn onder andere begeleiding, persoonlijke verzorging en verpleging (dit geldt overigens niet voor een budget dat verstrekt wordt uit de zorgverzekeringswet (Zvw) en vaak ook niet voor een budget van de gemeente (Wmo). Daar wordt zorg geïndiceerd naar het benodigd aantal uren en mogen er niet meer uren zorg worden verleend). Verder is het voordeel voor de budgethouder dat er maar zes weken salaris hoeft te worden doorbetaald als de zorgverlener arbeidsongeschikt is, terwijl dit bij een normale arbeidsovereenkomst 104 weken is. De SVB vergoedt deze zes weken loondoorbetaling aan de budgethouder, zodat dit budget alsnog ingezet kan worden voor een vervangende zorgverlener. Een bijkomend voordeel voor de budgethouder is het korte re-integratietraject. De arbodienst hoeft de zorgverlener maar maximaal zes weken te begeleiden en komt niet toe aan een probleemanalyse of plan van aanpak. De budgethouder is als werkgever aansprakelijk voor het re-integratietraject en

⁴⁰ Bijleveld & Cremers 2010, p. 20.

⁴¹ Bijleveld 2015 (addendum), p. 8 en 9.

heeft hier over het algemeen geen ervaring mee. De budgethouder wordt dus niet geconfronteerd met de regels die gelden voor een werkgever als de werknemer langdurig ziek is. Voor de meeste budgethouders zal het voordeel van het meer uren zorg kunnen inkopen van het budget toch de voornaamste reden zijn om te kiezen voor een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst met gebruikmaking van de regeling dienstverlening aan huis. De regeling dienstverlening aan huis geldt per zorgvrager, dus ook als bij meerdere budgethouders zorg wordt verleend. De regeling wordt hierna verder toegelicht. Nadeel voor de budgethouder is dat er meerdere zorgverleners gevonden moeten worden en er meerdere overeenkomsten moeten worden gesloten. Voor de zorgverlener heeft de regeling dienstverlening grote nadelen, zoals zal blijken in hoofdstuk 3.

2.5 tussenconclusie

De afbakening tussen de overeenkomst van opdracht en de arbeidsovereenkomst is duidelijker geworden door de maatregelen van de overheid, zoals de meldplicht en het verplichte kwaliteitssysteem, in combinatie met de bijbehorende SBI-codes van de Kamer van Koophandel. Door bovenstaande uitspraken is er ook meer duidelijkheid wanneer een werknemer als zelfstandig ondernemer kan worden gezien en wanneer niet. Nadat er vastgesteld is dat er sprake is van een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst, moet er nog beoordeeld worden of de regeling dienstverlening aan huis van toepassing is en hiermee komt het eerste knelpunt aan de orde.

3. Het eerste knelpunt: De regeling dienstverlening aan huis

3.1 Inleiding regeling dienstverlening aan huis

De regeling *dienstverlening aan huis* vindt zijn oorsprong in 1951.⁴² Het betrof destijds een regeling voor huishoudelijk personeel dat op niet meer dan twee dagen per week werkzaamheden verrichtte aan huis. Deze werknemers werden op grond van artikel 5 Wet Loonbelasting 1964 niet als “in dienstbetrekking” gezien en vielen dus niet onder de loonbelasting. In 1990 is de term: “diens huishouding” vervangen door “diens huishouden”, wat een uitbreiding was van de doelgroep.⁴³ In 2007 werd de regeling uitgebreid van twee dagen naar drie dagen per week en werd deze regeling ook van toepassing verklaard op zorgpersoneel dat werkzaamheden aan huis verricht.⁴⁴ In de memorie van toelichting (par. 2.4.) op het wetsvoorstel Belastingplan 2007 werd voorgesteld de “regeling dienstverlening aan huis” te introduceren.⁴⁵ Als voordeel werd genoemd dat particulieren zich geen zorgen zouden hoeven te maken over administratieve of financiële lasten. De opdrachtgever zou geen loonbelasting of premies werknemersverzekeringen hoeven in te houden. De verwachting was dat er hierdoor meer gebruik gemaakt zou worden van persoonlijke dienstverlening, zonder dat er sprake is van “zwart” werken. De werknemer zou zelf zijn inkomsten moeten aangeven bij de belastingdienst. Voor dit onderzoek is onder andere artikel 7:629 lid 2, aanhef en sub a, en lid 13 BW van belang.⁴⁶ Hierin wordt het volgende bepaald:

Lid 2: In afwijking van lid 1 geldt het in dat lid bedoelde recht (red: recht op 104 weken loondoorbetaling tijdens ziekte) voor een tijdvak van zes weken voor de werknemer die:

- a. Doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat.

Lid 13: Voor de toepassing van lid 2, aanhef en onderdeel a, wordt onder het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden mede verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden.

3.2 Totstandkoming, doel en rechtvaardiging van de regeling dienstverlening aan huis.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel “Belastingplan 2007” werd de vraag gesteld waarom deze dienstverleners geen recht hebben op een uitkering op grond van de WW, Ziektewet of WIA.⁴⁷ Tevens vroeg deze fractie zich af of de regering de stelling deelde dat iemand geheel afhankelijk kan zijn voor zijn levensonderhoud van een baan voor drie dagen, en wat de consequenties zouden zijn van het feit dat voor deze dienstverleners het ontslagrecht niet geldt.⁴⁸ Volgens de minister ‘zal door stimulering van de markt voor persoonlijke dienstverlening de vraag van particulieren toenemen’⁴⁹ en ‘ligt in dit verband vrijwaring van de inhouding van loonbelasting en betalen van

⁴² Vakstudie *Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 5 Wet LB 1964, aant. 1.2.1 (online, bijgewerkt 3 november 2022).

⁴³ Vakstudie *Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 5 Wet LB 1964, aant. 1.2.1 met verwijzing naar: *Stb.* 1989, 122 (Oort-I), (online, bijgewerkt 3 november 2022).

⁴⁴ Vakstudie *Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 5 Wet LB 1964, aant. 1.2.1, met verwijzing naar: *Stb.* 2006, 682 (Belastingplan 2007), (online, bijgewerkt 3 november 2022).

⁴⁵ *Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 3, p. 7.*

⁴⁶ *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014, p. 17.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 7, p. 5.*

⁴⁸ *Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 7, p. 5.*

⁴⁹ *Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.*

(werknemers)premieheffing voor particuliere opdrachtgevers, zoals voorgesteld in onderhavig wetsvoorstel, voor de hand. Hiertoe dienen de persoonlijke dienstverleners die arbeid van een relatief geringe omvang verrichten, buiten de kring van de werknemersverzekeringen te worden geplaatst'.⁵⁰ Verderop in de nota n.a.v. het verslag, legt de minister uit dat de 'vormgeving en maatvoering van de regeling dienstverlening aan huis op een afweging berust van persoonlijk belang en algemeen belang'.⁵¹ 'Het *persoonlijk belang* van dienstverleners is volgens de minister inkomensbescherming, en het *algemeen belang* is de bevordering van werkgelegenheid. De regering heeft gekozen voor het algemeen belang'.⁵² 'Omdat het gemiddelde uurloon op tien euro zou uitkomen, ging de regering ervan uit dat deze inkomsten niet het gehele gezinsinkomen zou betreffen'.⁵³ Uit een recent rapport van Regioplan blijkt dat de grootste groep zorgverleners tussen de drie en de acht uur per week zorg verlenen. Voor deze groep zal dit dus inderdaad niet het hoofdinkomen zijn. Toch verleent 14-17 % van de zorgverleners vijftien uur of meer zorg per week.⁵⁴ Voor die groep is het dus waarschijnlijk wel een hoofdinkomen. Op de vraag over de uitzondering op het ontslagrecht werd geantwoord 'dat voorgesteld werd om de toestemming van de CWI voor ontslag te laten vervallen'.⁵⁵ Een onderbouwing hiervoor werd niet gegeven. In het verslag van het wetgevingsoverleg komt de minister terug op de vragen die er nog leven van verschillende fracties en geeft hij een opmerkelijke reactie op twijfels over het invoeren van deze regeling, namelijk: 'het is een verruiming, zodat men in de sfeer van dienstverlening *niet meteen aan arbeidscontracten hoeft te denken* en het ook op een andere manier kan doen. Dat maakt het voor mensen die nu nog als werkgever worden gekwalificeerd, gemakkelijker'.⁵⁶ Het is opmerkelijk, omdat de minister van mening lijkt te zijn dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst door het "op een andere manier" te doen, en hij daarbij doelt op de regeling dienstverlening aan huis. De minister lijkt ervan uit te gaan dat er dan sprake van is inkomsten uit overig werk (op basis van een overeenkomst van opdracht), omdat hij vervolgens verklaart dat 'de dienstverleners natuurlijk wel zelf de inkomsten moeten opgeven bij de belastingdienst'.⁵⁷ Dit wordt bevestigd door het vervolg van zijn antwoord: 'als betrokkene drie dagen bij de één, en twee dagen bij de ander werkt, zijn beide opdrachtgevers *niet gehouden om een loonbetrekking aan te gaan*'.⁵⁸ Ook hier spreekt de minister over *opdrachtgevers* en niet over *werkgevers*. Het is volgens de minister onder deze regeling echter nog steeds mogelijk om een dienstbetrekking aan te gaan voor minder dan drie dagen, maar het hoeft dus niet. Hij noemt de regeling een faciliteit, geen verplichting.⁵⁹ Hij vervolgt: 'als betrokkene en degene die de dienst inhuurt *wel* een reguliere loonbetrekking willen, staats niets daarvoor in de weg. Dan is er sprake van een echte werkgevers-werknemersrelatie met alles wat daarbij hoort'.⁶⁰ In het kader van dit onderzoek naar de rechtszekerheid van zorgverleners met een arbeidsovereenkomst die op maximaal 3 dagen per week werken is dit een opmerkelijke uitspraak. De minister lijkt van mening dat er kan worden gekozen tussen géén dienstverband, dus overeenkomst van opdracht, óf voor een

⁵⁰ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.

⁵¹ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.

⁵² Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.

⁵³ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.

⁵⁴ *Ervaringen van pgb-zorgverleners met de WAB 2021*, p. 6.

⁵⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 8, p. 9.

⁵⁶ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 37, p. 25.

⁵⁷ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 37, p. 25.

⁵⁸ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 37, p. 25.

⁵⁹ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 37, p. 25.

⁶⁰ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 37, p. 25.

volledig dienstverband (met inhouding en afdracht van werknemersverzekeringen), óók als er op minder dan drie dagen wordt gewerkt. De wet biedt echter die keuze niet en ook in de verplichte SVB model zorgovereenkomst- arbeidsovereenkomst is er geen sprake van een keuze. Werkt men minder dan drie dagen in een huishouden én is er een gezagsverhouding, dan is er sprake van een arbeidsovereenkomst. Dan is verplicht de regeling dienstverlening aan huis van toepassing. De minister heeft wellicht de informatie over de regeling dienstverlening aan huis fout geïnterpreteerd, of was fout geïnformeerd, of de wetgeving is uiteindelijk anders uitgevoerd dan de bedoeling was. In het wetsvoorstel over artikel 5 van de Wet op de loonbelasting 1964, waarin de doelgroep en het aantal dagen dienstverlening aan huis wordt uitgebreid, is geen sprake van een keuze tussen wel of geen dienstbetrekking, er staat geen “kan” bepaling in.⁶¹ De tekst in deze wet luidt nu:

Artikel 5

1. Als dienstbetrekking wordt **niet** beschouwd de arbeidsverhouding van degene die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat, indien hij de diensten doorgaans op minder dan vier dagen per week verricht.
2. Onder het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden wordt voor de toepassing van dit artikel mede verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden.

Woorden van gelijke strekking zijn terug te vinden in onder andere de Ziektewet en de Werkloosheidswet.

In tegenstelling tot wat de minister beweert in het wetgevingsoverleg is er geen keuze, maar worden werkzaamheden op minder dan vier dagen, en die uitsluitend plaatsvinden in het huishouden van een natuurlijke persoon, fiscaal niet als een dienstbetrekking gezien. Artikel 7:629 BW waarin het recht op loondoorbetaling bij ziekte wordt geregeld, beperkt in lid 2 onderdeel a dit recht op loondoorbetaling tot zes weken, als op minder dan vier dagen diensten ten behoeve van het huishouden van natuurlijke personen worden verricht. Artikel 7:629 lid 13 BW maakt duidelijk dat onder het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden mede wordt verstaan het verlenen van zorg aan leden van dat huishouden. Dus ook voor deze diensten is de beperking van loondoorbetaling, zoals geregeld in artikel 7:629 lid 2, aanhef en onderdeel a BW, van toepassing. Hetzelfde geldt voor de Werkloosheidswet, waarin in artikel 6 eerste lid, aanhef, onder c wordt bepaald dat een zorgverlener, die minder dan vier dagen per week diensten aan huis verleent aan een natuurlijk persoon, geen recht heeft op een werkloosheidsuitkering.

Samengevat: De *doelstelling* van de wetgever om de regeling dienstverlening aan huis in te voeren was stimulering van de arbeidsmarkt en het terugdringen van zwartwerken. De *rechtvaardiging* van deze regeling was volgens de wetgever dat, door het wegnemen van administratieve handelingen voor de opdrachtgever, meer werk zou worden uitbesteed. Er vindt hierdoor dus een verschuiving plaats van de loonbelasting naar de inkomstenbelasting. De uitzonderingspositie in het arbeidsrecht door deze regeling betreft de aard van het werk, namelijk huishoudelijke en zorgwerkzaamheden bij een particulier aan huis, en de omvang van deze werkzaamheden, namelijk op maximaal drie dagen per week.⁶² Het gevolg van de regeling was en is dat er géén sprake van een dienstbetrekking volgens

⁶¹ Kamerstukken II 2006/07, 30804, nr. 1, art. IV.

⁶² Bijleveld & Cremers 2010, p. 139.

de Wet op de Loonbelasting 1964 en dat de dienstverlener uitgesloten is van een beroep op socialeverzekeringsrechten. Het is dus opmerkelijk dat er civielrechtelijk wél een arbeidsovereenkomst kan worden gesloten voor werkzaamheden op minder dan drie dagen per week, terwijl het fiscaal en sociaalrechtelijk gezien geen dienstbetrekking is.

In 2010 vindt een debat in de Tweede Kamer plaats naar aanleiding van het boek *Een baan als alle anderen?*.⁶³ De minister herhaalde vooral de argumenten uit 2007 voor de regeling dienstverlening aan huis en richtte zich voornamelijk op particulier gefinancierde dienstverlening. De publiek gefinancierde dienstverlening bleef zo goed als buiten beschouwing, terwijl dit wel degelijk een belangrijk onderscheid is, zeker nu de meeste PGB betalingen via de SVB lopen en de argumenten van destijds achterhaald zijn⁶⁴. Het kabinet concludeert als reactie op het rapport Kalsbeek dat als de regeling in stand wordt gehouden, het ILO Verdrag nr. 189 niet geratificeerd kan worden omdat het erkent dat het daarmee in strijd is.⁶⁵ Het argument van het kabinet om de regeling toch in stand te houden is dat er geen goed alternatief is.⁶⁶ Ook wordt in deze reactie bevestigd dat het voornamelijk (laagopgeleide) vrouwen raakt.⁶⁷ Het kabinet ontkent in haar reactie dat de regeling dienstverlening aan huis bedoeld is om de kosten te drukken ten koste van de rechtspositie van de zorgverleners.⁶⁸ Ook Boot is van mening dat een volwaardige rechtspositie onbetaalbaar is en dat het financiële argument de reden was om de aanbevelingen van de commissie Kalsbeek niet uit te voeren.⁶⁹ Een eenvoudige rekensom leert dat als een budgethouder de werkgeverlasten moet betalen boven op het brutoloon, de budgethouder veel minder uren zorg kan inkopen. De overheid zal dus in bepaalde gevallen die werkgeverlasten als extra budget moeten uitkeren om de juiste hoeveelheid zorg te kunnen garanderen. Vervolgens richt de reactie van het kabinet zich voornamelijk op het tegengaan van oneigenlijke alfahulpenconstructies, een constructie die momenteel niet meer bestaat. Het kabinet houdt vast aan de regeling dienstverlening aan huis en geeft aan dat het daarom Het ILO Verdrag nummer 189 niet zal ratificeren.⁷⁰

3.3 De arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke gevolgen van het toepassen van de regeling dienstverlening aan huis

Omdat er volgens de wetgever fiscaal en sociaalrechtelijk geen sprake is van een dienstbetrekking, zijn de sociaalrechtelijke gevolgen van de regeling dienstverlening aan huis het ontbreken van een aanspraak op een uitkering Werkloosheidswet, Ziektewet en WIA voor de zorgverlener. De uitbreiding van drie naar vier dagen, en de uitbreiding naar de diensten van zorgverleners vindt plaats bij Wet van 14 december 2006 (Belastingplan 2007).⁷¹ Deze uitbreiding van bereik en aantal dagen is toegepast in het BW, de WW, De WIA, en de ZW zoals hieronder verder uitgewerkt is.⁷² Een arbeidsrechtelijk gevolg zijn onder andere dat voor ontslag geen toestemming vereist is en dat de loondoorbetalingsplicht bij ziekte slechts zes weken is. De regeling treft vooral vrouwen. Uit het onderzoek van Panteia (in opdracht van de commissie Kalsbeek) blijkt dat 77 % van de respondenten

⁶³ Bijleveld & Cremers 2010.

⁶⁴ Bijleveld 2015 (addendum), p. 52.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 2.*

⁶⁶ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 2.*

⁶⁷ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 3.*

⁶⁸ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 4.*

⁶⁹ Boot 2022, par. 5.

⁷⁰ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 8.*

⁷¹ *Stb. 2006, 682, p. 22-24.*

⁷² *Stb. 2006, 682, p. 22-24.*

vrouw is, maar als puur naar zorg en schoonmaakwerk wordt gekeken blijkt dit percentage hoger omdat deze werkzaamheden overwegend door vrouwen worden gedaan.⁷³ Ook uit het recente rapport (2021) van Regioplan over de ervaring van Pgb-zorgverleners met de WAB blijkt dat 86 % vrouw is en 14 % man.⁷⁴

Werkloosheidswet

Op grond van artikel 6 eerste lid, aanhef, onder c Werkloosheidswet, heeft een zorgverlener die minder dan vier dagen per week diensten aan huis verleent aan een natuurlijk persoon geen recht op een werkloosheidsuitkering. De Werkloosheidswet sluit hierbij aan bij de tekst en doelstelling van artikel 5 Wet op de Loonbelasting 1964.

Ziektewet en WIA

Een zieke werknemer heeft recht op doorbetaling van loon gedurende 104 weken op grond van artikel 7:629 lid 1 BW. Artikel 7:629 lid 2, aanhef en onderdeel a BW maakt hierop een uitzondering voor werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verrichten ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat.⁷⁵ Deze werknemers hebben slechts recht op zes weken doorbetaling van het loon. Zoals al eerder vermeld wordt onder het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden mede verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden (artikel 7:639 lid 13 BW). Ook worden deze werknemers op grond van artikel 6 lid 1 sub c ZW jo. artikel 8 lid 1 WIA uitgesloten van de werkingssfeer van de Ziektewet en de WIA. Ook deze wijzigingen vinden plaats bij Wet van 14 december 2006 (Belastingplan 2007). Dit raakt dus ook de PGB zorgverleners die een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst hebben en onder de regeling dienstverlening aan huis vallen.

Het ontbreken van ontslagbescherming

Om de arbeidsovereenkomst met een werknemer te mogen beëindigen, is in de regel toestemming nodig van het UWV of ontbinding door de kantonrechter. Voor zorgverleners die onder de regeling dienstverlening aan huis vallen is dit echter niet nodig op grond van artikel 7:671 aanhef en eerste lid onder d BW. Er moet wel rekening worden gehouden met de opzegtermijn zoals aangegeven in artikel 7:672 BW. Volgens een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland moet er tevens een redelijke grond aanwezig zijn voor het ontslag (artikel 7:669 BW) indien er geen instemming is van de werknemer met het ontslag.⁷⁶ De rechtbank verwijst in haar uitspraak naar een arrest van het Hof Arnhem (ECLI:NL:GHARL:2013:6871), waarin het hof oordeelde, dat de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst niet geheel vergelijkbaar is met een gewone arbeidsovereenkomst.⁷⁷ Het Hof Leeuwarden (ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ5585) had eerder al geoordeeld dat Boek 7, titel 10 BW van toepassing is op deze arbeidsovereenkomst. Het arbeidsrecht gaat uit van een sterkere positie van de werkgever ten opzichte van de werknemer, maar in deze situatie is dat niet altijd het geval. Met name omdat de werkzaamheden aan huis van de werkgever plaatsvinden en de relatie tussen werkgever en werknemer anders kan zijn dan bij een reguliere arbeidsovereenkomst. Het ontbreken

⁷³ *De markt voor dienstverlening aan huis. Onderzoek naar vraag- en aanbodzijde* 2014, p. 65.

⁷⁴ *Ervaringen van pgb-zorgverleners met de WAB* 2021, p. 7.

⁷⁵ Kappé & Nauta 2020, p. 523.

⁷⁶ Rb. Midden Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4277, r.o. 4.11 (laatste zin).

⁷⁷ Rb. Midden Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4277, r.o. 4.9.

van het vertrouwen in de zorgverlener, in combinatie met de zwakkere positie van de werkgever, is een redelijke grond voor ontslag.⁷⁸

3.4 Toetsing van de doelstelling en rechtvaardiging van de regeling dienstverlening aan huis

Uit paragraaf 1.4 blijkt dat de *doelstelling* en *rechtvaardiging* van de regeling dienstverlening aan huis het stimuleren van de arbeidsmarkt en het terugdringen van zwart werken is. In deze paragraaf zal getoetst worden of de doelstelling bereikt wordt en of hiervoor de regeling dienstverlening aan huis noodzakelijk is.

Doelstelling 1: stimulering arbeidsmarkt door terugdringen administratieve lasten

Door de administratieve lasten terug te dringen voor de particuliere opdrachtgever verwacht de overheid dat er meer werk zal worden uitbesteed. Dat rechtvaardigt volgens de overheid het feit dat er geen werkgeverslasten hoeven te worden afgedragen door de particulier en dat de zorgverlener dus niet verzekerd is voor de sociale verzekeringen.⁷⁹ Door de commissie Kalsbeek, die in 2014 een onderzoek deed naar de gevolgen van deze regeling, is er weinig bewijs te vinden dat deze regeling de werkgelegenheid zou stimuleren.⁸⁰ In reactie op het rapport Kalsbeek is het kabinet van mening dat particuliere werkgevers in de zorg (budgethouders) praktisch onmogelijk aan alle verplichtingen en administratieve lasten kunnen voldoen.⁸¹ Het is belangrijk dat men zich realiseert dat ten tijde van het uitbrengen van het rapport Kalsbeek (2014) en de reactie van het kabinet het nog gebruikelijk was dat budgethouders het budget op hun eigen bankrekening gestort kregen om zo zelf de zorgverleners te kunnen betalen. Inmiddels is dit in 2015 gewijzigd en hebben budgethouders een “trekkingsrecht” gekregen bij de SVB.⁸² De motivatie van de overheid om dit trekkingsrecht in te voeren was om fraude tegen te gaan en die beslissing was al in 2012 genomen.⁸³ Het trekkingsrecht zorgt ervoor dat de gewerkte uren moeten worden gedeclareerd bij de SVB die vervolgens voor de uitbetaling zorgt. De SVB ontzorgt de budgethouders nu volledig door het (verplichte) gebruik van modelovereenkomsten en de mogelijkheid van opting-in voor de zorgverleners, zodat belastingen en premies alvast worden afgedragen aan de belastingdienst. Het argument van terugdringen van administratieve lasten, dat het kabinet destijds hanteerde, geldt dus nu niet meer voor publiek gefinancierde dienstverlening zoals dienstverlening via PGB. Hiermee is deze doelstelling, het terugdringen van administratieve lasten, komen te vervallen.

Doelstelling 2: terugdringen zwart werken

Voor de zorgverlener die werkt op basis van een Pgb arbeidsovereenkomst-zorgovereenkomst is deze maatregel, namelijk het terugdringen van zwart werken, ook niet meer van toepassing. De budgethouder heeft niet meer te besteden dan het toegekende budget en de betaling vindt plaats door middel van een trekkingsrecht bij de SVB. Op basis van een zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst worden de gewerkte uren uitbetaald door de SVB aan de zorgverlener. Er kan voor een Pgb-zorgverlener dus geen sprake zijn van “zwart” werken. De commissie Kalsbeek adviseert ook om de Regeling dienstverlening aan huis buiten werking te stellen voor publiek gefinancierde dienstverlening omdat daar geen sprake kan zijn van zwart werken en er nauwelijks

⁷⁸ Rb. Midden Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4277, r.o. 4.16.

⁷⁹ *Stb.* 2006, 682. (Ook wel: Belastingplan 2007).

⁸⁰ *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014, p. 40.

⁸¹ *Kamerstukken II 2014/15, 29427, 100, p. 4.*

⁸² *Pgb-trekkingsrecht en de (niet) lerende overheid* 2015, p. 5.

⁸³ *Pgb-trekkingsrecht en de (niet) lerende overheid* 2015, p.45, tijdlijn, bijlage 1.

sprake zal zijn van stimulering van de arbeidsmarkt.⁸⁴ Ook deze doelstelling, het terugdringen van zwart werken, is niet meer relevant.

Conclusie: de administratieve lasten voor publiek gefinancierde zorg zijn inmiddels minimaal. De SVB regelt het grootste deel van de administratie voor de budgethouder. Zwart werken is onmogelijk omdat alle betalingen aan zorgverleners via de SVB gaan.

3.5 Jurisprudentie uitsluitende bepalingen sociale verzekeringen voor huishoudelijk personeel

Er is weinig jurisprudentie over uitsluitingsbepalingen voor sociale verzekeringen. Een aantal toepasselijke uitspraken volgen hierna in chronologische volgorde:

Hof van Justitie, 13 juli 1989, arrest Rinner/Kühn (doorbetaling bij ziekte, Duitsland)⁸⁵

In 1989 in het arrest Rinner-Kühn verzocht een vrouw die 10 uur per week werkte bij Kühn doorbetaling bij ziekte. Er was destijds in het Lohnfortzahlungsgesetz een bepaling opgenomen die een uitzondering maakte op de loondoorbetalingsverplichting als een werknemer niet meer dan tien uur per week werkzaam was. Er werd een beroep op (indirecte) discriminatie gedaan, omdat deze uitzonderingsbepaling met name vrouwen zou treffen. Hierbij werd een beroep gedaan op artikel 1 van richtlijn 75/117, wat een verdere uitwerking was van artikel 119 EEG-Verdrag, thans artikel 157 van het Verdrag over de werking van de Europese Unie (VWEU).⁸⁶ In dit arrest bepaalde het Hof van Justitie dat als een maatregel een groter aantal vrouwen betreft dan mannen, er geen rechtvaardiging is voor een uitzonderingsbepaling.⁸⁷

Centrale Raad van Beroep, 29 april 1996, afwijzing WW-aanvraag van zorgverlener⁸⁸

In deze zaak ging het over een zorgverlener die doorgaans op minder dan drie dagen per week werkte en geen WW-uitkering kreeg op grond van artikel 6, aanhef en onder c, van de WW.⁸⁹ Op de eerste vraag of het verlenen van zorg onder de regeling dienstverlening aan huis viel antwoordde de Raad dat niet *de aard* van de werkzaamheden maar *de hoedanigheid* van de werkgever en de context waarin de werkzaamheden werden verricht bepalend zijn voor de uitzonderingsbepaling zoals die is aangegeven in artikel 6, aanhef en onder c, van de WW, (namelijk het niet verzekerd zijn voor de WW) voor personeel dat doorgaans op minder dan drie dagen werkzaamheden verricht in of rondom de huishouding van de werkgever.⁹⁰ De volgende vraag die beantwoord moest worden was de vraag of hier sprake was van (indirecte) discriminatie in de zin van artikel 4, eerste lid, van de richtlijn 79/7/EEG van 19 december 1978. De Raad oordeelde dat er geen sprake was van (indirecte) discriminatie indien dit objectief te rechtvaardigen valt, met verwijzing naar het antwoord van het Hof van Justitie van de EG van 14 december 1995 (C-444/93) op de vraag: “kan een uitzonderingsbepaling gerechtvaardigd zijn wanneer de gekozen middelen beantwoorden aan een legitieme doestelling van het sociale beleid van de Lidstaat waarvan de wettelijke regeling in het geding is, en zij ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk is”.⁹¹ De Raad erkende vervolgens dat het weliswaar overwegend vrouwen betreft, maar oordeelde dat zij zich vrijwillig kunnen

⁸⁴ *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014, conclusie, pag. v.

⁸⁵ HvJ EU 13 juli 1989, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328 (*Rinner/Kühn*).

⁸⁶ Ex-artikel 119, hernummerd bij het Verdrag van Amsterdam.

Verdrag van Lissabon. Voor artikel 141 komt in de plaats artikel 157 VWEU (geconsolideerd).

⁸⁷ HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328 (*Rinner/Kühn*).

⁸⁸ CRvB 29 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6049.

⁸⁹ CRvB 29 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6049, p. 5.

⁹⁰ CRvB 29 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6049, p. 4.

⁹¹ CRvB 29 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6049, p. 4.

verzekeren en dat daarom er geen sprake is van uitsluiting van de verzekering voor de WW. Het beperken van de administratieve lasten en het tegengaan van zwart werken waren volgens de Raad voldoende voor een objectieve rechtvaardiging voor de uitzonderingsbepaling en er was dus geen sprake van (indirecte) discriminatie. De Centrale Raad oordeelde in 1996 dus nog dat de uitzonderingsbepaling die destijds al stond in artikel 6, aanhef en onder c, van de Werkloosheidswet geen (indirecte) discriminatie opleverde, terwijl in 1989 het Hof van Justitie al anders had geoordeeld.⁹²

Rechtbank Rotterdam, 16 december 2021, een beroep op (indirecte) discriminatie):

Volgens deze vrij recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam levert de uitzonderingsbepaling “dienstverlening aan huis” wél indirecte discriminatie op in de zin van artikel 4 van Richtlijn 79/7/EEG (gelijke behandeling in de wettelijke sociale zekerheid).⁹³ Deze uitspraak is wezenlijk anders dan de hierboven besproken uitspraak van de Centrale Raad in 1996. Omdat deze uitspraak een belangrijke uitspraak is voor deze scriptie, met mogelijk grote gevolgen (namelijk een grote groep werknemers die voortaan ook recht hebben op een WW-uitkering en de gevolgen voor het te besteden budget van budgethouders) wordt deze uitgebreid besproken. Van belang bij het lezen is om zich te realiseren dat via de Richtlijn 79/7/EEG door eiseres een beroep wordt gedaan op gelijke behandeling van vrouwen en mannen tijdens een beroep op sociale zekerheden, en er hier dus sprake zou zijn van *indirecte* discriminatie van vrouwen. Een algemene definitie van *indirecte* discriminatie op grond van geslacht is te vinden in Richtlijn 2006/54/EEG (herschikkingsrichtlijn): „*indirecte discriminatie*”: *wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*;⁹⁴ De rechtbank Rotterdam heeft een uitspraak gedaan over de vraag of de werkzaamheden van een zorgverlener die op basis van een overeenkomst op 2 dagen per week zorg heeft verleend aan een PGB-houder, verzekerde arbeid is geweest in de zin van werknemersverzekeringen (ROT 20/452).⁹⁵ (Het tweede deel van de uitspraak (ROT 20/836) betreft de vraag of de zorgverlener daadwerkelijk recht heeft op een WW-uitkering op basis van de referteperiode.⁹⁶ Dit tweede deel zal hier niet besproken worden omdat dit niet relevant is voor dit onderzoek.

Samenvatting uitspraak Rechtbank Rotterdam

Wettelijk kader:

- Artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, van de WW (algemene uitzonderingsbepaling)
- Artikel 6, tweede lid van de WW (van toepassingsverklaring artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, van de WW voor zorgpersoneel)
- Artikel 4 Richtlijn gelijke behandeling in de wettelijke sociale zekerheid 79/7/EEG (19 december 1978)

Weigering correctie arbeidsverleden (ROT 20/452)

⁹² HvJ EU 13 juli 1989, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328, (*Rinner/Kühn*).

⁹³ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 10.2.

⁹⁴ Bijleveld & Cremers 2010, p. 140.

⁹⁵ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 6.1.

⁹⁶ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 18.2.

Inleiding:

De zorgverlener ontdekte dat haar werkzaamheden op Pgb-basis van 4,5 uur, verdeeld over 2 dagen, over de periode 2015 tot en met 2018 niet werden meegenomen in haar arbeidsverleden bij het UWV en vroeg het UWV om een correctie. Het UWV wees dit verzoek af op grond van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW, waarin is vastgelegd dat zij geen werknemer in de zin van de WW is, omdat zij op maximaal drie dagen per week zorg verleent aan huis bij een particulier. (Besluit I, ROT 20/452). Door de zorgverlener wordt gesteld dat artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW discriminerend is en in strijd is met artikel 4 van Richtlijn 79/7/EEG.⁹⁷ Eiseres licht dit toe door te stellen dat 93 % van de markt voor persoonlijke dienstverlening uit vrouwen bestaat, en onderbouwt dit door een rapport van de SER.⁹⁸ Dat zou volgens Bijleveld & Cremers betekenen dat er sprake is van *indirecte* discriminatie van vrouwen die deze werkzaamheden verrichten.⁹⁹ De Richtlijn 79/7/EEG verbiedt (indirecte) discriminatie op het gebied van socialezekerheidsrechten, zoals in geval van ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen, beroepsziekten en werkloosheid, en op grond van geslacht.¹⁰⁰ Afwijking van de richtlijn is toegestaan als objectieve factoren (legitieme doelstelling en het gekozen middel) dit rechtvaardigen. De zorgverlener stelt dat er geen sprake is van een legitieme doelstelling en dat het gekozen middel (artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW) niet geschikt en noodzakelijk is om het doel van deze regeling te bereiken. Met name omdat het hier gaat om een PGB arbeidsovereenkomst en er dus geen sprake kan zijn van zwart werken. De zorgverlener verwijst tevens naar het rapport van de commissie Kalsbeek.¹⁰¹ Verder heeft de zorgverlener uitvoerig onderbouwd dat er sprake is van strijd met artikel 11 van het VN-Vrouwenverdrag,¹⁰² en met de ILO-verdragen nr. 175 (Parttime Work Convention) en 189 (Domestic Workers Convention).¹⁰³ De rechtbank overweegt 'dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) de toepassing van een nationale maatregel die, al is hij op neutrale wijze geformuleerd, in feite een veel groter percentage vrouwen dan mannen benadeelt, in strijd is met artikel 4 van de Richtlijn, tenzij die maatregel de rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht'.¹⁰⁴ Er moet dus sprake zijn van een legitieme doelstelling en de gekozen middelen moeten geschikt en noodzakelijk zijn. Dit middel is bovendien slechts geschikt als waarborg om de doelstelling "coherent en stelselmatig" te bereiken.¹⁰⁵

(Indirecte) discriminatie:

Omdat de formulering van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c van de WW neutraal geformuleerd is en op alle personen van toepassing is die onder deze regeling vallen, is er volgens de rechtbank geen sprake van directe discriminatie. Als echter een groter deel van het ene geslacht wordt benadeeld dan het andere deel, kan wel sprake zijn van indirecte discriminatie.¹⁰⁶ De zorgverlener

⁹⁷ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 3.

⁹⁸ *Markt voor persoonlijke dienstverlening in internationaal perspectief* 2010, p. 25.

⁹⁹ Bijleveld & Cremers 2010, p. 11.

¹⁰⁰ Bijleveld & Cremers 2010, p. 139.

¹⁰¹ *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014.

¹⁰² De doelstelling van dit verdrag is het uitbannen van vrouwendiscriminatie. Het toezichthoudend orgaan (CEDAW) heeft in 2010 Nederland opgeroepen om maatregelen te treffen zodat ook deeltijd huishoudelijk personeel volledige rechtsbescherming krijgt en uitsluiting van werknemersverzekeringen wordt opgeheven. Nederland heeft de oproep niet gehonoreerd.

¹⁰³ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 3.

¹⁰⁴ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 6.2.

¹⁰⁵ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 6.2.

¹⁰⁶ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 7.1.

kan gemotiveerd onderbouwen dat het deel dat onder deze regeling valt 93% vrouwen betreft.¹⁰⁷ De rechtbank concludeert hieruit dat *in beginsel* artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c van de WW in strijd is met artikel 4 van de Richtlijn.¹⁰⁸ Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of de benadeling wordt gerechtvaardigd door objectieve factoren die geen verband houden met indirecte discriminatie.

Doelstelling:

De rechtbank constateert dat de wetgever gelijke behandeling van huishoudelijk personeel steeds heeft afgehouden met een beroep op praktische en uitvoeringstechnische bezwaren en dat de wetgever ervan uitging dat deze groep werknemers geen behoefte had aan dergelijke verzekeringen. Omdat de huishoudelijke hulp bij gelijke behandeling ook duurder zou worden was de verwachting dat er minder werk zou worden aangeboden en dat het bestaande aanbod in het zwarte circuit terecht zou komen. Door de regeling dienstverlening aan huis te schrappen zou slechts een klein deel een betere rechtspositie krijgen was de verwachting en daarom werd deze regeling gehandhaafd.¹⁰⁹ De nadruk ligt volgens een eerdere uitspraak (ECLI:NL:CRVB:1996:ZB049) niet op *de aard* van de werkzaamheden, maar op *de hoedanigheid* van de werkgever en de context waarin de werkzaamheden worden verricht en dit zou destijds de rechtvaardiging zijn voor de uitzonderingsbepaling.¹¹⁰ Uit de memorie van toelichting bij de wetswijziging van 2007 (zie hoofdstuk 3) concludeert de rechtbank dat stimulering van de arbeidsmarkt en het voorkomen van illegale arbeid de doelstelling van de uitzonderingsbepaling is en volgens eerdere uitspraken zijn dat legitieme doelstellingen.¹¹¹

Geschiktheid en noodzakelijkheid van het gekozen middel:

De rechtbank oordeelt onder verwijzing naar het rapport van de commissie Kalsbeek¹¹² dat het gekozen middel (de uitzonderingsbepaling) niet geschikt en noodzakelijk is.¹¹³ Het bereik van de regeling dienstverlening aan huis is volgens de commissie Kalsbeek groter dan haar doelstelling rechtvaardigt en met name de werkzaamheden die met publiek geld worden gefinancierd worden onterecht door deze regeling geraakt. Stimulering van deze markt wordt al bereikt door subsidies, zoals Pgb en toeslagen en werkgeverlasten worden grotendeels al gecompenseerd. Zwart werken is nagenoeg nihil volgens de commissie en de conclusie van de commissie is dat de nadelen voor de rechtspositie van de Pgb-dienstverlener groter zijn dan de voordelen. Het advies van de commissie is om de dienstverlening die grotendeels gefinancierd wordt met publiek geld buiten deze regeling te houden. Werkgeverslasten zouden moeten worden meegenomen in de hoogte van het Pgb en administratieve lasten worden in de meeste gevallen door de SVB overgenomen. Ook is er geen keuze tussen zelf doen of uitbesteden, men doet pas een beroep op zorg als men het zelf niet meer kan doen. Verder is er door het trekkingsrecht geen keuze meer voor de budgethouder tussen zwart of wit uitbesteden. De commissie concludeert dan ook dat de doelstelling van de regeling dienstverlening aan huis per definitie geen betrekking heeft op deze markt en dat de rechtspositie

¹⁰⁷ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 7.2.

¹⁰⁸ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 7.3.

¹⁰⁹ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 8.2.

¹¹⁰ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 8.3.

¹¹¹ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 8.6.

¹¹² *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* 2014.

¹¹³ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 9.1.

van de werknemers door deze regeling verslechterd is. De werkgelegenheid wordt niet bevorderd en er is geen sprake van illegale tewerkstelling in deze markt.¹¹⁴

Conclusie van de rechtbank:

De rechtbank concludeert dat het gekozen middel, namelijk de uitzonderingsbepaling, noodzakelijk noch geschikt is, nu de uitzonderingsbepaling er niet toe leidt dat eerdergenoemde doelstellingen coherent en stelselmatig worden bereikt. Ook de reactie van de minister op het advies van de commissie Kalsbeek, waarin geconcludeerd wordt dat de uitzonderingsbepaling niet geleid heeft tot meer werkgelegenheid en illegale werkzaamheden niet plaatsvinden in dit segment, wijzigt dit oordeel van de rechtbank niet.¹¹⁵ De rechtbank vindt geen rechtvaardiging van deze uitzonderingsbepalingen in de objectieve factoren.¹¹⁶ Volgens de rechtbank moet artikel 6, lid 1, aanhef en onder c, buiten toepassing blijven in het geval van de eiseres, zijn de werkzaamheden van de zorgverlener verzekerde arbeid geweest in de zin van de werknemersverzekeringswetten en moeten daarom worden meegenomen in het arbeidsverleden van de zorgverlener.¹¹⁷ De rechtbank verklaart het beroep tegen dit bestreden besluit gegrond. Beide partijen zijn in beroep gegaan tegen bovenstaande uitspraak en hierna zal de uitspraak van dit hoger beroep bij de Centrale Raad besproken worden. Daarbij wordt ook de vraag beantwoordt of de uitspraak zich beperkt tot de Werkloosheidswet of dat de uitspraak breder wordt getrokken, namelijk over alle sociale verzekeringen. Maar eerst wordt nog een recent arrest van het Hof van Justitie besproken, dat van betekenis is voor de nieuwste uitspraak van de Centrale Raad van Beroep.

*Hof van Justitie, 24 februari 2022 (CJ-TGSS, Spanje)*¹¹⁸

In deze Spaanse zaak werd aan het Hof een prejudiciële beslissing gevraagd op grond van artikel 267 VWEU. Het betrof de vraag of de wettelijke uitsluiting van huishoudelijk personeel voor werkloosheidsuitkeringen, terwijl huishoudelijk personeel wel onder het socialezekerheidsstelsel viel, in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen en daarmee dus met Richtlijn 79/9/EEG. ‘Volgens het Hof is hier geen sprake van *directe* discriminatie op grond van geslacht, omdat de uitzondering van toepassing is op het gehele huishoudelijke personeel’.¹¹⁹ Er kan echter wel sprake zijn indirecte discriminatie, als personen van het andere geslacht *bijzonder* worden benadeeld, tenzij die benadeling wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel *en* de middelen passend en noodzakelijk zijn.¹²⁰ Het Hof overweegt in r.o. 62: “Om te kunnen vaststellen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling coherent en stelselmatig wordt toegepast met het oog op de in punt 57 van het onderhavige arrest vermelde doelstellingen, moet bijgevolg worden aangetoond dat de categorie werknemers die door deze bepaling van de bescherming tegen werkloosheid wordt uitgesloten, op relevante wijze verschilt van andere categorieën werknemers die niet van die bescherming zijn uitgesloten”. De Spaanse regering slaagt er niet in om het Hof te overtuigen van rechtvaardigingsgronden om deze categorie uit te sluiten.¹²¹ Het Hof sluit vervolgens

¹¹⁴ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 9.3.

¹¹⁵ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 10.1.

¹¹⁶ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 10.2.

¹¹⁷ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, r.o. 10.3.

¹¹⁸ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120 (CJ/YGSS).

¹¹⁹ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, USZ 2022/152, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (CJ/TGSS, Spanje).

¹²⁰ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120 (CJ/TGSS), r.o. 40.

¹²¹ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, USZ 2022/152, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (CJ/TGSS, Spanje).

op voorhand uit dat een noodzakelijkheidstoets door de nationale rechter zal slagen.¹²² In haar noot bij dit arrest roept Driessen vervolgens de vraag op 'of het uitsluiten van de preventieve ontslagtoets ex artikel 7:671 lid 1 onder b BW voor huishoudelijk personeel ook niet tegen het licht van deze uitspraak en Richtlijn 2006/54/EG moet worden gehouden'. Verder zou het Driessen verbazen als de Centrale Raad straks in de beroepszaak van het UWV tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432) niet dit standpunt van het Hof van Justitie zal bevestigen.¹²³

*Centrale Raad van Beroep, 30 maart 2023*¹²⁴

Inmiddels heeft ook de Centrale Raad zich gebogen over de uitspraak van de rechtbank Rotterdam.¹²⁵ De Centrale Raad oordeelt dat het uitsluiten van het recht op WW van Pgb-zorgverleners, die op minder dan vier dagen per week, in dienst van een budgethouder, zorg aan huis verlenen, indirecte discriminatie oplevert. Hiermee onderschrijft de Centrale Raad de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, zoals Driessen (zie arrest TGSS) al had verwacht.¹²⁶ Bij de bespreking van het arrest van de Centrale Raad uit 1996 werd de vraag al opgeworpen waarom de Centrale Raad niet de uitspraak en conclusie van het Hof van Justitie uit 1989 volgde. In dit arrest komt de Centrale Raad expliciet op dat standpunt uit 1996 terug en oordeelt nu anders. Net als bij de analyse van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, zal het gedeelte van de uitspraak over de referteperiode buiten beschouwing blijven, omdat dit niet relevant is voor het beantwoorden van de vraag of hier sprake is van (indirecte) discriminatie. De Centrale Raad gebruikt andere zaaknummers, zie de uitleg in de voetnoot.¹²⁷

Standpunten in hoger beroep:

Het UWV is in haar beroepschrift van mening dat de rechtbank geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van het buiten toepassing laten van artikel 6 lid 1 sub c WW, namelijk de verplichte premieafdracht voor de WW en de geringe uitkeringsrechten. De verplichte premieafdracht betekent volgens het UWV dat er door budgethouders minder zorg kan worden ingekocht, terwijl het, door het geringe aantal uren die zorgverleners werken, niet tot uitkering zal komen op grond van artikel 41 WW, ook wel kruimeluitkeringen genoemd.

Betrokkene wijst erop dat dat het doel van de regeling dienstverlening aan huis niet het voorkomen van kruimeluitkeringen was, maar het voorkomen van administratieve lasten. Tevens wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie uit 2022 en het feit dat ook hier geen sprake is objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.¹²⁸ Benadrukt

¹²² HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, *USZ 2022/152*, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (*CJ/TGSS, Spanje*).

¹²³ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, *USZ 2022/152*, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (*CJ/TGSS, Spanje*).

¹²⁴ CRvB 30 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:481.

¹²⁵ Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432.

¹²⁶ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, *USZ 2022/152*, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (*CJ/TGSS, Spanje*).

¹²⁷ Zaaknummer 22/306 WW (CRvB), weigering correctie arbeidsverleden, komt overeen met zaaknummer 20/452 (Rb. Rotterdam) en zaaknummer 22/350 (CRvB), afwijzing WW-uitkering i.v.m. referteperiode, komt overeen met zaaknummer 20/836 (Rb. Rotterdam).

¹²⁸ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, (*CJ/TGSS*).

wordt het ontbreken van verschil met andere groepen werknemers en het feit dat er soms wel 18 of 24 uur per week gewerkt wordt, waardoor artikel 41 WW niet van toepassing is.

Oordeel van de Centrale Raad:

De Centrale Raad bevestigt de conclusie van de rechtbank Rotterdam dat de uitzonderingsbepaling geen directe discriminatie op grond van geslacht inhoudt, maar dat de uitzonderingsbepaling wel een aanzienlijk hoger percentage vrouwen treft en er daarom mogelijk sprake is van indirecte discriminatie. Het geschil gaat met name over de vraag of de uitzonderingsbepaling een geschikte en noodzakelijk maatregel is om de arbeidsmarkt voor persoonlijke dienstverlening te stimuleren en illegale arbeid te voorkomen. De Centrale Raad komt tot dezelfde conclusie als de rechtbank en is van mening dat dit niet het geval is (r.o. 4.4). De overige argumenten van het UWV, zoals de aantasting van de arbeidsmarkt en de geringe kans op een uitkering, worden door de Raad ontkracht. De overheid zal moeten zorgdragen voor een toereikend budget om de zorg te kunnen inkopen, en verwijst hierbij naar artikel 2.1.3, tweede lid, aanhef en onder b van de WMO 2015 en naar artikel 3.3.3., zesde lid WLZ. Hogere kosten voor de algemene middelen mag nooit een reden zijn voor discriminatie op grond van geslachten (r.o. 4.6). De Centrale Raad verwijst verder naar punt 62 van het arrest TGSS (hierboven besproken) waarin het Hof stelt dat de nationale bepaling coherent en stelselmatig moet worden toegepast met het oog op de doelstellingen, en dat moet worden aangetoond waarom hier een verschil in behandeling gerechtvaardigd is'.¹²⁹ De Centrale Raad is van mening dat de uitzonderingsbepaling er niet toe strekt personen uit te sluiten van een WW-uitkering op grond van artikel 41 WW, maar personen uitsluit van de WW-verzekering op grond van het aantal gewerkte dagen per week. Hierdoor worden personen die een groot aantal uren per dag werken op maximaal drie dagen per week, bij één budgethouder, wel uitgesloten van een WW-uitkering, terwijl personen die maar een paar uur per dag werken tegen een laag loon op vier dagen per week niet worden uitgesloten, hoewel zij geen aanspraak kunnen maken op een uitkering. Ook voert de Centrale Raad aan dat werknemers, die niet bij een particulier werken en waarvan de werkzaamheden een beperkte omvang en laag loon hebben, wel verzekerd zijn voor de WW. Conclusie van de Centrale Raad is dat niet wordt voldaan aan het vereiste van coherentie. (r.o.4.8). De Centrale Raad beperkt zijn conclusie, namelijk dat de uitzonderingsbepaling in strijd is met artikel 4 van Richtlijn 79/7/EEG, tot gevallen waarin een dienstverlener wordt betaald uit een PGB. In het specifieke geval van de betrokkene moet het UWV een nieuw besluit nemen.

De gevolgen van dit arrest:

Het UWV is niet in cassatie gegaan, zodat bovenstaande uitspraak definitief is. De uitvoering van de uitspraak roept met name voor de Ziektewet vragen op, omdat de gevolgen van de loondoorbetalingsplicht van zes weken, en het recht op een uitkering op grond van de Ziektewet, onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Als besloten wordt om dit zo te laten, dan is de uitspraak van de Centrale Raad een lege huls voor wat betreft de Ziektewet. De zorgverlener heeft dan na zes weken nog steeds geen inkomen. Een betrouwbare overheid kan het zich maatschappelijk niet veroorloven om de zieke zorgverlener, na deze uitspraak, alsnog met lege handen te laten staan. Tevens zal nu al gevolg moeten worden gegeven aan de uitspraak, vooruitlopend op de wetswijzigingen. Vooruitlopen op de wetswijziging is een risico, omdat daarmee al een oplossingsrichting wordt ingeslagen, die mogelijk door het wetgevingstraject uiteindelijk toch anders

¹²⁹ HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120 (CJ/TGSS), r.o. 62.

uitpakt. De dilemma's en mogelijke oplossingen, als gevolg van de uitspraak, worden hierna besproken, maar een uitgebreide analyse gaat te ver voor dit onderzoek.

Directe gevolgen voor een aanvraag op grond van de Werkloosheidswet

Vooruitlopend op wetgeving, en gevolg gevend aan de uitspraak, is een WW-uitkering aanvragen bij het UWV door deze groep zorgverleners, inmiddels al mogelijk.¹³⁰ Het vaststellen van het arbeidsverleden zal in de uitvoering wel tot problemen leiden, maar dat zullen betrokken partijen met elkaar moeten proberen op te lossen.

Directe gevolgen voor de Ziektewet

De uitspraak van Centrale Raad van 30 maart 2023 betekent dat een Pgb-zorgverlener ook recht heeft op een Ziektewetuitkering, maar de verkorte loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is een probleem. Bij een reguliere arbeidsovereenkomst is de loondoorbetalingsverplichting 104 weken (artikel 7:629, lid 1 BW), en moet voldaan worden aan de re-integratieverplichtingen. Bij een arbeidsovereenkomst waarbij de regeling dienstverlening aan huis van toepassing is, is de loondoorbetalingsverplichting slechts zes weken (artikel 7:629 lid 2, aanhef en onderdeel a BW). Een Pgb-zorgverlener kan dus pas na 104 weken een WIA-uitkering aanvragen. De zieke zorgverlener ontvangt geen loon meer na zes weken, maar kan ook geen ziektewetuitkering aanvragen. Er is immers nog sprake van een werkgever (artikel 19aa, eerste lid ZW). Artikel 6 lid 1 sub c ZW zondert de groep dienstverleners aan huis uit, omdat deze overeenkomsten niet worden beschouwd als een dienstbetrekking. Naar verwachting zal deze uitzondering in de Ziektewet, na aanpassing van de wet, niet meer gelden voor de Pgb-zorgverlener. Maar de verkorte loondoorbetalingsplicht van zes weken lost het inkomensverlies van de zieke zorgverlener niet op. Er zijn, vooruitlopend op wetswijzigingen, een aantal oplossingen mogelijk:

Optie 1: loondoorbetalingsplicht uitbreiden naar 104 weken

Voor deze uitbreiding is echter momenteel geen grondslag, maar dit zou mogelijk als buitengewoon begunstigend beleid toegepast kunnen worden. Er wordt dan echter al een oplossingsrichting ingeslagen die later moeilijk terug te draaien is. Het budget van de budgethouders wordt door de SVB weer aangevuld, als zij de zieke zorgverlener tot maximaal zes weken hebben doorbetaald. Dat zou dus uitgebreid moeten worden naar 104 weken. Dit zal ook gevolgen hebben voor het re-integratietraject. Mocht de uitspraak echter ook gevolgen hebben voor overige publiek gefinancierde dienstverlening, bijvoorbeeld gastouders, dan heeft uitbreiding van de loondoorbetaling tot 104 weken grote gevolgen, omdat de ouders niet gecompenseerd worden voor het doorbetalen van de zieke werknemer. Deze gastouderregeling komt dan onder grote druk te staan. Ouders zullen het risico niet willen nemen om de zieke dienstverlener 104 weken te moeten doorbetalen, zonder daarvoor te worden gecompenseerd.

Optie 2: de Ziektewet als "vangnet" voor deze doelgroep

Als de oplossing in de Ziektewetwet zelf gezocht wordt, en door wetgeving artikel 6 lid 1 sub c ZW zou vervallen, dan biedt wellicht artikel 29 ZW een oplossing. Daarin wordt het recht op ziekingelduitkering vastgesteld. Artikel 29 lid 1, onder a ZW zondert echter de verzekerde uit die *uit hoofde van een dienstbetrekking recht heeft op loondoorbetaling ex. artikel 7:629 BW* (dus deze zin in zijn geheel). Er is voor de zorgverlener inderdaad nog een dienstbetrekking, maar geen recht op loondoorbetaling. Deze zin lijkt echter niet opgeknipt te mogen worden. Met verwijzing naar vaste

¹³⁰ uwv.nl/particulieren/direct-doen/aanvragen-ww-uitkering.aspx, 5 mei 2023.

rechtspraak (Centrale Raad van 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2809) bevat artikel 29, lid 2, ZW een limitatieve opsomming van de gevallen waarin een verzekerde aanspraak kan maken op ziekingeld.¹³¹ Als er wel een dienstverband is, maar er geen recht op loon bestaat, bijvoorbeeld door een uitgestelde prestatieplicht, heeft men geen recht op een Ziektewetuitkering. Hierbij wordt verwezen naar de memorie van toelichting bij de Wet uitbreiding loonbetalingsverplichting bij ziekte (Wulbz).¹³² In die memorie valt wel te lezen dat er rekening wordt gehouden met bepaalde groepen die kwetsbaar zijn. De regeling dienstverlening aan huis was destijds nog niet bekend, wellicht kan hier toch een opening worden gevonden. Er wordt in de Ziektewet een onderscheid gemaakt tussen het ontstaan van het recht op een uitkering, en de voorwaarden om daadwerkelijk een uitkering te ontvangen.¹³³ De voorwaarden voor het ontstaan van een recht op ziekingeld zijn: arbeidsongeschiktheid, ziekte, verhindering van arbeid en een rechtgevende situatie, conform artikel 19aa ZW.¹³⁴ Het recht op een daadwerkelijke uitkering is geregeld in artikel 29 ZW. Volgens Asscher-Vonk & Roozendaal is doorslaggevend of de werknemer *recht* heeft op loon, niet of dit loon daadwerkelijk wordt betaald. Voor de zieke Pgb-zorgverlener is de situatie echter anders dan in bovenstaand arrest, er is geen sprake van een uitgestelde prestatieplicht en daarom kan dit arrest niet één op één op deze situatie toegepast worden. Mogelijk kan hier de Ziektewet toch als een vangnet dienen en een uitzondering opnemen in artikel 29 ZW, zoals die er nu al is voor bijvoorbeeld orgaandonoren of zwangere werknemers.

Optie 3: een vaststellingsovereenkomst sluiten

Door een vaststellingsovereenkomst te sluiten, ontstaat wel recht op een Ziektewetuitkering. De zorgverlener kan echter verschillende arbeidsovereenkomsten tegelijk hebben, ook met een reguliere werkgever. Er zal dan met alle werkgevers tegelijk een vaststellingsovereenkomst moeten worden gesloten. Ingrijpen in het arbeidsrecht, om een sociale verzekering te kunnen benutten, gaat erg ver. Er kan ook nog sprake zijn van een “benadelingshandeling”, waardoor er alsnog geen recht op een uitkering ontstaat. Het is een oplossing die niet uitgedragen zou moeten worden. De kans is groot, dat er door andere partijen een beroep op het gelijkheidsbeginsel zal worden gedaan, als het UWV voor deze groep een uitzondering maakt voor wat betreft het beoordelen van de benadelingshandeling.

Geconcludeerd kan worden dat er geen eenvoudige oplossing is voor nu, maar ook niet voor de toekomst. Het zal een politieke keuze moeten worden of, vooruitlopend op wetgeving (en ook bij de toekomstige aanpassing van de wetgeving), deze zorgverleners voortaan als reguliere werknemers worden behandeld. Dat zou dus een loondoorbetalingsplicht van 104 weken inhouden, conform de overige reguliere werknemers. Of er moet een aanpassing in de Ziektewet komen, zodat deze zorgverleners na zes weken in een vangnet komen, en recht hebben op een Ziektewetuitkering.

“Erga omnes” en terugwerkende kracht van deze uitspraak

Voor betrokkene is het gevolg van de uitspraak duidelijk. Het UWV moet een nieuw besluit nemen en de uitkomst zal vanaf de datum van de aanvraag gaan gelden. Naar verwachting zal betrokkene met terugwerkende kracht een WW-uitkering ontvangen. Maar geldt de uitspraak voor iedere Pgb-dienstverlener die onder de regeling dienstverlening aan huis valt, of ook voor andere groepen

¹³¹ CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2426, RSV 2022/165, r.o. 4.3.

¹³² *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, nr. 3.

¹³³ Asscher-Vonk & Roozendaal 2021, p. 5.

¹³⁴ Asscher-Vonk & Roozendaal 2021, p. 6.

dienstverleners? En voor alle sociale verzekeringen? En als laatste: is er sprake van terugwerkende kracht en zo ja, tot wanneer werkt deze uitspraak terug? De Centrale Raad oordeelt ‘dat de uitzonderingsbepaling “in gevallen waarin de dienstverlener wordt betaald uit een Pgb” geen geschikt en noodzakelijk middel is om de arbeidsmarkt voor persoonlijke dienstverlening te stimuleren en zwartwerken te voorkomen. Omdat er sprake is van een aanzienlijk hoog percentage vrouwen, is deze bepaling in strijd met artikel 4 van de Derde Richtlijn en moet “in het geval van betrokkene” de uitzonderingsbepaling dus buiten toepassing worden gelaten’.¹³⁵ Het buiten toepassing laten van de uitzonderingsbepaling in de WW voor *alle* Pgb-dienstverleners kan rechtvaardiging vinden in het oordeel van de Centrale Raad door de opmerking: “in alle gevallen waarin de dienstverlener wordt betaald uit een Pgb”. Of dit ook geldt voor andere groepen (publiek gefinancierde) dienstverleners die onder de regeling vallen, zoals bijvoorbeeld de gastouders, daar laat de Centrale Raad zich niet over uit. In tegendeel, de dienstverlener “die wordt betaald uit een Pgb” wordt specifiek genoemd. In de noot bij het arrest van de Centrale Raad van 15 november 2005 concludeert Sillen ‘dat in tegenstelling tot het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Vulhop (HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0718), derden nu ook werking aan een uitspraak van de Centrale Raad kunnen ontlenen’.¹³⁶ De Centrale Raad had zich in het recente arrest van 30 maart 2023 over de derdenwerking van zijn oordeel kunnen uitspreken, maar heeft hier niet voor gekozen. In dit arrest beperkt de Centrale Raad zijn oordeel tot de WW, omdat daar de casus over ging. Over de reikwijdte van de uitspraak, met betrekking tot de overige sociale verzekeringen, heeft de Centrale Raad zich ook niet uitgelaten in het arrest. In het nieuwsbericht op de website van de Centrale Raad staat echter: ‘deze uitspraak heeft grote gevolgen voor de tienduizenden pgb-zorgverleners die nu geen sociaal vangnet hebben. Zij kunnen voortaan aanspraak maken op een WW-uitkering en andere socialezekerheidsregelingen’.¹³⁷ In het nieuwsbericht breidt de Centrale Raad de werking van zijn uitspraak dus uit tot *alle* Pgb-zorgverleners die nu onder de regeling dienstverlening aan huis vallen, en tot *alle* socialezekerheidsregelingen, hoewel dit niet specifiek in de uitspraak vermeld staat. Dat is jammer en ook opmerkelijk, want een nieuwsbericht is geen arrest en zal later niet meer geraadpleegd worden. Toch kan de conclusie wel getrokken worden dat deze uitspraak geldt voor alle sociale verzekeringen, omdat deze niet los van elkaar kunnen worden gezien. Premies worden geïnd en afgedragen voor alle sociale verzekeringen tegelijk. Men is voor alles verzekerd of voor niets. Als laatste blijft de vraag open of er sprake is van terugwerkende kracht en zo ja, tot hoever die terugwerkende kracht moet gaan. In het arrest van de Centrale Raad van Beroep van 15 november 2005 verklaart de Centrale Raad dat rechterlijke uitspraken waarin uitleg wordt gegeven aan een wettelijk voorschrift “rechtswaardig” van aard zijn. De gegeven uitleg van de Centrale Raad “geldt” vanaf de inwerkingtreding van dat voorschrift.¹³⁸ In dit arrest uit 2005 werd de onverbindendheid van artikel 7 Awb voor een bepaalde groep vastgesteld, vanaf de inwerkingtreding van het voorschrift.¹³⁹ De bepaling moest in dit geval dus buiten toepassing worden gelaten vanaf de datum van inwerkingtreding. ‘Besluiten, waartegen geen bezwaar meer kan worden gemaakt, hebben echter formele rechtskracht gekregen, ondanks het feit dat deze besluiten in strijd waren

¹³⁵ CRvB 30 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:481, r.o. 4.10.

¹³⁶ CRvB 15 november 2005, ECLI:NL:CRVB:AU6509, m.nt. Mr. Drs. J.J.J. Sillen, par. 3.

¹³⁷ rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Pgb-dienstverleners-die-minder-dan-vier-dagen-per-week-werken-mogen-niet-uitgesloten-worden-van-WW.aspx, 31 maart 2023.

¹³⁸ CRvB 15 november 2005, ECLI:NL:CRVB:AU6509, m.nt. Mr. Drs. J.J.J. Sillen, par. 2.

¹³⁹ CRvB 15 november 2005, ECLI:NL:CRVB:AU6509, m.nt. Mr. Drs. J.J.J. Sillen, par. 2, tweede alinea.

met artikel 26 IVBPR'.¹⁴⁰ Deze groep kan dus geen aanspraak meer maken op terugwerkende kracht. De Centrale Raad bevestigt in het arrest van 30 maart 2023 het oordeel van de Rechtbank Rotterdam, met verwijzing naar het rapport van de commissie Kalsbeek uit 2014, 'dat de doelstellingen met de uitzonderingsbepaling niet coherent en systematisch worden nagestreefd'.¹⁴¹ De regeling dienstverlening aan huis is ingevoerd in 2007, maar na 2014 zijn de administratieve lasten aanzienlijk verlicht voor de budgethouder, en was zwart werken nagenoeg onmogelijk. Dat betekent dat de regeling dienstverlening aan huis, voor wat betreft de Pgb-gefinancierde dienstverlening, in ieder geval vanaf 2015, in strijd was met artikel 4 van de Richtlijn 79/7/EEG. Volgen we de conclusie van Sillen uit het arrest van de Centrale Raad van 15 november 2005, dan valt te rechtvaardigen dat de gevolgen van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (van 16 december 2021) en van de Centrale Raad van Beroep (van 30 maart 2023) terugwerken tot 2015. Voor besluiten vanaf die datum, waartegen geen rechtsmiddel is ingesteld, geldt dat zij formele rechtskracht hebben gekregen en kan geen nieuwe aanvraag worden ingediend. De datum van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (16 december 2021) zou ook als een juiste aanvangsdatum gezien kunnen worden, omdat op dat moment voor het eerst door de rechter is uitgesproken dat er sprake is van indirecte discriminatie. Omdat echter al in 2014 duidelijk kon zijn dat er sprake was van indirecte discriminatie, door het rapport van de commissie Kalsbeek, pleit dit voor de conclusie dat de uitspraak van de Centrale Raad van 30 maart 2023 terugwerkt tot 2015.

3.6 conclusie eerste knelpunt

Geconcludeerd kan worden dat er sprake is van (indirecte) discriminatie door toepassing van de regeling dienstverlening aan huis voor publiek gefinancierde werkzaamheden. De regeling dienstverlening aan huis is in strijd met artikel 4 van Richtlijn 79/7/EEG. Door de uitspraak van de CRvB van 30 maart 2023, is de regeling dienstverlening aan huis in ieder geval niet meer van toepassing op de PGB zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst, althans voor wat betreft de sociale verzekeringen. De Centrale Raad beperkt zich wel tot de WW in haar arrest, maar in het nieuwsbericht dat door de Raad is uitgebracht wordt dit al breder getrokken. Voor een oordeel over de rechtvaardiging van de uitzonderingsbepalingen is het wel van belang om een onderscheid te blijven maken tussen publiek gefinancierde werkzaamheden, zoals door middel van het Pgb, en particulier gefinancierde werkzaamheden. Publiek gefinancierde werkzaamheden zijn omgeven door voldoende controle mogelijkheden op illegaal werken, en de administratieve lasten worden in de Pgb situatie bijna volledig door de SVB overgenomen. De argumenten bij de totstandkoming van de regeling om de particuliere werkgever te beschermen tegen administratieve lasten zijn daarmee tenietgedaan, in ieder geval wat betreft deze publiek gefinancierde werkzaamheden. Ook van stimulering van de arbeidsmarkt en het tegengaan van zwart werken bij de totstandkoming van de regeling blijft weinig overeind bij publiek gefinancierde werkzaamheden. Uit de analyse van de wetsgeschiedenis blijkt dat de minister tijdens de wijziging in 2007 waarschijnlijk inkomsten uit overige werkzaamheden, oftewel een overeenkomst van opdracht, voor ogen had en geen arbeidsovereenkomst. Bij een arbeidsovereenkomst op minder dan vier dagen per week bij een huishouden aan huis is echter geen sprake van een *keuze* voor de regeling dienstverlening aan huis. Als er een gezagsverhouding is of wordt voldaan aan de maatstaven voor "modern werkgeverschap", en de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst wordt volgens de modelovereenkomst van de SVB gesloten voor maximaal drie dagen per week is de regeling altijd van toepassing. De zorgverlener was

¹⁴⁰ CRvB 15 november 2005, ECLI:NL:CRVB:AU6509, m.nt. Mr. Drs. J.J.J. Sillen, par. 4.

¹⁴¹ CRvB 30 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:481, r.o. 4.4.

dan niet verzekerd voor de sociale verzekeringen, maar zal dat waarschijnlijk nu wel zijn. De terugwerkende kracht van het arrest van de Centrale Raad zal nog moeten worden vastgesteld. Uiteraard kan de budgethouder ervoor kiezen om een overeenkomst van opdracht te sluiten, maar als er achteraf toch sprake blijkt te zijn van “in dienst zijn” kan dit grote gevolgen hebben voor zowel de zorgverlener als voor de budgethouder. De budgethouder wordt verleid om voor de regeling dienstverlening aan huis te kiezen, omdat er geen werkgeverlasten afgedragen hoeven te worden. Dat betekent dat de budgethouder veel meer uren zorg kan inkopen voor zijn budget door van deze regeling gebruik te maken. Door het arrest van de Centrale Raad zullen er in de toekomst werkgeverslasten moeten worden afgedragen en kan de budgethouder minder zorg kunnen inkopen. De overheid zal als gevolg hiervan waarschijnlijk meer budget moeten verstrekken om dezelfde zorg te kunnen garanderen. Op termijn zullen in ieder geval de bepalingen in de sociale verzekeringswetten moeten worden aangepast, maar dat vraagt tijd. Ondertussen ontstaat er een vacuüm, waarvan het inkomensverlies voor de zorgverlener, tussen de huidige loondoorbetalingsverplichting van zes weken bij ziekte, en het recht op ziekgeld na 104 weken, een van de moeilijkst op te lossen problemen is.

4. Het tweede knelpunt: De transitievergoeding na overlijden van de budgethouder

4.1 Inleiding

Aanleiding tot het onderzoeken van dit tweede knelpunt was de aanname dat een zorgverlener met een PGB zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst geen recht heeft op een transitievergoeding als de budgethouder/werkgever komt te overlijden. Dit in tegenstelling tot werknemers van een reguliere onderneming waarvan de werkgever overlijdt, en de onderneming als gevolg hiervan ophoudt te bestaan. De vraag die hier beantwoord moet worden of er sprake is van discriminatie van de PGB zorgverlener. Deze aanname kwam voort uit de (ontbrekende) informatie op de website van de SVB, waarop de te nemen stappen staan door de nabestaanden, na het overlijden van de budgethouder. Op de website is er slechts sprake van de mogelijkheid om een “eenmalige uitkering” aan te vragen voor de zorgverleners. Het plotseling wegvallen van de inkomsten van de zorgverlener is de aanleiding voor deze eenmalige uitkering.¹⁴² Op grond van artikel 7:672 lid 2 BW moet een werkgever de geldende opzegtermijn in acht nemen. Voldoet de werkgever hier niet aan, dan is een vergoeding verschuldigd, die gelijk is aan het loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had moeten duren (artikel 7:672 lid 11 BW). Indien de budgethouder komt te overlijden, eindigt de arbeidsovereenkomst onmiddellijk (van rechtswege) door de ontbindende voorwaarde in de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst. Er wordt dus geen opzegtermijn in acht genomen. In de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst is echter een beding opgenomen waarin staat dat de zorgverlener *eventueel* een eenmalige uitkering *kan* krijgen, indien de overeenkomst van rechtswege eindigt. Hieraan zijn nog wel voorwaarden verbonden, maar die voeren te ver voor dit onderzoek om te bespreken. Deze uitkering kan dus worden gezien als een fictieve opzegtermijn. Het recht op een transitievergoeding wordt niet genoemd, en deze moet niet verward worden met de eenmalige uitkering. Het doel van de transitievergoeding is aanmerkelijk anders dan het doel van de eenmalige uitkering. De transitievergoeding is in 2015 ingevoerd door de Wet werk en zekerheid.¹⁴³ Het doel van de transitievergoeding is zowel een compensatie voor het ontslag, als het vergroten van de kans op een nieuwe baan.¹⁴⁴ Beide regelingen kunnen dus naast elkaar bestaan en er kan een recht bestaan op beide regelingen.

4.2 Wettelijk kader van het recht op de transitievergoeding bij het overlijden van de werkgever

Een werkgever is op grond van artikel 7:673 lid 1, onder a BW (onderdeel b blijft hier buiten beschouwing omdat dit niet relevant is voor dit onderzoek) verplicht om een werknemer een transitievergoeding te betalen als: de arbeidsovereenkomst door de werkgever (1) is opgezegd, (2) op verzoek van de werkgever is ontbonden of (3) na een einde van rechtswege. Ook mogen de uitzonderingen niet van toepassing zijn zoals die worden genoemd in de artikelen 7:673b BW en 7:673c BW. Indien een werkgever overlijdt, en de arbeidsplaatsen als gevolg hiervan vervallen, eindigt de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege (7:675 BW). Op grond van artikel 7:675 BW mogen de arbeidsovereenkomsten voor een bepaalde tijd door de nabestaanden worden opgezegd, *alsof het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was*, met inachtneming van artikel 7:670 BW (opzegverbod tijdens ziekte) en artikel 7:672 BW (opzegtermijn). Voor de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dient echter bij het UWV toestemming te worden

¹⁴² svb.nl/nl/pgb/wijzigingen-doorgeven/de-budgethouder-is-overleden (laatst bezocht 5 maart 2023).

¹⁴³ *Stb.* 2014, 216.

¹⁴⁴ Marijnissen & Weel 2018, p. 72.

gevraagd om op grond van bedrijfseconomische redenen (bedrijfsbeëindiging en vervallen van de arbeidsplaatsen) de arbeidsovereenkomst te mogen beëindigen. De nabestaanden zullen de ex-werknemers een transitievergoeding moeten betalen op grond van artikel 7:673 lid 1, onder a, sub 2 BW. De nabestaanden van een werkgever van een klein bedrijf (minder dan 25 werknemers) kunnen deze transitievergoedingen gecompenseerd krijgen via het UWV op grond van artikel 7:673e, lid 1, onderdeel b, sub 3 BW.¹⁴⁵ De hiervoor beschreven situatie betreft een reguliere werkgever. De vraag die vervolgens beantwoord moet worden of deze regelingen ook gelden voor de nabestaanden van de budgethouder.

4.3 Geen uitzondering op het recht op een transitievergoeding voor een Pgb-zorgverlener

Een werknemer die zorg verleent aan huis op basis van een Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst heeft op grond van artikel 7:673 BW ook recht op een transitievergoeding als de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever wordt opgezegd, ontbonden of als er na een overeenkomst voor bepaalde tijd geen nieuwe overeenkomst wordt aangeboden. Dit blijkt uit een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in 2017 (ECLI:NL:GHARL:2017:2440) waarin de vraag moest worden beantwoord of er een uitzondering is toegestaan op de transitievergoedingsregeling voor de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst. De kantonrechter had eerder de transitievergoeding afgewezen, gelet op de bijzondere aard van de overeenkomst. De kantonrechter was van mening dat er met deze arbeidsovereenkomst geen economisch voordeel werd beoogd, en dat er binnen de geldende regels van het Pgb geen ruimte zou zijn voor het toekennen van een transitievergoeding. Het toekennen van een transitievergoeding zou volgens de kantonrechter daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.¹⁴⁶ Het Hof dacht daar echter anders over. Voor de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst gelden er geen wettelijke uitzonderingen. Ook de uitzonderingssituaties van artikel 7:673c lid 1 BW waren in deze zaak niet van toepassing.¹⁴⁷ Het Hof bevestigde dat een Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst zich op verschillende opzichten onderscheidt van een reguliere arbeidsovereenkomst¹⁴⁸, maar dat de wetgever dit blijkbaar niet heeft aangegrepen om af te wijken van de transitievergoedingsregeling.¹⁴⁹ Het Hof was verder van mening dat het zijn rechtsvormende taak te buiten ging om van de wettelijke regeling af te wijken en kende daarom de transitievergoeding toe.¹⁵⁰ Als gevolg van bovenstaand arrest staat het recht op een transitievergoeding vast bij *ontslag* van de Pgb-zorgverlener door de budgethouder. De vraag die vervolgens in dit onderzoek beantwoord moet worden is of er ook een recht op een transitievergoeding voor de PGB werknemer bestaat, als de budgethouder komt te overlijden. Er is dan namelijk sprake van “ontbinding van rechtswege” volgens de SVB model zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst vanwege het vervullen van de ontbindende voorwaarde. De nabestaanden vragen geen toestemming aan het UWV om de zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst te mogen ontbinden, zoals dat bij een reguliere werkgever wel gebeurt. De vraag rijst of het opnemen van deze ontbindende voorwaarde rechtmatig is.

¹⁴⁵ Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2019, nr. 2019-0000023811, houdende regels met betrekking tot de compensatie van de transitievergoeding bij een einde van de arbeidsovereenkomst na langdurige arbeidsongeschiktheid (Regeling compensatie transitievergoeding), *Stcrt.* 2019, 10547.

¹⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o. 4.3.

¹⁴⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o. 5.8.

¹⁴⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o. 5.9.2.

¹⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o. 5.9.3.

¹⁵⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, r.o. 5.9.3.

4.4 De ontbindende voorwaarde in de SVB model zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst

Als een budgethouder overlijdt, de zorgverlener overlijdt, of de subsidie wordt stopgezet, eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege volgens de ontbindende voorwaarde (artikel 9) die is opgenomen in de SVB-modelarbeidsovereenkomst:

“Deze zorgovereenkomst wordt aangegaan onder een ontbindende voorwaarde, namelijk dat de overeenkomst direct eindigt zonder opzegtermijn als:

- de budgethouder overlijdt;
- de zorgverlener overlijdt;
- het zorgkantoor beslist dat het recht op een budget stopt zonder toedoen van de budgethouder”¹⁵¹

Het vervullen van een ontbindende voorwaarde moet afhankelijk zijn van een *toekomstige onzekere gebeurtenis* volgens artikel 6:21 BW.¹⁵² Het Hof Arnhem-Leeuwarden benadrukte in een arrest in 2017: ‘Het opnemen van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst kan slechts bij uitzondering worden aanvaard en moet van geval tot geval bekeken worden’.¹⁵³ Het doel van deze terughoudende benadering is volgens het hof de bescherming van de werknemer als zwakkere partij. Ook mag de werkgever geen invloed kunnen uitoefenen op de vervulling van de voorwaarde (artikel 6:23 lid 2 BW), aldus het hof. Het hof oordeelde vervolgens dat het beëindigen van de Pgb subsidie een terechte ontbindende voorwaarde is die mag worden opgenomen in de arbeidsovereenkomst.¹⁵⁴ Van belang was in deze casus dat het *zelf* beëindigen van de subsidie niet tot doel had de arbeidsovereenkomst te beëindigen, maar dat het noodzakelijk werd geacht om een andere vorm van zorg te ontvangen. Deze uitspraak heeft veel overeenkomsten met het HTM-arrest (ECLI:NL:HR:2012:BX0348) waarin de Hoge Raad oordeelde dat het wegvallen van de subsidie een geldige reden was voor de ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst.

Het opnemen van een ontbindende voorwaarde waardoor de arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege op het moment dat de ontbindende voorwaarde wordt vervuld, is volgens artikel 7:675 BW toegestaan, gezien de tekst: *“tenzij uit de overeenkomst het tegendeel voortvloeit”*, maar moet dan expliciet worden vermeld in de arbeidsovereenkomst. De Pgb modelzorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst voldoet aan deze voorwaarde. De drie ontbindende voorwaarden in de model zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst voldoen aan de genoemde eisen. Het vervullen van de voorwaarden is afhankelijk van een toekomstige onzekere gebeurtenis, de voorwaarden zijn expliciet opgenomen in de overeenkomst en de budgethouder kan geen invloed uitoefenen op vervulling van de voorwaarden. Hiermee is de rechtmatigheid van de ontbindende voorwaarden in de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst vastgesteld.

4.5 Conclusie tweede knelpunt

Geconcludeerd kan worden dat zorgverleners met een Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst ook recht hebben op een transitievergoeding na het overlijden van de budgethouder en er dus geen sprake is van discriminatie. Door het vervullen van de ontbindende voorwaarde is de Pgb zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst van rechtswege ontbonden. Geen afwijking van het recht op een transitievergoeding is al eerder vastgesteld in paragraaf 4.3. De wet voorziet niet in andere

¹⁵¹ svb.nl/nl/media/40.001NT.pdf, 3 maart 2023.

¹⁵² Van Eck 2017, p. 1.

¹⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871, r.o. 5.5.

¹⁵⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871, r.o. 5.10.

uitzonderingen dan in de wet genoemd. De transitievergoeding wordt echter niet automatisch door de SVB aan de zorgverleners betaald, maar moet worden aangevraagd door de nabestaanden. Budgethouders of de nabestaanden worden hierover onvoldoende geïnformeerd. De SVB moet de budgethouder informeren en ondersteunen bij zijn werkgeverstaken, onder andere op grond van artikel 5:23 lid 8 van de Regeling langdurige zorg (Rlz) en artikel 6a.2 lid 1 onder b van de Regeling Zvw.

5. Eindconclusie en aanbevelingen

5.1 Eindconclusie

De conclusie van het onderzoek naar het eerste knelpunt is dat er inderdaad sprake is van (indirecte) discriminatie van de Pgb-zorgverlener die onder de regeling dienstverlening aan huis valt. Artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW in strijd is met artikel 4 van de Richtlijn 79/7/EEG. De geschiktheid en noodzakelijkheid van het gekozen middel voor het beoogde doel, kan voor deze dienstverlening niet meer aangetoond worden. Uit het onderzoek van de commissie Kalsbeek is gebleken, dat het doel van het invoeren van de regeling dienstverlening aan huis, namelijk het stimuleren van de arbeidsmarkt, niet gelukt is. Ook bestaat de mogelijkheid om zwart te werken niet meer voor wat betreft Pgb-gefinancierd zorg aan huis. Tijdens de invoering van het Belastingplan 2007 is de regeling dienstverlening aan huis uitgebreid. De regeling werd daarmee ook van toepassing verklaard op het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden *voor het verlenen van zorg*. Deze uitbreiding is in zowel in de WW, als in de WIA en de ZW toegepast. Dat betekent dat in ieder geval artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW voortaan buiten toepassing zal moeten worden gelaten voor Pgb-gefinancierde zorg. Dit zal waarschijnlijk ook voor de overige sociale verzekeringen gaan gelden. Of de uitzonderingsbepalingen in het BW zullen moeten worden aangepast is niet vanzelfsprekend. De uitspraak geldt voor alle Pgb-zorgverleners, en aanvragen voor een uitkering op grond van de sociale verzekeringen zullen met terugwerkende kracht tot 2015 in behandeling moeten worden genomen. Het ontbreken van ontslagbescherming heeft in zoverre samenhang met de sociale verzekeringen, dat een beroep op een uitkering van de WW nu mogelijk is na ontslag.

De conclusie van het onderzoek naar het tweede knelpunt, namelijk het recht op een transitievergoeding voor de zorgverlener na het overlijden van de budgethouder, is dat er geen sprake is van discriminatie. De zorgverlener heeft recht op een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 onder a BW, ook als de budgethouder overlijdt. Voor de PGB zorgovereenkomst-arbeidsovereenkomst gelden er geen wettelijke uitzonderingen, anders dan de uitzonderingssituaties van de artikelen 7:673b BW en 7:673c lid 1 BW.

5.2 Aanbevelingen

Het arrest van de Centrale Raad van 30 maart 2023 maakt duidelijk dat de uitzonderingsbepaling van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder c, WW buiten toepassing moet worden gelaten voor de Pgb-zorgverlener. De wet zal hiervoor moeten worden aangepast, maar dat zal enige tijd duren. Om nieuwe rechtszaken te voorkomen, is het aan te bevelen om gelijktijdig ook de uitzonderingsbepalingen in de overige sociale verzekeringswetten aan te passen. Dit past ook bij een betrouwbare overheid, die niet wacht op de volgende rechtszaak, terwijl de uitkomst min of meer te voorspellen is. Om direct toepassing te geven aan de uitspraak van de Centrale Raad, voor wat betreft de WW, zullen alle partijen (het UWV, de SVB, de budgethouder en de zorgverlener) zich moeten inspannen de ontbrekende gegevens aan te leveren en zo tot een juiste uitkering te komen. Tenzij het mogelijk is om deze Pgb-zorgverleners na zes weken “op te vangen” in de Ziektewet, zullen zorgverleners tot maximaal 104 weken doorbetaald moeten worden. Deze oplossing sluit ook het meeste aan bij de doorbetalingsregeling voor alle overige werkgevers. Om de budgethouder niet zonder voldoende budget voor het inkopen van de zorg te laten zitten, zal de budgethouder mogelijk gecompenseerd moeten worden voor de af te dragen werkgeverspremies.

6. Literatuurlijst

Asscher-Vonk & Roozendaal 2021

I.P. Asscher-Vonk & W.L. Roozendaal, 'De inkomensvoorziening bij ziekte in de Ziektewet', *MSR* 2021/4.4, p. 5 en 6.

Boot 2020

G.C. Boot, annotatie bij HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*X/Amsterdam*), *USZ* 2020/300.

Boot 2022

G.C. Boot, 'Hoog tijd voor herziening rechtspositie huishoudelijk personeel', *AR* 2022/50, par. 5.

Bijleveld & Cremers 2010

L.W. Bijleveld & E. Cremers, *Een baan als alle andere?! De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Leiden: Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2010.

Bijleveld 2015 (addendum)

L.W. Bijleveld, *Een baan als alle andere?! Addendum. Vooruitgang in de rechtspositie van huishoudelijk personeel? Een overzicht van de ontwikkelingen 2010-2015*, Leiden: Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2015.

Van Eck 2017

M. van Eck, 'Over de (on)mogelijkheid van de ontbindende voorwaarde onder de Wwz', *TvO* 2017/1, p. 1.

Hermans & Cremers 2022

W. Hermans & Y. Cremers, 'Over Uber, arbeidsverhoudingen en 'modern werkgeversgezag'', *AA* 2022, afl. maart 2022, p. 171.

Kappé & Nauta 2020

M. Kappé & E. Nauta, 'Tijd om de regeling dienstverlening aan huis op te poetsen', *AA* 2020, afl. juni 2020, p. 523.

Lamers 2020

A.H. Lamers, 'Kwalificatie arbeidsovereenkomst – partijbedoeling geen rol', *RSV* 2020/233, p. 1.

Marijnissen & Weel 2018

mr. Joanne Marijnissen en mr. Janine Weel, 'Vertrouwen in gelijkheid in de transitievergoeding', *TvO* 2018, p. 72-80, (volgens aanbevolen citeerwijze).

Van der Neut 2021

N.M.Q. van der Neut, 'Kwalificeren op volle toeren: enkele opmerkingen in het licht van de Uber-uitspraak', *AR* 2021/48, par. 3.

Rapporten:

De markt voor dienstverlening aan huis. Onderzoek naar vraag- en aanbodzijde 2014

De markt voor dienstverlening aan huis. Onderzoek naar vraag- en aanbodzijde. (Rapport Panteia, uitgevoerd in opdracht van de Commissie Dienstverlening aan Huis), bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29544, nr. 507.

Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening? 2014

Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening? (Rapport adviescommissie Dienstverlening aan huis (ook wel 'commissie-Kalsbeek' genoemd)), bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 29544, nr. 507.

Ervaringen van PGB-zorgverleners met de WAB 2021

Ervaringen van pgb-zorgverleners met de WAB (eindrapport, in opdracht van het ministerie van sociale Zaken en Werkgelegenheid), Publicatienummer 20098, Amsterdam: Regioplan 2021, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35074, nr. 77.

Markt voor persoonlijke dienstverlening in internationaal perspectief 2020

Markt voor persoonlijke dienstverlening in internationaal perspectief. Varianten en denkrichtingen. (SER-advies 20/06 van juni 2020), Den Haag: SER 2020.

Pgb-trekkingsrecht en de (niet) lerende overheid 2015

Pgb-trekkingsrecht en de (niet) lerende overheid. Onderzoek van de Nationale ombudsman naar de invoering van het pgb-trekkingsrecht. 25 augustus 2015. Rapportnummer: 2015/123.

Overig:

Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen

S.H. Buijze & T.W.A.M. Raijmann (red.), *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Loonbelasting en Premieheffing*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

7. Jurisprudentielijst

Hof van Justitie

HvJ EU 13 juli 1989, C-171/88, ECLI:EU:C:1989:328 (*Rinner/Kühn*).

HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120 (*CJ/YGSS*).

HvJ EU 24 februari 2022, C-389/20, ECLI:EU:2022:120, *USZ* 2022/152, afl. 8, m.nt. M.J.A.C. Driessen (*CJ/TGSS, Spanje*).

Hoge Raad

HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0718 (*Vulhop*).

HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *RSV* 2020/233, m.nt. A.H. Lamers (*X/Amsterdam*).

HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *USZ* 2020/300, m.nt. G.C. Boot (*X-Amsterdam*).

HR 6 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:698, Conclusie A-G R.H. De Bock 17 juli 2020, *contrair* (*X/Amsterdam*).

HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:443, *RSV* 2023/62, m.nt. A.H. Lamers (*Deliveroo*).

Centrale Raad van Beroep

CRvB 29 april 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:ZB6049.

CRvB 15 november 2005, ECLI:NL:CRVB:AU6509, m.nt. Mr. Drs. J.J.J. Sillen.

CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2426, *RSV* 2022/165.

CRvB 30 maart 2023, ECLI:NL:CRVB:2023:481.

Gerechtshof

Hof Leeuwarden, 20 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ5585.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440.

Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392, (*Deliveroo*).

Rechtbank

Rb. Midden Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:4277.

Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432.

Rb. Amsterdam 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS 2021:5029, (*Uber*).