

ANNOTATIE

Alfahulp in dienst bij thuiszorg; wie volgt?

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 05-11-2013,
ECLI:NL:GHARL:2013:8304 (AR-2013-0893)*

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft een gedurfde uitspraak gedaan over de alfahulp. De alfahulp heeft volgens het hof geen arbeidsovereenkomsten met de zorgbehoevenden, maar met de thuiszorgonderneming, hoewel die een zorgvuldige juridische constructie had opgezet volgens welke zij alleen maar bemiddelaar was. Het resultaat hiervan was dat niet de zorgbehoevenden, maar de thuiszorgonderneming het loon bij ziekte diende door te betalen. De vraag rijst of dit het einde inluidt van het fenomeen alfahulp. Of doemen er al weer nieuwe constructies op?

De uitspraak

Een alfahulp brak in december 2008 haar pols en kon haar werk niet meer verrichten. Zij werkte bij verschillende cliënten via de bemiddeling van Beeuwkes Thuiszorg B.V., in totaal 26,5 uur per week. Beeuwkes zorgde voor de uitbetaling van het loon, maar staakte de loonbetaling toen de alfahulp zich ziek meldde. Namens de alfahulp is primair gesteld dat de thuiszorginstelling haar werkgever is en niet de cliënten bij wie zij werkte. Daarom zou de loondoorbetalingsplicht bij ziekte van artikel 7:629 lid 1 BW gelden, in geval van de alfahulp van 18 december 2008 tot en met 30 januari 2009. Subsidiair is loondoorbetaling van de instelling gevorderd gedurende zes weken op grond van artikel 7:629 lid 2 BW uit hoofde van de kassiersfunctie van Beeuwkes. De Kantonrechter Harderwijk (18 januari 2012, 371117 CV-EXPL 09-1088, ECLI:NL:RBZUT:2012:BV2123) wees de primaire grondslag van de vordering (summierlijk gemotiveerd) af met een verwijzing naar de bedoeling van Beeuwkes. Het was volgens de kantonrechter duidelijk dat die bedoeling niet was om een arbeidsovereenkomst te sluiten. Uit hoofde van de kassiersfunctie van Beeuwkes achtte de kantonrechter de loonvordering niettemin toewijsbaar over zes weken. Partijen zijn hiervan in hoger beroep gegaan.

Het hof citeert uitvoerig uit de documenten waarin de werkwijze van Beeuwkes gestalte krijgt. Onderdeel van die stukken is ten eerste een document 'Europese aanbesteding inzake Hulp

bij huishouding', waaruit blijkt welke eisen de gemeente Harderwijk stelt aan de uitvoerder van de krachtens de Wmo verplicht door de gemeente beschikbaar te stellen huishoudelijke hulp. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de inschrijver garant moet staan voor de selectie van zorgverleners, de kwaliteit en de continuïteit van de dienstverlening door de zorgverlener. Voorts wordt geciteerd uit de raamovereenkomst tussen Beeuwkes en de gemeente, waarin onder andere de prijs per geleverd uur huishoudelijke hulp is vastgelegd. Het hof stelt vast dat de gemeente hulpbehoevenden die kiezen voor zorg in natura, onveranderlijk naar Beeuwkes verwijst, die vervolgens een geschikte zorgverlener zoekt uit een lijst met bij haar ingeschreven alfahulpen. Beeuwkes heeft documenten opgesteld om zowel de zorgbehoevende (aangeduid als: cliënt) als de alfahulp te informeren over de gang van zaken en de juridische status van de relatie tussen alle betrokkenen. Daaruit blijkt de bemiddelende rol en de kassiersfunctie van Beeuwkes. In die documenten wordt vermeld dat de alfahulp geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte en dat de alfahulp niet verplicht is verzekerd voor de werknemersverzekeringen. De zorgbehoevenden worden erop gewezen dat zij fungeren als werkgever van de alfahulp, en dat Beeuwkes alleen een bemiddelende functie heeft. Nadat Beeuwkes een zorgbehoevende en een alfahulp bij elkaar heeft gezocht, wordt een tweetal overeenkomsten gesloten, getiteld 'Arbeidsovereenkomst Alphahulp' tussen de zorgbehoevende en de alfahulp, en een 'Bemiddelingsservice-overeenkomst met betrekking tot de levering van Alpha-hulp' tussen de zorgbehoevende, de alfa-hulp en Beeuwkes. In de arbeidsovereenkomst wordt onder andere vermeld dat de alfahulp en de zorgbehoevende zelf regelen wanneer en hoe vaak de alfahulp komt werken, zij het dat de alfahulp op niet meer dan drie dagen per week werkzaamheden mag verrichten, om te verzekeren dat de alfahulp inderdaad niet verplicht verzekerd is in de werknemersverzekeringen. Vermeld wordt voorts dat alleen loon wordt betaald voor de daadwerkelijk gewerkte uren en dat een opzegtermijn van een week van toepassing is. In de bemiddelingsservice-overeenkomst wordt de bemiddelingsrol van Beeuwkes nog eens benadrukt, met de vermelding dat Beeuwkes dus geen werkgeversrol en -verantwoordelijkheid heeft.

Niettemin concludeert het hof toch dat Beeuwkes wel als werkgever van de alfahulp valt aan te merken. Het hof overweegt, onder verwijzing naar HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (STR/PGGM) en HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109 (Gouden Kooi), dat het zijn taak is te toetsen of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband bezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Het hof oordeelt op grond van de wijze waarop van meet af aan uitvoering is gegeven aan de overeenkomst, dat Beeuwkes en niet de zorgbehoevende moet worden gekwalificeerd als de werkgever, ondanks de door de zorgbehoevende en de cliënt gesloten schriftelijke 'arbeidsovereenkomst'. Het hof wijst daarbij met name op de volgende omstandigheden (r.o. 4.11, *nummering* WR):

- ‘1. dat Beeuwkes de alphahulpen werft in het kader van de uitvoering van (het pakket van) de zorgtaken die Beeuwkes jegens de gemeente op zich heeft genomen;
2. dat de organisatie van Beeuwkes feitelijk en juridisch (raamovereenkomst) is (in)gericht op het uitvoeren van haar verplichtingen jegens de gemeente, door middel van (onder meer) alphahulpen, waartoe zij alphahulpen werft en deze koppelt aan hulpgeïndiceerde cliënten;
3. dat Beeuwkes wel enige instructiebevoegdheid heeft jegens de alphahulpen, bijvoorbeeld ten aanzien van het ondertekenen en laten ondertekenen door de cliënt van de ‘arbeidsovereenkomst’, het inleveren van het urenbriefje, hoe te handelen bij ziekte/verhinderings;
4. dat de verhouding tussen alphahulp en cliënt voor het overgrote deel (tevorens) is vastgelegd in door Beeuwkes opgestelde contracten;
5. dat na de bemiddeling door Beeuwkes sprake blijft van een voortdurende inhoudelijke en administratieve betrokkenheid van Beeuwkes bij de door de alphahulp verrichte werkzaamheden;
6. dat de hoogte van het loon wordt bepaald in de verhouding tussen de alphahulpen en Beeuwkes en de loonbetaling in overwegende mate (feitelijk) door Beeuwkes geschiedt en die betaling slechts een verwijderd en indirect verband heeft met de afdracht van de eigen bijdrage van cliënten aan het CAK.’

In r.o. 4.12 voegt het hof hieraan toe, dat het feit ‘dat de UWV en belastingdienst zich met betrekking tot de zogenoemde modelovereenkomst alphahulpen op het standpunt hebben gesteld dat niet de thuiszorginstelling maar de cliënt werkgever is, aan dit oordeel omtrent de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen niet af doet. Het geheel overziend, moet de verhouding tussen de alphahulp en Beeuwkes worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst waarbij zij, ter uitvoering van een daartoe (na verwijzing door de gemeente) door de cliënt(en) aan Beeuwkes verstrekte opdracht, aan die cliënten ter beschikking wordt gesteld (vgl. 7:690 BW).’

Commentaar

Het Hof Arnhem-Leeuwarden neemt een gedurfde stap, omdat het zo duidelijk voorbijgaat aan de op papier gezette bedoelingen van partijen, en in de maatschappelijke realiteit aanknopingspunten zoekt om te beredeneren dat er tussen andere contractspartijen een arbeidsovereenkomst is gesloten dan de partijen in de ondertekende documenten. In zijn arrest geeft het hof zoals gezegd toepassing aan HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (STR/PGGM) en HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109 (Gouden Kooi). Ook in die uitspraken ging de rechter voorbij aan de door partijen op papier gehanteerde benaming voor hun rechtsverhouding. Ook al kwalificeren partijen de rechtsverhouding op papier anders, de feiten gaan voor de (juridische) fictie.

De stap is met name opmerkelijk omdat Beeuwkes de inrichting van de driehoeksverhouding

had ontleend aan een door het UWV en de Belastingdienst geaccordeerde constructie. Het UWV en de Belastingdienst zullen het oordeel dat er sprake is van een arbeidsrelatie, moeten overnemen als de Hoge Raad het oordeel van het hof deelt. De Hoge Raad trekt immers één lijn in arbeidsrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke en fiscale zaken (zie hierover het al genoemde arrest Gouden Kooi, en HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8926, AR 2012-0431, met commentaar L. van den Berg). Of de zaak voor cassatie wordt aangebracht, moet nog worden afgewacht.

Voor welke arbeidsrelaties heeft deze uitspraak betekenis? Het opvallende kenmerk van de driehoeksverhouding in deze zaak was dat de condities waartegen gecontracteerd kon worden met Beeuwkes maar ook tussen de cliënt en de alfahulp, bijna volledig door Beeuwkes bepaald werden. Dat is mijns inziens een gezichtspunt dat ook in andere arbeidsrelaties een rol kan spelen. Ook in andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij sprake is van een zeer beperkte onderhandelingsruimte tussen de formele contractspartijen omdat een derde (de 'materiële opdrachtgever') feitelijk de zeggenschap heeft over de vormgeving van de relatie, kan langs de redenering van het hof die derde als werkgever ex artikel 7:610 BW worden gekwalificeerd (zie J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), p. 27-31). Zo oordeelden dit jaar rechters in Enschede, Almelo, Den Haag en Amsterdam bij payrollconstructies, waar de inlener feitelijk alle onderhandelingsruimte tussen het payrollbedrijf en de payrollwerknemer bepaalt, de inlener en niet het payrollbedrijf moest worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 BW (zie Ktr. Enschede 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, Ktr. Almelo 13 mei 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178, Rb. Den Haag 26 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7749 en Ktr. Amsterdam 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063).

Volledigheidshalve teken ik aan dat in al deze uitspraken, inclusief de onderhavige uitspraak inzake Beeuwkes, sprake was van een situatie waarin de feitelijke verhoudingen naar het oordeel van de rechter van meet af aan al niet spoorden met de kwalificatie op papier. Dat was anders in bijvoorbeeld ABN AMRO/Malhi, waarin een uitzendwerknemer bepleitte dat na langdurige tewerkstelling bij dezelfde inlener, de relatie met de inlener mocht worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst. Daarin overwoog de Hoge Raad dat de rechtszekerheid zich ertegen verzet dat de relatie tussen partijen zich geruisloos wijzigt van een inleenverhouding naar een arbeidsovereenkomst, terwijl voor geen van de partijen duidelijk zou zijn vanaf wanneer die wijziging zich zou hebben voltrokken (HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100).

De betekenis van de uitspraak is uiteraard vooral groot in het domein van de gesubsidieerde zorg aan huis. De relevante aanknopingspunten zijn immers grotendeels typisch voor alfahulpen, met name punt 1 en 2, en in mindere mate punt 6. De door het hof genoemde gezichtspunten golden in ieder geval tot 1 januari 2010 voor een groot aantal alfahulpen. De casus speelde voor die datum. Vanaf die datum is de Wmo gewijzigd met als doel om zorgbehoevenden niet ongewild de werkgevers- of opdrachtgeversrol op te dringen. De vraag is of deze situatie zich thans nog veel voordoet. In het navolgende verduidelijk ik eerst de wettelijke basis en gehanteerde aanstellingen bij zorgverlening in de thuiszorg. Vervolgens ga

ik in op maatschappelijke ontwikkelingen in de thuiszorg die leidden tot veranderingen in wet- en regelgeving omstreeks 2009. Ten slotte ga ik na voor welke categorie aanstellingen in de thuiszorg de onderhavige uitspraak relevant is.

Zorg aan huis in AWBZ en Wmo

Langdurig zorgbehoevenden kunnen op grond van de AWBZ aanspraak maken op persoonlijke verzorging thuis (art. 2 Besluit zorgaanspraken AWBZ). Op grond van de Wmo kunnen zij ondersteuning krijgen voor eenvoudige huishoudelijke taken (art. 5 Wmo). Sinds 1995 bestaat daarbij de keus tussen het persoonsgebonden budget en zorg in natura. Met het pgb kan de zorgbehoevende die daarvoor kiest, zelf zorg inkopen en daartoe overeenkomsten sluiten met zorgverleners naar keuze. Een pgb-houder kan bijvoorbeeld zijn of haar partner of een familielid aanstellen als zorgverlener, bij zorg in natura kan dat niet.

Zorgverleners in de thuishulp worden vaak aangeduid als ‘alfahulp’. De naam is ontleend aan de eenvoudige persoonlijke zorg die ooit in de AWBZ met een alfa werd aangeduid, ter onderscheiding van de meer complexe medische zorg die met een bèta werd aangeduid. De term wordt, verwarrend genoeg, ook wel gebruikt ter aanduiding van een bepaald soort aanstelling. Dit is verwarrend omdat met ‘alfahulp’ aldus soms wordt bedoeld op het soort werkzaamheden en soms op het soort aanstelling, terwijl dit niet per se samenvalt. De zorgverlener wordt soms ook aangeduid als ‘pgb’er’. Van een pgb’er wordt uiteraard gesproken als de cliënt aan wie de zorg wordt verleend een pgb-houder is. In het navolgende zal ik deze termen alleen gebruiken als aanduiding van de soort zorg (huishoudelijke hulp of hulp aan een pgb-houder) en niet als aanduiding van de soort aanstelling.

De zorgverleners (zowel alfahulpen als pgb’ers) kunnen juridisch gezien op verschillende manieren aangesteld zijn. De betreffende zorg kan worden verricht door zorgverleners die als werknemer in dienst zijn bij een thuiszorgonderneming. De zorgverlener kan ook in dienst zijn bij de zorgbehoevende. Deze aanstelling kan een arbeidsovereenkomst zijn, maar ook een overeenkomst van opdracht (ovo). In het geval van een arbeidsovereenkomst, kan de zorgverlener binnen de uitzonderingscategorie van deeltijd huishoudelijk personeel vallen, als hij of zij op minder dan vier dagen in de week bij dezelfde zorgbehoevende thuis werkzaam is. In dat geval is een ‘verdund’ sociaalrechtelijk regime van toepassing, ook wel aangeduid als de Regeling Dienstverlening aan huis (RDAH), op grond waarvan bijvoorbeeld artikel 6 BBA en de werknemersverzekeringen niet van toepassing zijn (zie hierover het commentaar van L. van den Berg in AR 2013-0736). Als de zorgverlener werkzaam is op overeenkomst van opdracht, is uiteraard nog minder sociaalrechtelijke bescherming van toepassing. Deze verdunde sociaalrechtelijke bescherming is een belangrijke verklaring voor de complexiteit van de aanstellingen van zorgverleners in de thuiszorg. Ik ga hierna vooral in op het RDAH-probleem, om de omvang van deze bijdrage te beperken. Aan het einde kom ik nog even terug op de zzp’er in de thuiszorg.

Ontwikkelingen in de thuiszorg

Een aanstelling op RDAH is doorgaans goedkoper voor de financier van de zorg

(zorgverzekeraars voor de AWBZ en gemeenten voor de Wmo) zoals gezegd vanwege het ontbreken van veel sociaalrechtelijke bescherming. Om van die voordelen gebruik te kunnen maken, moet de zorgverlener bij de particuliere zorgbehoevende 'in dienst' zijn. Voor een groot deel van de zorgbehoevenden is het echter bezwaarlijk om 'echt' als werkgever op te treden, bijvoorbeeld omdat de administratieve afwikkeling van de zorgcontracten en de verantwoordingsplicht aan de financier te ingewikkeld is. De zorgbehoevenden hebben niet voor niets zorg nodig; zij kunnen zichzelf niet redden, en voor velen zijn de klachten niet alleen lichamelijk.

Voor dit probleem zijn in het verleden oplossingen gezocht die erop gericht waren het sociaalrechtelijk verdunde regime te behouden maar de zorgbehoevende te ondersteunen in zijn rol als werkgever. Thuiszorgondernemingen hebben met het oog daarop, veelal met instemming van de financiers van de zorg, Belastingdienst en UWV, een 'bemiddelingsrol' op zich genomen tussen de zorgbehoevende en de zorgverlener, waarbij zij feitelijk alle 'papierwerk' uit handen namen van de zorgbehoevende, terwijl die laatste juridisch gezien wel werkgever/opdrachtgever bleef. De onderhavige casus is een goed voorbeeld van de manier waarop dit werd gedaan. In dit geval ging het om bemiddeling bij 'zorg in natura', maar de bemiddelingsrol kan ook worden geboden bij het persoonsgebonden budget. Daarnaast levert de SVB ondersteuning aan pgb'ers, maar die ondersteuning is veel minder omvattend dan de bemiddeling van de thuiszorgondernemingen, zodat ik die verder buiten beschouwing laat.

Het aanstellen van zorgverleners 'in dienst van' de zorgbehoevenden, zij het voor zorg in natura of op pgb, heeft vanwege de sociaalrechtelijke voordelen een grote vlucht genomen (zie L. Bijleveld en E. Cremers, *Een baan als alle andere? De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Vereniging voor Vrouw en Recht 2010, p. 74). Dit is met name het geval sinds gemeenten uit hoofde van de Wmo sinds 2007 aanbestedingsprocedures moesten volgen om zo goedkoop mogelijke huishoudelijke hulp te contracteren. Thuiszorgondernemingen die erin slaagden veel zorgverleners op RDAH-aanstelling aan te stellen, konden immers goedkoper offereën dan thuiszorgondernemingen die de zorgverleners zelf in dienst hadden.

De constructie waarin de zorgverlener op arbeidsovereenkomst met de zorgverlener werkzaam was bleek echter toch te gaan knellen. Hoe verdund het regime ook, en hoe veelomvattend de ondersteunende rol van SVB en met name thuiszorgondernemingen, toch bleven er nog werkgeversverplichtingen. Er moeten immers ook bij aanstelling volgens de RDAH, opzegtermijnen in acht worden genomen of, als men dat niet wil of kan, ontbindingsprocedures gevoerd; er moet zes weken loon worden doorbetaald bij ziekte; er is een recht op vakantie en doorbetaling van loon tijdens de vakantie; en er is een recht op loon op grond van artikel 7:628 BW bij plotselinge opname in het ziekenhuis van de zorgbehoevende. Sommige zorgbehoevenden stelden de zorgverlener aan op meer dan drie dagen per week, zodat zelfs het volledige sociaalrechtelijke regime van toepassing was. Het probleem bleek dat de financier veelal niet bereid was deze verplichtingen te vergoeden, zodat de zorgbehoevende zelf in de buidel moest tasten, of dat de financier deze uitgaven in mindering bracht op het te besteden budget, waardoor uiteindelijk minder zorg vergoed werd. Rechters losten dit niet zelden op door de werkgeversverplichtingen naar beneden bij te

stellen gelet op de hoedanigheid van de werkgever (zie voor een recent voorbeeld inzake een pgb'er, Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871; met commentaar L. van den Berg, AR 2013-0736; zie uitvoerig R.L. van Eerde, 'De persoonsgebonden budgethouder als gedwongen werkgever', SR 2005, 60). Nog afgezien van de financiële gevolgen bleek bovendien dat lang niet alle zorgbehoevenden zich van hun juridische rol als werkgever/opdrachtgever bewust waren geweest en dit door hen als belastend werd ervaren.

Ontwikkelingen in wet- en regelgeving

Dit leidde tot een wetswijziging in de Wmo die per 1 januari 2010 is ingegaan (*Stb.* 2009, 346; zie hierover J.A. Jansen, 'De cliënt in de zorg als opdrachtgever in het naturamodel', *TvGr* 2010/1, p. 39-41). Krachtens artikel 6 en 6a Wmo mag de zorgbehoevende nu nog steeds kiezen tussen een pgb of zorg in natura, maar alleen als hij kiest voor het pgb, mag hij geconfronteerd worden met een werkgevers/opdrachtgeversrol. Artikel 6 lid 2 laatste volzin Wmo bepaalt met zoveel woorden dat indien een derde de voorziening in natura verricht, het college van burgemeester en wethouders er zorg voor draagt dat op de persoon die de voorziening in natura ontvangt, geen werkgevers- of opdrachtgeversverplichtingen komen te rusten. Het college van burgemeester en wethouders heeft bovendien krachtens artikel 6a Wmo de verplichting om de zorgbehoevenden vooraf in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen in te lichten over de gevolgen van de keuze voor een individuele voorziening in natura, een persoonsgebonden budget, waaronder de vergoeding voor een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 5 lid 1 Wet op de loonbelasting 1964, of de financiële tegemoetkoming. De financiële tegemoetkoming is een instrument dat oorspronkelijk bedoeld is voor vergoeding van woonvoorzieningen (bijv. aanpassing van de woning). De wet laat de ruimte om dit te gebruiken voor vergoeding van huishoudelijke hulp, en sommige gemeenten hebben dit mogelijk gemaakt met zogeheten alfa-cheques of dienstencheques (M. Brink en H. Vissee, 'Arbeidsmarktgevolgen van de wetswijziging Wmo voor alfahulpen', Regioplan februari 2011, p. 17). Over de alfacheque is nog weinig bekend. Ik heb geen voorbeelden gevonden waaruit blijkt welke achterliggende juridische constructie gemeenten daarbij voor ogen hebben. Mogelijk gaat het om een vorm van pgb.

Te verwachten valt dat gelet op de besproken ontwikkelingen, het aantal pgb-houders gaat stijgen ten opzichte van de zorg in natura, omdat de gemeente er baat bij heeft als zorgbehoevenden kiezen voor een pgb (of alfacheque) in plaats van voor zorg in natura, zij het dat het pgb wel fraudegevoeliger is. Uit het onderzoek van Regioplan blijkt dat sommige gemeenten inderdaad het pgb aanmoedigen, en in die gemeenten is het percentage pgb-houders aanzienlijk hoger dan elders (50% versus gemiddeld 20%, zie p. 33).

Ook in de AWBZ werd het als problematisch ervaren dat zorgbehoevenden die kozen voor zorg in natura, toch opgezaald werden met werkgeverschap of opdrachtgeverschap. De minister van VWS stelde zich omstreeks 2009 in navolging van de rechter (o.a. Rb. Den Haag 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH1818) op het standpunt dat zorg in natura op grond van de AWBZ niet door individuele zorgverleners geleverd kon worden, maar alleen door

instellingen. Dat betekende dat de constructie waarbij een thuiszorgonderneming 'slechts' bemiddelde bij het tot stand komen van een zorgovereenkomst tussen een zorgbehoevende en een zorgverlener ter verlening van zorg in natura, niet meer werd aanvaard. De Belastingdienst en het UWV namen deze zienswijze over, en beschouwen de individuele zorgverlener thans in beginsel als werknemer van de thuiszorgonderneming als het gaat om zorg in natura (zie *Kamerstukken II* 2009-10, 30 597, nr. 155).

Reikwijdte onderhavige uitspraak

Wat is nu, gelet op deze wijzigingen in wet en beleid, de reikwijdte van de onderhavige uitspraak in de thuiszorg? Het probleem dat de zorgbehoevende de werkgeversrisico's loopt terwijl de 'bemiddelende' instantie feitelijk de gang van zaken bepaalt, zou zich immers sinds 2010 veel minder voor moeten doen. Als zich dat toch voordoet bij zorg in natura, kan de zorgverlener zich zonder meer op deze uitspraak beroepen om een dienstbetrekking met de thuiszorginstantie te bepleiten. Maar een dergelijke situatie kan volgens het gewijzigde beleid in beginsel alleen nog voorkomen bij pgb'ers en bij zorgverleners die worden ingeschakeld via een alfacheque.

Op welke manier is deze uitspraak relevant voor de pgb'er? Ten eerste kan een pgb'er die formeel in dienst is van een zorgbehoevende met de onderhavige uitspraak in de hand betogen dat in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst tussen de pgb'er en de bemiddelende thuiszorgonderneming tot stand is gekomen. Ook bij pgb'ers kan de thuiszorgonderneming namelijk een bemiddelende rol spelen. Als de thuiszorgonderneming daarbij net zo weinig onderhandelingsruimte laat aan pgb'er en zorgbehoevende als in de onderhavige casus, dan kan de thuiszorgonderneming als werkgever aangemerkt worden.

Ten tweede kan de pgb-houder zich beroepen op de niet-nakoming van een inlichtingenplicht. Zoals vermeld heeft de gemeente in artikel 6a Wmo een inlichtingenplicht gekregen om te voorkomen dat pgb-houders niet weten waar ze aan beginnen. Door de Wmo- pgb-houder die onverwacht wordt geconfronteerd met ongewenste werkgeversverplichtingen, kan nu worden gesteld dat hij onvoldoende was voorgelicht over de gevolgen van zijn keuze voor een pgb. Vervolgens kan hij de gemeente voor de gevolgen aansprakelijk stellen. De onderhavige uitspraak biedt steun aan de gedachte dat aan de inlichtingenplicht niet snel zal zijn voldaan, nu in deze zaak partijen op papier althans zo volledig zijn ingelicht en zelfs hebben ingestemd, en de rechter daar toch aan voorbijgaat.

Ten derde kan de uitspraak wellicht worden benut door zorgverleners die via bemiddeling van een thuiszorgonderneming hulp verlenen aan particulieren die dit uit eigen middelen betalen. Het voor eigen risico inkopen van thuiszorg zal zich in de toekomst mogelijk vaker voor gaan doen, want er zijn plannen om het vergoeden van huishoudelijke hulp in de Wmo met zo'n 40% terug te dringen. Een deel van de zorgbehoevenden klopt dan misschien toch voor eigen rekening bij de thuiszorgondernemingen aan. De onderhavige uitspraak leent zich mijns inziens iets minder goed voor analoge toepassing in een dergelijk geval. Het ontbreken van werkgeversgezag hing in dit geval immers voor een deel samen met het gegeven dat de relatie

met de gemeente de onderhandelingsruimte van thuiszorgonderneming en zorgbehoevende sterk beperkte. Dat ligt uiteraard heel anders als de zorgbehoevende de zorg uit eigen middelen financiert.

De zzp'er in de thuiszorg

Inmiddels zijn er weer nieuwe ontwikkelingen waar te nemen op grond waarvan toch weer wordt gezocht naar meer ruimte voor de aanstelling van zorgverleners zonder sociale bescherming. Zoals gezegd was het beleid van de minister in de AWBZ er vanaf 2009 op gericht om het verlenen van zorg in natura door individuele zorgverleners terug te dringen. Dit leidde tot protesten bij een deel van de thuiszorgverleners, die nu juist liever zonder de tussenkomst van een thuiszorginstantie wilden werken en gesteld waren op hun rol als zelfstandige. Hun belangen worden onder andere behartigd door de stichting Alphetos. De minister heeft het thans bij wijze van landelijke pilot mogelijk gemaakt om AWBZ-zorg in natura toch door een individuele zorgverlener te laten verrichten. De individuele zorgverlener kan zonder tussenkomst van een thuiszorginstelling een overeenkomst van opdracht sluiten met een zorgkantoor (dit is de verzekeraar die aangewezen is om de AWBZ-zorg uit te voeren in een bepaalde regio). De fiscus heeft een raamovereenkomst opgesteld waaruit blijkt welke afspraken door partijen gemaakt moeten worden om niet als arbeidsrelatie te worden aangemerkt ('Raamovereenkomst AWBZ zzp'er – Zorgkantoor'). Volgens de fiscus is er in een dergelijke relatie geen dienstbetrekking met het zorgkantoor maar een overeenkomst van opdracht, en ontstaat er ook tussen de zorgbehoevende en de zorgverlener een overeenkomst van opdracht.

Dit doet weer allerlei vragen rijzen. Kan met deze constructie in alle gevallen het ontstaan van een arbeidsovereenkomst tussen de zorgkantoor en zorgverlener en/of tussen zorgbehoevende en zorgverlener wel worden voorkomen? Welke voordelen heeft het zorgkantoor bij contractering met individuele zorgverleners? Zal er geen druk ontstaan op zorgbehoevenden en individuele zorgverleners om met deze nieuwe constructie in zee te gaan? Worden zorgbehoevenden aldus wel voldoende beschermd tegen de juridische complicaties van het werkgeverschap/opdrachtgeverschap?

Tot slot

Het ziet er naar uit dat het probleem de wereld nog niet uit is. Een belangrijke oorzaak van dit probleem is dat (concurrentie)voordelen kunnen worden behaald door een bepaalde categorie werknemers uit te sluiten van sociale bescherming. Zolang het mogelijk is om deeltijd huishoudelijk personeel uit te sluiten van bescherming mits ze in dienst zijn bij een particulier, blijft het aantrekkelijk om juridische constructies te verzinnen waarbij dat het geval is, en is het wachten op de volgende creatieve oplossing. De rechtvaardiging van deze indirecte discriminatie op grond van geslacht laat veel te wensen over, zoals al door velen is aangetoond (zie o.a. Bijleveld en Cremers 2010). Het wordt tijd dat hier eens een punt achter gezet wordt, niet alleen in het belang van de zorgbehoevenden, maar ook in het belang van de zorgverleners. In dat verband valt alvast te wijzen op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid (p.

61). Daarin belooft de minister om op verzoek van de Stichting van de Arbeid bij ministeriële regeling te bepalen dat voor de zorgsector afwijking van artikel 7:628 BW niet kan worden overeengekomen, om nulurencontracten te voorkomen.