



14 De (deeltijd) huishoudelijk werker en de particuliere zorgverlener

*Mr. E. Cremers-Hartman**

14.1 Inleiding

Werknemers die bij een particuliere werkgever thuis werken en in dienst zijn bij die persoon, nemen een uitzonderingspositie in binnen het sociaal recht. Het gaat hoofdzakelijk om werknemers die huishoudelijk en/of verzorgend werk verrichten. De uitzonderingspositie geldt als deze werknemers wekelijks op minder dan vier dagen bij die particulier werkzaam zijn. Sinds januari 2007 vallen zij onder de *Regeling Dienstverlening aan huis*. Dit is geen regeling op zich, maar een aanduiding voor die bepalingen uit arbeidsrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke en fiscale wetgeving die deze categorie werknemers in een (nadelige) uitzonderingspositie plaatsen. Deze regeling geldt voor werknemers in de gewone particuliere dienstverlening (werksters, kinderoppassers, enz.) en eveneens voor werknemers die werkzaam zijn in de zorgverlening die uit de publieke middelen wordt gefinancierd (alfahulp en pgb-zorgverleners). De werknemers die onder de regeling vallen, werken vaak voor meerdere werkgevers, maar voor de toepasselijkheid van deze regelgeving is dat geen relevant gegeven. Er vindt namelijk geen optelsom van werkgevers plaats bij het bepalen van de rechtspositie van deze werknemers. Het wettelijk regime geldt per arbeidsovereenkomst.

Huishoudelijk personeel heeft binnen het sociaal recht altijd te maken gehad met een uitzonderingspositie. Tot 2007 werd het geheel aan wettelijke bepalingen dat hierin voorzag, aangeduid als de *Huishoudhulpregeling* (par. 14.3.1). Met ingang van januari 2007 is die regeling verruimd waardoor meer huishoudelijk personeel

* Mr. E. Cremers-Hartman is arbeidsrechtjurist en werkzaam als zelfstandig onderzoeker en publicist te Leiden.

onder de uitzonderingspositie kan vallen. Die verruimde regeling wordt aangeduid als de *Regeling Dienstverlening aan huis* (par. 14.3.2).

De bijzondere positie van deze werknemers binnen het sociaal recht wordt op gezette tijden ter discussie gesteld. De vraag naar de rechtvaardigheid om deze specifieke categorie werknemers een deel van de reguliere rechtsbescherming te onthouden, speelt een belangrijke rol. Daarbij is tevens aan de orde dat het hoofdzakelijk vrouwen zijn die het huishoudelijke en verzorgende werk verrichten, wat leidt tot de vraag hoe de uitzonderingspositie zich verhoudt tot het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht en of daarvoor wel een objectieve rechtvaardiging bestaat. Een problematisch gegeven is ook dat de alfhulpen en pgb-zorgverleners (persoonsgebonden budget) die tot deze categorie werknemers worden gerekend, hulp verlenen aan zorgbehoevenden voor wie de overheid een wettelijke zorgplicht heeft. Een andere specifieke groep onder de werknemers die bij particulieren huishoudelijk werk verrichten onder de *Regeling dienstverlening aan huis*, zijn de 'migrant domestic workers'. Dit zijn buitenlandse werknemers die vaak niet over de vereiste verblijfspapieren beschikken maar wel vele jaren in Nederland werkzaam zijn.

In november 2010 is in de Tweede Kamer een principiële discussie over de *Regeling Dienstverlening aan huis* opgelaaid met als directe aanleiding de gelijktijdige aanbieding aan de vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van *Een baan als alle andere?! De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*¹ en een petitie van FNV Bondgenoten met een pleidooi voor verbetering van de rechtspositie van met name de 'migrant domestic workers'.² De totstandkoming van ILO-verdrag 189 inzake *Fatsoenlijk werk voor huishoudelijk personeel* in 2011 waarin de gelijkstelling van huishoudelijk werkers met andere werknemers is geregeld, leidde tot een vervolg van de gevoerde debatten.³ Nederland ondertekende het verdrag wel in 2011, maar wilde het niet ratificeren omdat de *Regeling dienstverlening aan huis* dan zou moeten worden afgeschaft.⁴

1 L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, *Een baan als alle andere?! De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel*, Leiden: Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2010, zie www.vrouwenrecht.nl; L.W. Bijleveld schreef in 2015 een addendum bij deze bijdrage, met de titel *Een baan als alle andere?! Vooruitgang in de rechtspositie van huishoudelijk personeel? Een overzicht van de ontwikkelingen 2010-2015*, zie ook www.vrouwenrecht.nl.

2 *Kamerstukken II* 2010-2011, 29544, nr. 281; zie over de voortzetting van het debat: de nrs. 334, 339, 382 en *Kamerstukken II* 2014-2015, 29544, nr. 585.

3 *Trb.* 2012, 193; *Kamerstukken II* 2010-2011, 29427, nr. 72 en nr. 76; zie over de betekenis van het verdrag voor Nederland onder meer: G.J.J. Heerma van Voss & H.M.T. Holtmaat, 'Hulp gewenst voor de huishoudelijke hulp', *NJB* 2011, p. 1622 en 1623.

4 *Kamerstukken II* 2012-2013, 29544, nr. 425, p. 8.

De discussie over de uitsluiting van de deeltijd huishoudelijk werkers en zorgverleners van de reguliere rechtsbescherming bleef voortduren. In mei 2013 is de Commissie *Dienstverlening aan huis* ingesteld met het verzoek advies uit te brengen over een mogelijke verbetering van de positie van huishoudelijk werkers en over de gevolgen van een eventuele ratificatie van ILO-verdrag 189.⁵ Deze commissie – in de wandelgangen aangeduid als de commissie-Kalsbeek – heeft in maart 2014 advies uitgebracht en de kabinetsreactie hierop volgde in oktober 2014.⁶ De commissie heeft geadviseerd om de publiek gefinancierde dienstverlening (alfahulpen en pgb-zorgverlening) volledig buiten de *Regeling dienstverlening aan huis* te plaatsen, omdat het principiële onjuist zou zijn dat diensten die grotendeels met overheidsgeld worden gefinancierd, door dienstverleners worden uitgevoerd wier rechtspositie slechter is dan die van reguliere werknemers. Voor het private deel van de markt van dienstverlening zag de commissie geen oplossing vanwege de hoge kosten. De positie van deze werknemers kan alleen met aanvullend beleid worden verbeterd, zoals met dienstencheques of subsidies in de vorm van fiscale aftrek.⁷ Het toenmalige kabinet heeft geconcludeerd dat er geen goed alternatief is voor de *Regeling dienstverlening aan huis* en dat ILO-verdrag 189 daarom niet kan worden geratificeerd. Het advies van de commissie-Kalsbeek om de publiek gefinancierde dienstverlening buiten de regeling te plaatsen, is van de hand gegaan.⁸

De *Regeling dienstverlening aan huis* blijft ter discussie staan niet alleen vanwege de vraag naar de rechtvaardigheid van de regeling maar ook omdat Nederland door toezichthoudende organen bij diverse internationale verdragen op de vingers is getikt omdat het bestaan van de regeling met die verdragen in strijd is. ILO-verdrag 189 is een belangrijke impuls gebleken voor de voortzetting van de discussie over het verbeteren van de rechtsbescherming van de huishoudelijk werkers en verzorgers op nationaal en internationaal niveau. Het verdrag is mede aanleiding geweest voor het verrichten van rechtsvergelijkende studies binnen de Europese Unie.⁹ Op nationaal niveau wordt binnen het verband van de Sociaal-Economische Raad (SER) geadviseerd over het formaliseren van de markt voor persoonlijke en huishoudelijke dienstverlening. Het SER-Advies *Een werkende Combinatie* uit 2016

5 *Kamerstukken II* 2013-2014, 29544, nr. 428.

6 *Resp. Kamerstukken II* 2013-2014, 29544, nr. 507, en *Kamerstukken II* 2014-2015, 29427, nr. 100.

7 *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?*, Advies commissie Dienstverlening aan huis, maart 2014, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013-2014, 29544, nr. 507.

8 *Kamerstukken II* 2014-2015, 29427, nr. 100.

9 Zie het onderzoek dat is besproken in het FNV/OSB Visiedocument 2012; zie ook PHS-quality – Job Quality and industrial Relations in the Personal and Household Services Sector – VS/2018/0041; zie over dit onderzoeksproject: <https://aias-hsi.uva.nl/en/projects-a-z/phs-quality>.

geeft hiervan blijk en tevens de in juli 2020 verschenen Verkenning *Markt voor persoonlijke dienstverlening in internationaal perspectief: varianten en denkrichtingen*.¹⁰

Dit hoofdstuk bespreekt de rechtspositie van het huishoudelijk en/of verzorgend personeel dat onder de *Regeling Dienstverlening aan huis* valt. De arbeidsrechtelijke bescherming krijgt daarbij de meeste aandacht. Binnen het arbeidsrecht geldt voor deze werknemers een regime van verminderde rechtsbescherming. Dat neemt niet weg dat een groot deel van de arbeidsrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) en andere arbeidsrechtelijke wetgeving wel onverkort van toepassing is, omdat de relatie tussen werkgever en werknemer doorgaans voldoet aan de kenmerken van artikel 7:610 BW. Soms is er sprake van een bemiddelende organisatie die werkgever en werknemer bij elkaar brengt. In dat geval kan er twijfel bestaan over de vraag bij wie de werknemer nu werkelijk in dienst is en wat daarvan de arbeidsrechtelijke consequenties zijn.

In het navolgende wordt eerst ingegaan op de markt voor dienstverlening aan huis en worden kenmerken van de deeltijders aan huis en hun particuliere werkgever besproken (par. 14.2). Vervolgens wordt de inhoud van de *Regeling dienstverlening aan huis* toegelicht (par. 14.3). Daarna volgt een uitgebreidere bespreking van de relevante arbeidsrechtelijke regelgeving (par. 14.4). Verschillende deelonderwerpen worden daar in vier subparagrafen toegelicht. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de uitsluiting van deze werknemers van het socialezekerheidsrecht (par. 14.5). De verhouding van de uitzonderingspositie tot de internationale verplichtingen die Nederland heeft, is daarna aan de orde (par. 14.6).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met het bespreken van de vraag hoe de toekomst van de werknemers eruit zou kunnen zien (par. 14.7).

14.2 Markt voor dienstverlening aan huis

Om een aantal juridische vragen te kunnen beantwoorden is het van belang de markt voor huishoudelijke en persoonlijke dienstverlening nader toe te lichten en stil te staan bij kenmerken van de werknemers en de werkgevers die hier in het geding zijn. Hierna spreken we doorgaans over de markt voor dienstverlening aan huis. Dit kan gelden als een synoniem voor markt voor huishoudelijke en persoonlijke dienstverlening.

In de inleiding is al geconstateerd dat de groep deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel vooral uit vrouwen bestaat. Dit is een feit van algemene bekendheid en wordt bevestigd door statistische gegevens die regelmatig worden gepubliceerd.¹¹ Het zijn daarom vooral vrouwen die de nadelen van het gebrek aan rechts-

10 Verkenning 20/06 van de SER Ad-hoc commissie Werken en Leven in de Toekomst.

11 Vgl. *Doorrekening varianten Huishoudelijk werk, Eindrapport in opdracht van Paritaire Werkgroep Huishoudelijk Werk FNV en OSB*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2013 (SEOR-2013), p. 21; *Budgettaire en werkgelegenheidseffecten van het RWT advies 'Huishouden op de markt'* (SEOR-2006), p. 23; vgl. ook CGB oordeel 2000-70, punt 3.1.

bescherming van de *Regeling Dienstverlening aan huis* ondervinden. Voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie is dit een relevant gegeven, omdat sprake kan zijn van verboden indirecte discriminatie van vrouwen.

De werkzaamheden die bij de particuliere werkgever aan huis worden verricht met toepassing van de *Regeling Dienstverlening aan huis* betreffen in hoofdzaak huishoudelijk werk, persoonlijke verzorging en verpleging. Tevens kan het oppassen van kinderen hieronder vallen. Ook tuinonderhoud en klussen aan huis kunnen met toepassing van deze regeling worden verricht. Deze werkzaamheden kunnen als 'gewone' particuliere dienstverlening worden verricht. Voor huishoudelijk werk, persoonlijke verzorging en verpleging geldt daarnaast dat die werkzaamheden ook worden verricht met financiering uit de publieke middelen met toepassing van de *Regeling Dienstverlening aan huis*. Het moet dan gaan om geïndiceerde zorgverlening die de overheid verplicht is te leveren aan burgers die deze zorg behoeven vanwege een handicap, ziekte of leeftijd.

Binnen de markt voor dienstverlening aan huis onderscheiden we twee markten:

1. particuliere dienstverlening aan huis (niet-geïndiceerde dienstverlening);
2. publiek gefinancierde dienstverlening aan huis (geïndiceerde dienstverlening).

In paragraaf 14.2.1 worden eerst aspecten belicht die betrekking hebben op de beide markten voor dienstverlening aan huis. Daarna worden de twee deelmarkten afzonderlijk besproken in paragraaf 14.2.2 en paragraaf 14.2.3.

14.2.1 De twee markten voor dienstverlening aan huis

Dienstverlening aan huis kan worden verricht door ofwel (a) een particuliere werknemer die daartoe een arbeidsovereenkomst sluit met de particulier bij wie het werk aan huis wordt gedaan, ofwel (b) door een werknemer die de werkzaamheden uitvoert in opdracht van een bedrijf of instelling. In het laatste geval is de werknemer in dienst bij het bedrijf dat een overeenkomst heeft met de particulier bij wie de werkzaamheden worden verricht. Dit geldt zowel voor de particuliere dienstverlening, als voor de publiek gefinancierde dienstverlening. In veel beperktere mate komt het ook voor dat een zelfstandige zonder personeel (zzp'er) de werkzaamheden verricht.

Bedrijven of instellingen die schoonmaakwerk aan huis laten verrichten door hun werknemers, zijn schoonmaakbedrijven of zorginstellingen. Zorginstellingen kunnen zowel geïndiceerde huishoudelijk hulp leveren aan particulieren als ook geïndiceerde verzorging en verpleging. Deze instellingen leveren deze werkzaamheden als zorg in natura aan de particulier, indien zij dit werk laten verrichten door werknemers die bij hun instelling in dienst zijn.

De markt voor dienstverlening aan huis heeft een ruimer bereik dan de *Regeling Dienstverlening aan huis*, omdat deze laatste regeling immers alleen van toepassing is als de werknemer rechtstreeks in dienst is bij de particulier die hulp of zorg behoeft (zie par. 14.3.2 over de voorwaarden voor de toepasselijkheid van de regeling).

Het is van belang om vast te stellen dat werknemers die hetzelfde soort werk verrichten met een groot verschil in rechtsbescherming te maken kunnen krijgen. Voor de werknemers die bij een bedrijf of instelling in dienst zijn, geldt de reguliere arbeidsrechtelijke bescherming en het socialezekerheidsrecht is ook volledig van toepassing. De werknemers die onder de *Regeling dienstverlening aan huis* vallen moeten veel van die bescherming ontberen.

Op de markt voor dienstverlening aan huis zijn ook bemiddelingsorganisaties actief die particuliere werknemers en particuliere hulp- en zorgvragers met elkaar in contact brengen en die tevens nevendiensten verrichten. Bij de activiteiten van deze bemiddelingsorganisaties dient zich de vraag aan of zij zich daadwerkelijk alleen met bemiddeling bezighouden of dat sprake is van een constructie en zij in werkelijkheid toch een werkgeversrol vervullen. Ook dit komt bij de beide gevallen van dienstverlening aan huis voor. Thuiszorginstellingen hebben lange tijd gefungeerd als bemiddelingsorganisaties, vooral bij het bieden van geïndiceerde huishoudelijke hulp door alfhulpverleners.

Dienstverlening aan huis wordt ook verricht door mantelzorgers. Dit is een bijzondere categorie dienstverleners omdat het gaat om vrijwilligerswerk. Mantelzorgers zijn doorgaans familieleden die een zorgbehoevende persoon op allerlei manieren ondersteunen. In de onderzoeksrapporten over de markt voor dienstverlening aan huis worden zij buiten beschouwing gelaten, omdat zij niet op basis van een contractuele relatie werkzaam zijn. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst en evenmin van een overeenkomst van opdracht. In dit hoofdstuk blijven zij daarom ook verder buiten beschouwing. Hoofdstuk 16 van deze uitgave, dat gaat over de vrijwilliger, is wel van toepassing.

Een pgb-houder kan de mantelzorger vanuit het persoonsgebonden budget overigens wel een vrijwilligersvergoeding betalen mits hiervoor toestemming is gevraagd en verkregen. Het moet dan gaan om een symbolische vergoeding om onkosten te dekken zodat de vergoeding niet als loon kan worden aangemerkt.¹²

Op deze plaats moet wel gesignaleerd worden dat recentelijk gebleken is dat sommige zorgorganisaties contracten sluiten met mantelzorgers onder de benaming 'ondersteuner individuele zorg'. De mantelzorgers die in dit verband 'informele zorgverleners' worden genoemd, krijgen een bedrag uitbetaald dat de vrijwilligersvergoeding ruimschoots te boven gaat. Op grond van het contract met de zorgorganisatie zijn zij verplicht om op bepaalde tijdstippen de toegezegde zorg te verlenen.¹³ Gezien de wederzijdse verplichtingen lijkt een dergelijk contract gekwalificeerd te kunnen worden als een arbeidsovereenkomst tussen de zorgorganisatie en de zorgverlener. Dit verschijnsel blijft hier verder buiten beschouwing. Het is niet duidelijk in welke mate dit voorkomt. Voor de eventuele kwalificatie van een der-

12 www.svb.nl/nl/pgb/hulp-uit-sociaal-netwerk.

13 *De Volkskrant* 8 juli 2020, p. 1, 'Mantelzorgers komen een paar uur in loondienst'; p. 6, 7, 'Nog altijd uit liefde mantelzorger, maar ook betaald'.

gelijke overeenkomst als arbeidsovereenkomst kan worden verwezen naar paragraaf 14.4.

De omvang van de markt voor dienstverlening aan huis wordt in arbeidsmarktrapportages op verschillende manieren weergegeven. Er wordt vaak gekeken naar het aantal huishoudens dat gebruikmaakt van de diensten. Daarnaast worden schattingen gemaakt van het aantal personen dat deze werkzaamheden verricht. Het SEOR heeft in 2013 een overzicht gegeven van de omvang van deze beide groepen op de beide deelmarkten.¹⁴ Het aantal huishoudens dat gebruikmaakt van de deelmarkt *particuliere dienstverlening aan huis*, is geschat op 805.000. Het aantal huishoudens dat gebruikmaakt van de deelmarkt *publiek gefinancierde dienstverlening aan huis*, is op 485.000 gebruikers geschat. SEOR spreekt in dit verband respectievelijk over de *vrije markt* en *geïndiceerde markt*.

Het aantal werknemers dat de werkzaamheden verricht in de *particuliere dienstverlening aan huis* heeft het SEOR geschat op 266.500 personen. In de *publiek gefinancierde dienstverlening aan huis* zou het gaan om 168.000 personen. Het vaststellen van de omvang van de markt van persoonlijke dienstverlening is noodzakelijkerwijs gebaseerd op schattingen. De hier aangehaalde cijfers zijn door het SEOR duidelijk onderbouwd en van deze gegevens wordt daarom in recente rapportages nog steeds gebruikgemaakt. Het is duidelijk dat de markt voor particuliere dienstverlening aan huis veel omvangrijker is dan de markt voor publiek gefinancierde dienstverlening aan huis.

De beide markten worden in de volgende paragrafen afzonderlijk toegelicht met het doel de positie van de werknemers te verduidelijken met name van diegenen die daar onder de *Regeling Dienstverlening aan huis* werken.

14.2.2 Particuliere dienstverlening aan huis

De gewone particuliere dienstverlening waarbij de overheid geen rol speelt, bestaat – zoals gezegd – voor een belangrijk deel uit huishoudelijke arbeid (werkster, huishoudelijke hulp), eveneens uit kinderoppas, en ook verpleging en persoonlijke verzorging worden op deze manier geboden. Toename van het aantal tweeverdieners heeft geleid tot een toename van het aanbod van huishoudelijk werk en daarmee van de vraag naar huishoudelijke hulpen.¹⁵ Werknemers die als huishoudelijke hulp werken, werken vaak voor meer werkgevers.¹⁶ De particuliere werkgevers zijn

14 SEOR-2013; zie tabel op p. 20 en de toelichting in p. 18-24 (SEOR is een onafhankelijk onderzoeksbureau gelieerd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam dat sociaal-economisch onderzoek uitvoert voor nationale, regionale en lokale overheden, de Europese Commissie, sectororganisaties en private partijen op het gebied van arbeid).

15 S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000, p. 550.

16 SER-advies 04/09, *Personenkring werknemersverzekeringen*, p. 73.

– in geval van de gewone particuliere dienstverlening – doorgaans goed opgeleid en genieten een behoorlijk inkomen.¹⁷

De gewone particuliere dienstverlening wordt hoofdzakelijk verricht door werknemers die rechtstreeks een arbeidsovereenkomst sluiten met de particulier bij wie zij werken. SEOR heeft het aantal personen dat via een bedrijf bij een particulier huishoudelijk werk of zorg verricht geschat op 1500. Daar staan 265.000 personen tegenover die een rechtstreekse arbeidsrelatie aangaan.¹⁸ Een bescheiden deel van die laatste groep bestaat uit zzp'ers maar veruit het grootste deel zijn werknemers die onder de *Regeling Dienstverlening* aan huis vallen.

Het contact tussen werkgevers en werknemers komt in hoofdzaak tot stand in het informele circuit. Mede om die reden wordt ook gesproken over een informele markt. Werkgever en werknemer weten elkaar te vinden via een circuit van familie, bekenden, burens of bijvoorbeeld via advertenties in huis-aan-huisbladen. In de particuliere dienstverlening komt het contact in driekwart van de gevallen op deze informele wijze tot stand. Particuliere werkgevers kunnen ook gebruikmaken van bemiddelingsorganisaties. In de particuliere dienstverlening wordt daar niet veel gebruik van gemaakt. Dat is een verschil met de geïndiceerde zorgverlening.¹⁹

De afgelopen jaren is het aantal bemiddelingsorganisaties wel gestegen. Het gaat met name om de toename van platformarbeid waarbij organisaties hun diensten aanbieden via internet.²⁰ Een organisatie als Helpling, die zich op de markt van de huishoudelijke arbeid begeeft, is hiervan een voorbeeld. Over de vraag of een bemiddelingsorganisatie alleen bemiddelt of dat de organisatie in wezen de rol van werkgever vervult, loopt op initiatief van de FNV en een schoonmaakster een proefproces tegen Helpling. Kantonrechter Amsterdam heeft in deze zaak uitspraak gedaan en geoordeeld dat de relatie tussen Helpling en de schoonmaakster geen arbeidsovereenkomst is, maar dat wel sprake is van arbeidsbemiddeling in de zin van artikel 1 lid 1 sub b Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi). Helpling zou om die reden niet het recht hebben om een vergoeding van de schoonmaakster te vragen voor de bemiddeling.²¹ FNV en de betrokken schoonmaakster hebben beroep aangetekend tegen deze uitspraak, omdat zij menen dat wel degelijk sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze procedure loopt nog. Zie over deze zaak paragraaf 14.4.1.

17 SEOR-2006, p. 21-23; vgl. ook *Alfahulp en huishoudelijke hulp*, Rapportage in opdracht van FNV en OSB verricht door Totta, juni 2014; SEOR-2013, p. 20.

18 SEOR-2013, p. 20.

19 Panteia 2014, 'De markt voor dienstverlening aan huis. Onderzoek naar vraag- en aanbodzijde', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013-2014, 29544, nr. 507, p. 33-44.

20 Zie over platformarbeid: E.M. Bevers & S.E. Heeger-Hertter, in: P. de Casparis & J.P. Kroon (red.), *Flexibele Arbeidsrelaties*, Wolters Kluwer (online), Hoofdstuk 10 'Platformarbeid'; L.W. Bijleveld a.w. (noot 1) 2015, p. 48-50.

21 Ktr. Amsterdam 1 juli 2019, *JAR* 2019/171.

In de particuliere dienstverlening zijn veel *migrant domestic workers* werkzaam, personen die vaak zonder de vereiste verblijfs- en tewerkstellingsvergunning werkzaam zijn.²² Het eventuele ontbreken van deze vergunningen betekent niet dat zij niet als werknemer kwalificeren. Zij vallen op dezelfde manier onder de *Regeling dienstverlening aan huis* als andere werknemers omdat zij op basis van een arbeids-overeenkomst werken. Hun werkgevers zien dat nogal eens over het hoofd. Migrant domestic workers zijn al vele jaren georganiseerd bij de FNV en vragen met enige regelmaat aandacht voor hun preciaire positie.²³ Tijdens de coronacrisis die in maart 2020 begon, waren zij de eersten die zonder pardon door hun werkgevers aan de kant werden gezet zonder enige vorm van loondoorbetaling. Die werkgevers handelden daarmee in strijd met hun wettelijke verplichtingen, maar de werknemers zaten zonder inkomen. De FNV heeft dit onder de aandacht gebracht bij minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW).²⁴

In de praktijk blijken veel particuliere werkgevers niet op de hoogte te zijn van de rechten die de deeltijders aan huis hebben. Ook heerst de opvatting dat het reguliere sociaal recht helemaal niet van toepassing is op het niet-geïndiceerde huishoudelijke werk. Uit een onderzoek van Panteia uit 2014 blijkt dat in dit opzicht grote verschillen bestaan tussen de particuliere werkgevers op de markt van de particuliere dienstverlening en de particuliere werkgevers op de deelmarkt van de geïndiceerde dienstverlening. Op de markt van de particuliere dienstverlening zegt twee derde van de werkgevers helemaal niet bekend te zijn met de geldende wet- en regelgeving. Op de markt voor geïndiceerde dienstverlening zegt meer dan de helft van de particuliere werkgevers wel bekend te zijn met wet- en regelgeving. Op deze deelmarkt blijken deze werkgevers het ook veel belangrijker te vinden om de wet- en regelgeving na te leven.

Uit dit onderzoek blijkt ook dat vooral op de particuliere markt aan werknemers rechten waarop ze aanspraak hebben, worden onthouden. Het gaat bijvoorbeeld om recht op doorbetaling bij ziekte gedurende de eerste zes weken, recht op doorbetaalde vakantie, vakantiebijslag en opzegtermijnen bij einde dienstverband. In dit opzicht is er een groot verschil tussen de beide markten. Op de deelmarkt van de niet-geïndiceerde dienstverlening betaalt slechts 9 procent van de werkgevers het

22 Zie over de positie van deze werknemers: S.J. Bottema, *Gewoon schoonmaken. De troebele arbeidsrelaties in betaald huishoudelijk werk* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Proefschriftmaken.nl/Uitgeverij Boxpress 2010; zie ook M. Kraamwinkel & M. Reurs, 'Heeft u een zwarte of een witte werkster? Migrant Domestic Workers – van dubbel illegaal naar arbeidsovereenkomst en verblijfsrecht', *NJB* 2010, p. 615-620; S. Van Walsum, 'The (Non)Regulation of Domestic Work in the Netherlands', *Canadian Journal of Women and the Law* 2010.

23 L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 106-110; L.W. Bijleveld, a.w. (noot 1), p. 42-44.

24 Brief FNV aan minister Koolmees d.d. 24 april 2020, 'Noodsituatie huishoudelijk werkers tijdens Coronacrisis', kenmerk 20-044/TE/JvR/dt.

loon door bij vakantie en bij de geïndiceerde dienstverlening (huishoudelijk hulp met zorgindicatie en zorg aan huis) liggen de percentages aanmerkelijk hoger, namelijk op respectievelijk 23 procent en 34 procent. In geval van ziekte betaalt de particuliere werkgever die het huis schoon laat maken in 10 procent van de gevallen het loon gedurende de eerste zes weken door en bij huishoudelijke hulp met zorgindicatie en zorg aan huis ligt dit percentage op respectievelijk 22 procent en 31 procent.²⁵

Zowel werkgevers als werknemers die betrokken zijn bij de particuliere dienstverlening aan huis zien dit werk vaak als ‘zwart’ werk, min of meer in de zin van een synoniem voor werk waarop het reguliere sociaal recht en fiscaal recht niet van toepassing is.

In het onderzoeksrapport van Panteia komt naar voren dat 61 procent van de werknemers zelf aangeeft geen aangifte van de inkomsten te doen bij de Belastingdienst. Naar eigen zeggen zou dat ook te veel administratieve rompslomp geven. Als voordeel van zwart werken noemen werknemers ook dat daarmee een hoger uurloon kan worden verdiend.²⁶

14.2.3 Publiek gefinancierde dienstverlening aan huis

In de publiek gefinancierde dienstverlening aan huis speelt de plicht van de overheid om burgers bij te staan die huishoudelijke hulp, zorg of verpleging behoeven vanwege een handicap, ziekte of de leeftijd een belangrijke rol. Burgers worden geacht zo lang mogelijk thuis te blijven wonen onder meer om de zorg betaalbaar te kunnen houden. Om dit mogelijk te maken, is het nodig om verschillende soorten dienstverlening aan huis aan te bieden. Het gaat om het schoonmaken van het huis, diverse vormen van zorg zoals hulp bij opstaan/naar bed gaan, hulp bij het douchen en daarnaast om verpleegkundige ondersteuning. Het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) stelt vast welke vorm van ondersteuning burgers nodig hebben. De overheid is verplicht de geïndiceerde hulp, zorg en verpleging aan te bieden ofwel door *zorg in natura* ofwel in de vorm van een *persoonsgebonden budget*.

Met ingang van januari 2007 is het stelsel dat in deze zorgverlening moet voorzien, grondig herzien met de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). Bij die herziening heeft de gemeentelijke overheid een doorslaggevende rol gekregen bij de uitvoering van de Wmo. In januari 2015 is de stelselherziening verder doorgezet. Daarbij is de Wmo 2007 vervangen door de Wmo 2015. Tevens is de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) vervangen door de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet langdurige zorg (Wlz). De rol van de rijksoverheid bij de uitvoering van de zorg is sinds 2007 steeds verder teruggedrongen. Voor wat de Wmo 2015 betreft, bleven de gemeenten met de uitvoering daarvan belast (zoals ook het geval was onder de Wmo 2007). De zorgverzekeraars zijn voorts belast met de uitvoering van de Zvw, terwijl de uitvoering van de Wlz is overgelaten aan de

25 Panteia 2014; zie voor de percentages met name de overzichten op p. 48-55.

26 Panteia 2014, p. 83-93.

zorgverzekeraars, het CAK en de zorgkantoren. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om nader in te gaan op het zorgstelsel en de betekenis van de verschillende wetten.²⁷

Hier wordt bezien wat deze wijzigingen mogelijk hebben betekend voor de rechtspositie van de werknemers die deze diensten aan huis leveren. Hierbij moet worden geconstateerd dat het voor de overheid altijd voordelig is geweest om geïndiceerde hulp, zorg en verpleging te laten verrichten door personen die onder de *Regeling dienstverlening aan huis* vallen, in plaats van door reguliere werknemers die in dienst zijn van een (thuis)zorginstelling. De geringe rechtsbescherming maakt werknemers die onder deze regeling vallen tot goedkopere werknemers. Ook kan worden vastgesteld dat de stelselwijzigingen in de zorg gepaard zijn gegaan met forse bezuinigingen. Dat heeft als gevolg gehad dat veel werknemers zijn ontslagen die eerst in dienst waren bij een thuiszorginstelling en vervolgens min of meer werden gedwongen om als alfahulp te gaan werken.

De werknemers die op de markt voor geïndiceerde hulp- en zorgverlening werken en een rechtstreeks dienstverband hebben met de persoon die de zorg behoeft, zijn de *alfahulpen* en de *pgb-zorgverleners*. Deze werknemers vallen onder de *Regeling dienstverlening aan huis* als ze deze werkzaamheden op minder dan vier dagen verrichten.

Achtergronden alfahulpverlening en pgb-zorgverlening

Sinds 1977 wordt in de thuiszorg gebruikgemaakt van de alfahulpconstructie. De alfahulpverlening is destijds van overheidswege geïntroduceerd in de AWBZ met het doel de hulp aan huis goedkoper te kunnen leveren. Thuiszorginstellingen lieten het huishoudelijk werk en een deel van de persoonlijke verzorging verrichten door de alfahulpen die geacht werden in dienst te zijn van de particulier die deze hulp en zorg behoefde. De thuiszorginstelling zou alleen een bemiddelende rol vervullen tussen de alfahulp en de particulier. Er was dus sprake van een arbeidsrechtelijke driehoeksrelatie. Het complexere huishoudelijk werk en zorg lieten de thuiszorginstellingen verrichten door werknemers die wel in dienst waren bij de instelling.²⁸ De alfahulpen vielen onder de geringe rechtsbescherming van de *Huishoudhulpregeling*, de voorganger van de *Regeling dienstverlening aan huis*, als ze op minder dan drie dagen bij de werkgever werkten.

Er wordt gesproken over alfahulpconstructie, omdat het de vraag is of de zorgbehoevende daadwerkelijk als werkgever kan worden beschouwd, of dat de zorginstelling in wezen de werkgever is van de alfahulp vanwege de grote bemoeienis

27 Zie over deze wetgeving: S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken Sociale Zekerheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

28 Zie uitvoerig over de alfahulpverlening: E. Cremers-Hartman, 'Het inkomen van een zieke alfahulp', *PS Documenta* 2012, nr. 5, p. 334-346; L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman 2010, a.w. (noot 1), Hoofdstuk 5 'Alfahulpen'; L.W. Bijleveld 2015, a.w. (noot 1), Hoofdstuk 2.1 'Alfahulpen'.

met de uitvoering van de werkzaamheden. Zodra de instelling als werkgever wordt aangemerkt, is de verminderde rechtsbescherming niet aan de orde. In 2012 is over deze vraag een proefproces gevoerd ten behoeve van een alfhulp die als gevolg van een gebroken pols zonder inkomen kwam te zitten (zie par. 14.4.1).

In 1995 is met de introductie van het persoonsgebonden budget (pgb) in de AWBZ een nieuwe groep toegevoegd aan de categorie werknemers die geïndiceerde hulp en zorg aan huis bieden en werkzaam zijn met toepassing van de *Huishoudhulpregeling*: de *pgb-zorgverleners*. Sinds 1995 kon de particulier die deze zorg behoefde, kiezen voor een pgb waaruit de pgb-houder zelf een zorgverlener in dienst nam. Ook kon met dit pgb hulp ingekocht worden bij een zorginstelling. Uit cijfers over het jaar 2001 blijkt dat toen al 44 procent van de pgb-houders koos voor een rechtstreekse arbeidsrelatie met een verzorger met toepassing van de *Huishoudhulpregeling*. Deze regeling is de voorganger van de *Regeling Dienstverlening aan huis* (zie par. 14.3.1). De Sociale Verzekeringsbank (SVB) heeft een belangrijke rol gekregen bij de invulling van het werkgeverschap door de budgethouder, omdat gevreesd werd dat de pgb-houder die rol niet goed zou kunnen vervullen. Ook heeft vrees voor misbruik van de publieke middelen daarbij een rol gespeeld. De ondersteuning door de SVB was vele jaren ondergebracht bij het Servicecentrum PGB. De pgb-houder kreeg via dit centrum ondersteuning bij het opstellen van contracten, bij de salarisadministratie en bij de betaling van het salaris.²⁹ Ook pgb-houders die op een andere manier gebruikmaakten van hun pgb, hadden aanspraak op ondersteuning van de SVB. Op deze manier is een uitgebreid systeem opgezet. Dit systeem bestaat nog steeds, maar is niet meer werkzaam onder de naam PGB-Servicecentrum SVB. De ondersteuning is in zekere zin verzakelijkt en verloopt tegenwoordig via de website van de SVB.

Invoering Wmo 2007

Op 1 januari 2007 is zowel de Wmo 2007 als de *Regeling dienstverlening aan huis* ingevoerd. De gelijktijdige invoering van deze regeling met de stelselherziening van de zorg via de Wmo 2007 had als doel de mogelijkheden te verruimen om werknemers onder het regime van verminderde rechtsbescherming te kunnen laten vallen. In de memorie van toelichting wordt expliciet overwogen, dat ook alfhulpen en pgb-zorgverleners onder de *Regeling dienstverlening aan huis* moeten kunnen vallen.³⁰ In de relevante wetgeving is daarom de bepaling opgenomen dat onder ‘het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden’ mede wordt verstaan ‘het verlenen van zorg aan de leden van het huishouden’ (zie par. 14.3.2).

Rond de invoering van de Wmo 2007 zijn op vrij grote schaal werknemers die in dienst waren bij een thuiszorginstelling met ontslag bedreigd en zij werden min of

29 L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 86-96; L.W. Bijleveld 2015, a.w. (noot 1), p. 39-42.

30 *Kamerstukken II 2006-2007*, 30804, nr. 3, p. 47 en 76.

meer gedwongen als alfhulp te gaan werken, waarmee ze dus een slechtere rechtspositie kregen.³¹

De pogingen om werknemers die in dienst waren bij een thuiszorginstelling over te hevelen naar de alfhulpverlening bleef ook na 2007 voortduren en dit was voor menigeen een bron van zorg. Die zorg betrof overigens ook de positie van de particulieren die de hulp en zorg behoefden. Zij wisten vaak niet dat zij opeens een werkgeversrol hadden te vervullen.

In 2010 is de Wmo 2007 gewijzigd met het doel dat thuiszorginstellingen alleen hulp in natura zouden leveren met hun eigen werknemers en niet langer als zogenoemde bemiddelaars zouden optreden van de alfhulpen. Het was tevens de bedoeling dat particulieren met een aanspraak op geïndiceerde zorg alleen van een alfhulp gebruik zouden kunnen maken als zij zich goed bewust waren van hun werkgeversverplichtingen.³² In artikel 6 Wmo is toen bepaald, dat wie aanspraak had op een individuele voorziening de keuze had tussen een voorziening in natura of een hiermee vergelijkbaar en toereikend persoonsgebonden budget, inclusief een vergoeding voor een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 5 lid 1 Wet op de Loonbelasting 1964 (Wet LB 1964).

De wetswijziging had niet het beoogde effect, want diverse instellingen bleven alfhulpen aanbieden als zorg in natura. Als alternatief voor het aanbieden van zorg in natura door thuiszorginstellingen is in een aantal gemeenten ook gewerkt met een systeem van alfacheques. Daarvoor werd vanuit de gemeente een speciale organisatie in het leven geroepen die bemiddelde tussen zorgbehoevende en alfhulp. Daarbij werd een alfacheque als betaalmiddel gebruikt. Op basis van de indicatiestelling door de gemeente voor de noodzakelijke zorguren kreeg de zorgbehoevende de benodigde cheques via de bemiddelingsorganisatie. De alfhulp kreeg een alfacheque per gewerkt uur en kon de cheques verzilveren bij de bemiddelingsorganisatie. Deze organisatie verrichtte een aantal administratieve taken voor de zorgbehoevende en deze werd geacht zelf het feitelijk werkgeverschap te vervullen.³³ Het is goed denkbaar dat hier nog steeds mee wordt gewerkt.

Invoering Wmo 2015

Voorafgaand aan en sinds inwerkingtreding van de Wmo 2015 bleef er veel onrust op de arbeidsmarkt van de zorgverlening.³⁴ Bij de invoering van de Wmo 2015 heeft de rijksoverheid de gemeentelijke overheden wel extra financiële ruimte geboden in de vorm van een huishoudelijkehulptoelage om reguliere arbeidsplaatsen in

31 E. Cremers-Hartman, 'Huishoudelijk personeel mogelijk van uitsluiting bevrijd door Europese Commissie', *NJB* 2008, nr. 5, p. 12-17.

32 *Stb.* 2009, 346 en 362; *Kamerstukken II* 2008-2009, 31795, nr. 36; zie ook: *Kamerstukken II* 2010-2011, 29538, nr. 118; zie ook L.W. Bijleveld 2015, a.w. (noot 1).

33 Vgl. www.18K.nl.

34 *Kamerstukken II* 2014-2015, 29538, nr. 160; *Kamerstukken II* 2014-2015, 23235, nr. 117.

de zorg te kunnen behouden en te voorkomen dat misbruik zou worden gemaakt van de alfahulpconstructie.³⁵

In december 2015 heeft Van Rijn, de toenmalig staatssecretaris van VWS, resultaten van het overleg van de rijksoverheid, de vakbonden en de gemeenten over de Wmo 2015 bekendgemaakt. Afspraak was dat ten behoeve van het arbeidsmarktbeleid in de zorgsector de gemeenten bij de inkoop van zorg inhoud en kwaliteit doorslaggevend zouden laten zijn. Ook zou geen concurrentie op arbeidsvoorwaarden meer plaats mogen vinden.³⁶ Daartoe is een algemene maatregel van bestuur (AMvB) opgesteld met regels voor verantwoord marktgedrag van de gemeenten.³⁷ Ook is vastgelegd dat bij de aanbesteding van de zorg door de gemeenten reguliere banen in loondienst het uitgangspunt moeten zijn. Tevens was de afspraak om met ingang van januari 2017 een verbod op alfahulpen in de algemene voorzieningen te laten gelden. Het verbod op alfahulpen als algemene voorziening moest inhouden dat bij de toewijzing van zorg in natura niet langer gebruik mocht worden gemaakt van de *Regeling Dienstverlening aan huis*. Alleen in het geval van toekenning van een pgb zou de zorgvrager zelf gebruik kunnen maken van een werknemer die onder de *Regeling Dienstverlening aan huis* valt. Dit onder de strikte voorwaarde dat betrokkene bewust en goed geïnformeerd koos voor de rol van werkgever. De ondersteuning van de pgb-houder door de SVB zou daartoe voldoende garantie moeten bieden.³⁸

Het verbod op het aanbieden van alfahulpen is niet verder gekomen dan een voorname van de staatssecretaris van VWS om de Wmo 2015 daartoe te wijzigen. Dit kan worden afgeleid uit het advies van de Raad van State van juni 2018 om een dergelijk wetsvoorstel niet in te dienen. Volgens de Raad van State zou dit verbod niet passend zijn in het licht van de interbestuurlijke verhoudingen, zoals die sinds de decentralisatie van de maatschappelijke ondersteuning in de Wmo 2015 moeten gelden. Bovendien zou volgens de Raad van State het beoogde wetsvoorstel overbodig zijn geworden, vanwege uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB)

35 *Kamerstukken II* 2014-2015, 29538 en 29282, nr. 172; *Kamerstukken II* 2014-2015, 29427, nr. 100.

36 *Kamerstukken II* 2015-2016, 29282, nr. 238; het overleg vond mede plaats naar aanleiding van de Volkspetitie Red de Zorg.

37 Besluit van 10 februari 2017, *Stb.* 2017, 55; inwerkingtreding 1 juni 2017, *Stb.* 2017, 158.

38 *Kamerstukken II* 2015-2016, 29282, nr. 238, p. 7.

waarin nadere uitleg is gegeven van de Wmo 2015.³⁹ Dit advies is in 2018 door het kabinet overgenomen en daarmee was het wettelijke alfaverbod van de baan.⁴⁰ In de rechtspraak waarnaar werd verwezen, heeft de CRvB overwogen dat een gemeente geen voorziening treft als bedoeld in de Wmo 2015 als er alleen een contract bestaat tussen de alfhulp en de zorgvrager. Bij een voorziening in de zin van de Wmo 2015 levert het College van burgemeester en wethouders (B & W) maatschappelijke ondersteuning aan de zorgvrager. Als het college slechts een tegemoetkoming of een vergoeding betaalt voor maatschappelijke ondersteuning, anders dan een persoonsgebonden budget, of verwijst naar de private markt, levert het college geen algemene voorziening in de zin van de Wmo 2015.⁴¹ Volgens de Raad van State was hiermee voldoende duidelijk dat gemeenten algemene voorzieningen op grond van de Wmo 2015 niet in de vorm van bemiddeling kunnen aanbieden. Dat is zeker het geval nu de CRvB huishoudelijk hulp als prestatie onder de Wmo 2015 beschouwt en de gemeente daarmee in het kader van artikel 2.3.5 Wmo 2015 rekening moet houden.

Problemen opgelost?

De naleving van de Wmo 2015 door de gemeenten ter zake van de verlening van huishoudelijk hulp blijft problematisch en onduidelijk. In 2019 heeft de FNV hierover een brandbrief gestuurd aan de leden van de Vaste Kamercommissie van de Tweede Kamer van VWS. In deze brief signaleert de FNV dat sprake is van een ongelijke uitvoering van de Wmo 2015 door de gemeenten. De op prijs gedreven marktwerking blijkt niet van de baan te zijn. De FNV noemt dat 50.000 werknemers in de verpleeghuiszorg en thuiszorg, waaronder huishoudelijke hulpen, hun baan hebben verloren. Daarnaast verloren nog meer werknemers hun vaste baan en kregen zij daar tijdelijke banen tegen slechtere arbeidsvoorwaarden voor terug. In de brief wijst de FNV ook op een onderzoek van Berenschot van februari 2019 waaruit blijkt dat slechts 100 van de 355 gemeenten de gemaakte afspraken nakomen.⁴²

14.3 Toepasselijke wet- en regelgeving

In de onderhavige paragraaf wordt eerst de regelgeving voor de dienstverlening aan huis toegelicht zoals die is ontwikkeld vanaf het ontstaan van het sociaal recht tot

39 Advies RvSt inzake het voorstel van wet, houdende wijziging van de Wmo 2015 in verband met het niet toestaan van voorzieningen die tot doel hebben dat een cliënt een arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 5, eerste en tweede lid, van de wet op de loonbelasting 1964 aangaat; Nader rapport 28 juni 2018, *Stcrt.* 2018, 37695; deze publicatie in de Staatscourant bevat zowel het advies om het wetsvoorstel niet in te dienen als het aanvankelijk beoogde wetsvoorstel met de memorie van toelichting.

40 *Kamerstukken II* 2017-2018, 29538, nr. 264.

41 CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1404.

42 Brief FNV d.d. 17 juni 2019, met kenmerk 2019/FNV/RvN.

het jaar 2007 (par. 14.3.1). Vervolgens wordt de *Regeling dienstverlening aan huis* besproken, waarbij de uitbreiding van de regeling is verwerkt die de Wet werk en zekerheid (Wwz) en de Wet aanpak schijnconstructies (Was) teweeg hebben gebracht.

14.3.1 Wet- en regelgeving tot 2007

Huishoudelijk personeel heeft altijd een bijzondere positie ingenomen binnen het sociaal recht. De *aard van het werk* – huishoudelijk werk bij een particuliere werkgever thuis – was aanvankelijk reden voor volledige uitsluiting van de werknemersverzekeringen. Later is dit gewijzigd door de *omvang van de dienstbetrekking* mee te laten wegen. In 1967 is de uitsluiting van de werknemersverzekeringen beperkt tot personen die ‘op minder dan drie dagen’ huiselijke of persoonlijke diensten verrichten in het huishouden van de natuurlijke persoon.⁴³ De CRvB heeft een ruime uitleg gegeven van het begrip ‘huiselijke of persoonlijke diensten in een huishouden’. Naast huishoudelijk werk zou het ook gaan om het werk van een gouvernante, oppas of degene die persoonlijke verzorging en verpleging verlenen.⁴⁴ In artikel 6 lid 1 sub c ZW/WW/WAO staat dat deze arbeidsverhouding niet wordt beschouwd als dienstbetrekking in de zin van de ZW/WW/WAO en op die manier zijn deze werknemers uitgesloten van de werknemersverzekeringen. Artikel 8 WIA verwijst naar artikel 6 lid sub c ZW en de uitsluiting geldt daarom ook voor de WIA. De fiscale wetgeving sluit hier ook bij aan in artikel 5 lid 1 Wet op de loonbelasting 1964.

Binnen het arbeidsrecht is het huishoudelijk personeel altijd uitgesloten geweest van de preventieve ontslagbescherming van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA). Tot 1989 gold een volledige uitsluiting, omdat de regeling van artikel 2 lid 2 sub d BBA niet van toepassing was op het ‘vrouwelijk’ huishoudelijk personeel. In 1989 is deze bepaling seksneutraal geformuleerd en tevens beperkt tot personen die ‘op minder dan drie dagen’ werkzaam zijn.⁴⁵ Daarmee werd bewust aangesloten bij het criterium van het socialezekerheidsrecht. In arbeidsrechtelijke wetgeving van latere datum hebben deze werknemers in een aantal gevallen ook minder rechten gekregen dan andere werknemers.

Het geheel aan bepalingen in de verschillende wetten inzake de uitzonderingspositie, werd tot 2007 aangeduid als de *Huishoudhulpregeling*. De *Regeling Dienstverlening aan huis* is hiervan de opvolger.

14.3.2 Regeling Dienstverlening aan huis

De *Regeling Dienstverlening aan huis* heeft deel uitgemaakt van Belastingplan 2007 en is in hoofdzaak gepresenteerd als een fiscale maatregel terwijl de regeling voorzag

43 Voor een uitgebreid overzicht en achtergronden: I.P. Asscher-Vonk, ‘Huishoudelijk personeel en de werknemersverzekeringen’, *SMA* 1974, p. 578-587.

44 CRvB 29 april 1996, nr. 95/2907WW, RSV 1996, 247; *Rechtspraak Nemesis* 1996, nr. 634, m.nt. M. Driessen.

45 Zie I.P. Asscher-Vonk, ‘Wijziging van het BBA’, *NJB* 1987, p. 235-236.

in materiële wijzigingen van het sociaal recht dat van toepassing is op het deeltijd huishoudelijk personeel. De regeling trad op 1 januari 2007 in werking.⁴⁶ De inwerkingtreding vond plaats gelijktijdig met de invoering van de Wmo 2007 zodat in de zorgverlening een ruimer gebruik zou kunnen worden gemaakt van de *Regeling dienstverlening aan huis*. Om die reden is de verlening van zorg uitdrukkelijk opgenomen in de definitie van ‘diensten ten behoeve van het huishouden’. Vanwege de arbeidsrechtelijke implicaties heeft de Raad van State geadviseerd deze wijzigingsvoorstellen in een afzonderlijk wetsvoorstel aan te bieden. Dat advies is gepasseerd.⁴⁷

Bij de invoering van de *Regeling Dienstverlening aan huis* is het criterium voor de uitzonderingspositie verruimd tot werkzaam ‘op minder dan vier dagen’. Ook zijn de definities in de verschillende wetten beter op elkaar afgestemd. Tijdens de parlementaire behandeling is het toepassingsbereik van de regeling verduidelijkt. Zo is overwogen dat de regeling toegepast kan worden op een breed scala aan werkzaamheden: huishoudelijk werk, oppaswerk, boodschappendienst, persoonlijke verzorging en verpleging en ook op werkzaamheden van hoveniers, chauffeurs en plegers van klein onderhoud.⁴⁸ Feitelijk treft de uitzonderingspositie in hoofdzaak werkers, hulpen in de huishouding, kinderoppassers, alfahulpen en pgb-zorgverleners.⁴⁹

De uitzonderingspositie binnen het sociaal recht houdt het volgende in:

- uitsluiting van de preventieve ontslagbescherming van het BW (art. 7:671 lid 1 onder d BW); tot juli 2015 was dit bepaald in artikel 2 lid 1 onder d BBA;
- loondoorbetaling bij ziekte slechts gedurende zes weken (art. 7:629 lid 2 BW);
- beperkt recht op informatie over de arbeidsverhouding (art. 7:655 lid 4 BW);
- geen recht op girale betaling van het minimumloon (art. 7a lid 2 WML);
- uitkering bij zwangerschaps- en bevallingsverlof gerelateerd aan het minimumloon en niet aan het (maximum)dagloon (art. 3:17 Wet arbeid en zorg (WAZO) jo. art. 3:18 WAZO);
- geen recht op uitkering bij adoptie- en pleegzorgverlof (via art. 3:17 WAZO);
- uitsluiting van de verplichte werknemersverzekeringen (art. 6 lid 1 onder c ZW/WW/WAO; art. 8 WIA verwijst naar art. 6 ZW);

46 *Stb.* 2006, 682; de *Regeling dienstverlening aan huis* bestaat uit art. IV en XVI-XX van Belastingplan 2007 (*Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 2); de definitie van art. 7:655 lid 4 BW is pas gewijzigd met ingang van 1 augustus 2009 met inwerkingtreding van de Verzamelwet SZW-wetgeving 2009, *Stb.* 2009, 318 en *Stb.* 2009, 319; het aantal dagen is daarmee op vier gebracht en voor het overige bleef de definitie ongewijzigd (art. XXIV onderdeel B van genoemde verzamelwet).

47 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 4, p. 2; zie: L.W. Bijleveld & E.Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 52.

48 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 3, p. 47 en 76.

49 Dat blijkt onder meer uit: K. Zandvliet, O. Tanis & J. de Koning, *Budgettaire en werkgelegenheidseffecten van het RWI advies ‘Huishouden op de markt’*, onderzoek door SEOR in opdracht van de Raad voor Werk en Inkomen, Rotterdam: SEOR 2006.

- uitsluiting van werkingsfeer van de Wet LB 1964, waardoor de werkgever geen belasting en premies op het loon hoeft in te houden (art. 5 lid 1 Wet LB 1964);
- geen vergoeding inkomensafhankelijke bijdrage Zvw door de werkgever, omdat deze werkgever met verwijzing naar artikel 5 lid 1 Wet LB 1964 niet als inhoudingsplichtige in de zin van de Zvw wordt aangemerkt (art. 1 onder I Zvw).

Deze regeling geldt voor werknemers die onder de volgende definitie vallen:

‘De werknemer die 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.’

Deze definitie bevat drie essentiële, cumulatieve elementen die een korte toelichting behoeven:

- a. de werknemer is in dienst van de particuliere werkgever;
- b. de werknemer is werkzaam op minder dan vier dagen per week;
- c. de werknemer verricht diensten ten behoeve van het huishouden.

Ad a

Voorwaarde voor de toepasselijkheid van de regeling is dat de werknemer in dienst is van de particuliere werkgever in wiens huishouden wordt gewerkt. Het soort werk dat hier aan de orde is, kan echter ook via tussenkomst van een thuiszorginstelling of andere bemiddelingsorganisatie worden verricht. Als aangenomen moet worden dat de werknemer niet bij de particulier in dienst is, maar bij die instelling, geldt de *Regeling Dienstverlening aan huis* niet (zie ook par. 14.4.1).

Ad b

Het dagen-criterium is het uitgangspunt van de regeling. Het maakt niet uit hoeveel uren de werknemer op die dagen werkzaam is. Dit betekent dat een werknemer die bijvoorbeeld in drie dagen 24 uur werkt, onder de regeling valt en daarmee de nodige rechtsbescherming wordt onthouden. Een werknemer die minder uren werkt, maar deze over vijf dagen kan verspreiden, valt buiten de regeling en geniet wel volledige rechtsbescherming. Menigeen vindt het hanteren van een dagen-criterium daarom onrechtvaardig. Een punt van kritiek is ook dat in het algemeen de omvang van een dienstverband in uren wordt uitgedrukt en niet valt in te zien waarom in dit geval van die regel wordt afgeweken.⁵⁰

In 2014 heeft de commissie-Kalsbeek kritische kanttekeningen geplaatst bij het dagen-criterium. Naar aanleiding daarvan is een onderzoek ingesteld naar de gevolgen voor de toepassing van de regeling als het dagen-criterium zou worden vervangen door een uren-criterium. Op grond van de resultaten van dit onderzoek is

50 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19810, nr. 4, p. 3; *Kamerstukken II* 1987-1988, 19810, nr. 5, p. 4-6; S. Burri, a.w. (noot 15), p. 541; S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006, p. 243-254.

besloten het dagen-criterium te handhaven. Het uren-criterium zou voor het overgrote deel van de markt voor persoonlijke dienstverlening geen directe of indirect gevolgen hebben.⁵¹ Het onderzoek was gericht op de vraag of particuliere werkgevers met de toepassing van een uren-criterium beter en meer gebruik zouden kunnen maken van de regeling. Het is opmerkelijk dat de mogelijkheden om de rechtsbescherming van de werknemers te verbeteren met behulp van een uren-criterium niet in de vraagstelling is betrokken.

Ad c

Tijdens de parlementaire behandeling is een breed scala van concrete werkzaamheden opgesomd die hieronder kunnen vallen. Met de invoering van de *Regeling dienstverlening aan huis* is ook in de wet- en regelgeving zelf de betekenis van de zinsnede 'het verrichten van diensten ten behoeve van een huishouden' nader toegeelicht. Ter verduidelijking van dit element is in een afzonderlijk lid bepaald:

'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 het huishouden.'

Deze omschrijving is opgenomen in artikel 629 lid 13 BW, artikel 7:671 lid 1 onder d BW (voorheen: art. 2 lid 2 BBA), artikel 6 lid 3 Ziektewet (ZW), artikel 6 lid 2 Werkloosheidswet (WW), artikel 6 lid 3 Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) en in artikel 5 lid 2 Wet LB 1964. De wetgever heeft hiermee vooral duidelijk willen maken dat ook alfaulpen en pgb-zorgverleners onder de uitzonderingspositie vallen.⁵²

14.4 Arbeidsrechtelijke bescherming

Deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel werkzaam in dienst van een particuliere werkgever wordt niet categoriaal uitgesloten van het arbeidsrecht, maar geniet in een aantal gevallen minder rechtsbescherming dan gewone werknemers. In deze paragraaf wordt een aantal toepasselijke arbeidsvoorwaarden besproken, alsmede de rechten bij het einde van de arbeidsovereenkomst en de toepasselijkheid van het discriminatieverbod. Daarbij wordt tevens aangegeven op welke onderdelen huishoudelijk werkers minder rechten genieten. Voor het bepalen van de arbeidsrechtelijke positie van deze werknemers is het voorts van belang om te constateren dat zij niet onder het toepassingsbereik van een cao vallen. In het navolgende wordt in enkele paragrafen ook aandacht besteed aan situaties waarbij een bemiddelingsorganisatie een rol speelt. Achtereenvolgens worden dus behandeld:

51 *Kamerstukken II* 2014-2015, 29544, nr. 652; met bijlage: Onderzoeksrapport *Invoering uren criterium voor de Regeling Dienstverlening aan huis*, Panteia 2015.

52 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 3, p. 47 en 76.

- het vereiste van een arbeidsovereenkomst (par. 14.4.1);
- de toepasselijke arbeidsvoorwaarden (par. 14.4.2);
- het einde van de arbeidsovereenkomst (par. 14.4.3);
- het discriminatieverbod (par. 14.4.4).

14.4.1 Het vereiste van een arbeidsovereenkomst met een particulier

De arbeidsverhouding tussen het huishoudelijk en verzorgend personeel en de particuliere werkgever in wiens huishouden wordt gewerkt, moet voldoen aan de elementen van een reguliere arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW: de werknemer moet verplicht zijn de arbeid persoonlijk te verrichten, in dienst van de werkgever, die zich op zijn beurt moet hebben verplicht in ruil daarvoor loon te betalen. Deze arbeidsovereenkomst is voor de werknemers het entreebiljet voor een groot deel van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.⁵³

Doorgaans zal het geen twijfel leiden dat werkgever en werknemer daadwerkelijk de bedoeling hebben een arbeidsovereenkomst te sluiten en bijvoorbeeld geen overeenkomst van opdracht. In de zorg komt het echter – met name bij verpleegkundigen die bij meer zorgvragers werkzaam zijn – meer en meer voor dat zij zich als zelfstandige zonder personeel (zzp'er) presenteren. In dat geval wordt niet beoogd een arbeidsovereenkomst te sluiten, maar een overeenkomst van opdracht. Een zzp'er valt om die reden niet onder de *Regeling dienstverlening aan huis*.

Over de afbakening van de arbeidsovereenkomst en de overeenkomst van opdracht is de nodige rechtspraak geweest. De Hoge Raad heeft lange tijd het uitgangspunt gehad dat partijen die een overeenkomst sluiten die strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, deze overeenkomst op verschillende manieren kunnen inrichten. Voor de kwalificatie van de overeenkomst zou de bedoeling van partijen bij het aangaan van de arbeidsrelatie bepalend zijn, waarbij mede in aanmerking moest worden genomen de manier waarop de overeenkomst feitelijk wordt uitgevoerd en zij daaraan aldus inhoud hebben gegeven. Ook zou rekening moeten worden gehouden met de maatschappelijke positie van degene die zich verbindt arbeid te verrichten omdat de dwingendrechtelijke bepalingen van het arbeidsrecht vooral zijn geschreven ter bescherming van degenen die in een afhankelijke positie verkeren.⁵⁴

In november 2020 heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat de uitleg van het *Groen-Schroevers*-arrest dat de bedoeling van partijen een rol kan spelen bij de

53 I.P. Asscher-Vonk, 'De arbeidsovereenkomst het universeel entreebiljet?', *SMA* 1996, p. 289-296.

54 HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schroevers*); deze benadering geldt ook als een derde zoals een pensioenfonds dat premiebetaling eist, betoogt dat de overeenkomst tussen partijen als arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd: HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (*PGGM/Stichting Thuiszorg Rotterdam*); voor een overzicht van de relevante jurisprudentie: W.H.A.C.M. Bouwens & D.M.A. Bij de Vaate, m.m.v. R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 8-12.

vraag of de overeenkomst moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, niet juist is. Een overeenkomst kan alleen als een arbeidsovereenkomst worden aangemerkt als de inhoud van de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van artikel 7:610 BW. De Hoge Raad geeft aan dat het noodzakelijk is om twee stappen te zetten. Eerst moet de rechter aan de hand van de *Haviltex*-maatstaf beoordelen wat de overeengekomen rechten en verplichtingen van partijen zijn. Als de inhoud van de overeenkomst aldus is vastgesteld, komt vervolgens de kwalificatievraag aan de orde. Als de inhoud van de overeenkomst voldoet aan de omschrijving van artikel 7:610 BW, moet de overeenkomst worden aangemerkt als arbeidsovereenkomst. Daarbij is niet van belang of partijen ook daadwerkelijk de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen.⁵⁵

Dit arrest brengt geen verandering in de beoordeling van de hierboven genoemde situatie van een verpleegkundige die daadwerkelijk als zzp'er werkt. De relatie tussen de zzp'er en de zorgvrager zal in die situatie op grond van het feitencomplex als een overeenkomst van opdracht worden geduid. Het arrest kan wel betekenis hebben voor situaties die hierna in paragraaf 14.4.1.1 worden besproken. Als een thuiszorginstelling suggereert dat de relatie tussen instelling en zorgverlener geen arbeidsovereenkomst is omdat de instelling niet de bedoeling had een arbeidsovereenkomst te sluiten, kan die stelling geen hout snijden. De rechter zal kijken naar de wijze waarop de overeenkomst feitelijk wordt uitgevoerd en aan de hand daarvan de overeenkomst kwalificeren. Uit de bespreking van paragraaf 14.4.1.1 zal blijken dat lagere rechters al meerdere malen op die manier hebben geoordeeld.

In het vervolg van deze paragraaf is het nodig om twee bijzonderheden nader te bespreken. In de *eerste* plaats moet in geval van dienstverlening aan huis worden vastgesteld of de dienstverlening wordt verricht op basis van een arbeidsovereenkomst met de particulier dan wel via een bemiddelingsorganisatie of thuiszorginstelling (par. 14.4.1.1). In de *tweede* plaats verdient de arbeidsovereenkomst van een pgb-houder en de zorgverlenende werknemer een nadere toelichting. Deze arbeidsovereenkomst wordt in de rechtspraak als zorgovereenkomst gekwalificeerd en aan deze kwalificatie worden rechtsgevolgen verbonden voor de in de procedure ingestelde vorderingen (par. 14.4.1.2).

14.4.1.1 Arbeidsovereenkomst met particulier of met bemiddelingsorganisatie?

Voor de toepasselijkheid van de *Regeling Dienstverlening aan huis* is het van belang dat vaststaat dat de arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen met de particulier. Als er sprake is van een bemiddelingsorganisatie die werkgever en werknemer bij elkaar brengt, is het nodig om na te gaan welke taken die organisatie op zich neemt. De alfahulpverlening, bijvoorbeeld, kwam tot januari 2010 altijd tot stand

55 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746, *JAR* 2020/287, m.nt. S. Saïd; zie ook de uitgebreide conclusie van A-G De Bock met de vele verwijzingen naar de relevante rechtspraak, literatuur en Kamerstukken.

via de bemiddeling van een thuiszorginstelling. De thuiszorginstelling zorgde voor de werving en selectie van de alfahulpen, plaatste de alfahulp bij de zorgvrager, had een kassiersfunctie in de zin dat de loonbetaling via de instelling verliep. Ook kon sprake zijn van het geven van instructies en instructiebijeenkomsten voor de alfahulpen. In zo'n situatie dient de vraag zich aan of niet de zorgvrager maar de thuiszorginstelling feitelijk de werkgever is van de alfahulp. De thuiszorginstelling verricht dan immers vrijwel alle werkgeverstaken. Over een dergelijk feitencomplex is een proefproces gevoerd waarbij in eerste instantie Kantonrechter Harderwijk een uitspraak heeft gedaan en in hoger beroep Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.⁵⁶ De kantonrechter nam aan dat er geen sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de instelling en de alfahulp omdat de instelling bij het aangaan van het contract met de alfahulp niet de bedoeling zou hebben gehad een arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan. De kantonrechter stelde echter geen onderzoek in naar de bedoeling van de alfahulp, terwijl zij op sollicitatiegesprek was gegaan bij de instelling om te praten over een vacature die door deze instelling in de plaatselijke krant bekend was gemaakt.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden haalde een streep door dit vonnis en oordeelde dat de relatie tussen de alfahulp en de thuiszorginstelling wel een arbeidsovereenkomst was. Van belang voor deze vaststelling is dat de thuiszorginstelling zich jegens de gemeente had verbonden tot het leveren van een vorm en kwaliteit van zorg die een werkgeversrol van de instelling doet vermoeden. Het hof zag dit vermoeden bewaarheid in de manier waarop de instelling de overeenkomst had uitgevoerd. Hiertoe werd het overwogen:

- de werving en selectie van de alfahulpen lag bij de instelling;
- de organisatie van het bedrijf van de instelling was feitelijk en juridisch ingericht op het uitvoeren van de verplichtingen jegens de gemeente;
- de verhouding tussen alfahulp en zorgbehoevenden lag grotendeels vast in door de instelling opgestelde contracten; na de bemiddeling bleef de instelling inhoudelijk en administratief betrokken bij het werk van de alfahulp;
- de loonhoogte werd bepaald in de verhouding tussen de alfahulp en de instelling.

Volgens het Hof deed het gegeven dat de zorgbehoevende een feitelijke instructiebevoegdheid had bij de uitvoering van het werk geen afbreuk aan de vaststelling dat tussen de alfahulp en de instelling een arbeidsovereenkomst bestond.

56 Ktr. Harderwijk 16 januari 2012, *JAR* 2012/43, m.nt. Cremers-Hartman; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, *JAR* 2014/12, m.nt. Cremers-Hartman; vgl. ook: W.L. Roozendaal, 'Alfahulp in dienst bij thuiszorg; wie volgt?', *AR-Commentaar* 2013-0893; G.C. Boot, 'De (on)rechtspositie van alfahulpen', *ArbeidsRecht* 2014-4, nr. 21.

De CRvB oordeelde in december 2013 in vergelijkbare zin over de vraag of er sprake is van een dienstbetrekking tussen een alfahulp en een thuiszorginstelling.⁵⁷ Op een eerder moment had Rechtbank Almelo ook op vergelijkbare gronden geconcludeerd dat de verhouding tussen alfahulpen en een thuiszorginstelling als een privaatrechtelijke dienstbetrekking kwalificeerde.⁵⁸ De betrokken alfahulpen vielen daarom niet onder het uitzonderingsregime van de *Regeling Dienstverlening aan huis* maar het reguliere socialezekerheidsrecht was volledig op hen van toepassing (par. 14.5.3).

Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 over de arbeidsverhouding van een thuiszorginstelling en freelancers. De betrokken thuiszorginstelling liet de zorg in natura aan pgb-houders verlenen door zowel werknemers in dienst van de instelling als door freelancers. Het hof zag geen wezenlijk verschil in de positie van de werknemers en de freelancers in hun verhouding tot de instelling en kwalificeerde de arbeidsverhouding van de freelancers als een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Het hof achtte het werkgeversgezag van de thuiszorginstelling aanwezig vanwege:

- de bewoordingen van het contract tussen instelling en freelancers;
- de contractuele verplichtingen van de zorginstelling jegens de pgb-houder en de daarin vastgelegde garanties over de beschikbaarheid van de zorgverleners en de kwaliteit van de te leveren zorg;
- de verplichting voor de freelancers zorg te verlenen overeenkomstig het vastgestelde zorgplan;
- de verantwoordelijkheid van de zorginstelling voor klachtafhandeling.⁵⁹

Hieruit kon worden geconcludeerd dat deze ‘freelancers’ onder de reguliere rechtsbescherming vallen omdat ze werknemers in dienst van de zorginstelling bleken te zijn.

In paragraaf 14.2 is geconstateerd dat er diverse bemiddelingsorganisaties actief zijn op de markt voor persoonlijke dienstverlening. Als die bemiddelingsorganisatie als werkgever moet worden aangemerkt omdat de organisatie feitelijk de werkgeverstaken vervult, is de *Regeling dienstverlening aan huis* niet van toepassing. Voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze regeling is immers dat de particulier in wiens huishouden wordt gewerkt, als werkgever kan worden aangemerkt. Voor de beoordeling van de positie van deze bemiddelingsorganisaties is het hoofdstuk van Zwemmer over ‘De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payrollwerknemer’ ook van belang (zie hoofdstuk 17). De activiteiten van de bemiddelingsorganisatie zijn wellicht te kwalificeren als detachering of payrolling. Als zowel het administratieve als het juridische werkgeverschap feitelijk in handen blijkt te liggen van de bemiddelingsorganisatie, geldt de *Regeling Dienstverlening aan huis* niet. Kantonrechter

57 CRvB 4 december 2013, USZ 2014/34, m.nt. E. Alink.

58 Rb. Almelo 24 augustus 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB3315.

59 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5407.

Utrecht kwalificeerde een payrollovereenkomst in de thuiszorg als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW vanwege de veelheid aan instructies die de thuiszorgmedewerkster op grond van een toepasselijk reglement in acht moest nemen jegens payrollonderneming Art and Care.⁶⁰

Tegen het online platform Helpling loopt op initiatief van de FNV en een schoonmaakster een proefproces met als hoofdvordering een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW tussen eiseres en andere schoonmakers enerzijds en Helpling anderzijds.⁶¹ De subsidiaire vorderingen laten we hier buiten beschouwing. Er zou sprake zijn van een arbeidsovereenkomst omdat er feitelijk geen verschil is tussen Helpling en een schoonmaakbedrijf dat schoonmakers te werk stelt. De gezagsverhouding zou onder meer blijken uit:

- het dwingende format van het platform;
- het door Helpling geven van tips en adviezen aan de schoonmakers, onder meer via instructiefilmpjes over het verrichten van het werk;
- de loonbetaling door Helpling;
- het inhouden van een commissie op het uurtarief van de schoonmakers;
- screening van de schoonmakers door Helpling met als mogelijke sanctie verwijdering van het platform na klachten of een slechte beoordeling.

Volgens Helpling is de verhouding met de schoonmakers niet te duiden als een arbeidsovereenkomst. De schoonmakers zouden een arbeidsovereenkomst hebben met de klant, waarop de *Regeling Dienstverlening aan huis* van toepassing is. Helpling ziet de verschillende zojuist geschetste activiteiten als dienstverlening aan de schoonmakers.

Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen Helpling en de schoonmakers omdat een gezagsverhouding zou ontbreken. De rechter reduceert de activiteiten van Helpling tot de zorg voor faciliteiten om de werkzaamheden goed en eenvoudig af te stemmen en uit te voeren en tot de zorg voor een betrouwbare en goed onderhouden website. Het feitencomplex in deze zaak lijkt echter sterk op de hiervoor besproken zaken waarin de betrokken rechters wel tot de conclusie kwamen dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de bemiddelingsorganisatie en de werknemer. Pronk wijst er in zijn annotatie op dat de constructie van Helpling sterk lijkt op die van een digitaal opererend uitzendbureau en dat de rechter daarom tot een heel andere conclusie had kunnen komen.

De kantonrechter heeft de activiteiten van Helpling aangemerkt als arbeidsbemiddeling in de zin van artikel 1 lid 1 sub b Waadi. Het zou daarom in strijd zijn met artikel 3 lid 1 Waadi om van de schoonmakers een financiële tegenprestatie te vragen.

60 Ktr. Utrecht 20 augustus 2014, *RAR* 2014/163.

61 Ktr. Amsterdam 1 juli 2019, *JAR* 2019/171, m.nt. E.C.A. Pronk.

De FNV en de schoonmaakster hebben hoger beroep aangetekend tegen het vonnis.

14.4.1.2 Arbeidsovereenkomst is zorgovereenkomst

De arbeidsverhouding van een pgb-houder met de zorgverlenende werknemer is een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW als deze verhouding voldoet aan de hierboven genoemde drie vereisten. In de rechtspraak wordt deze arbeidsovereenkomst doorgaans tevens aangeduid als zorgovereenkomst. Daarbij wordt ook overwogen dat de kwalificatie als zorgovereenkomst meeweegt in de beoordeling van de in de betrokken procedure ingestelde vorderingen. Hier worden enkele uitspraken weergegeven waarin de rechter meerdere criteria noemt voor de kwalificatie als zorgovereenkomst.

Kantonrechter Utrecht overwoog dat de verhouding tussen een pgb-houder en werknemer kwalificeert als een arbeidsovereenkomst die niet geheel vergelijkbaar is met een gewone arbeidsovereenkomst omdat de werkgever over het algemeen niet in een sterkere positie verkeert ten opzichte van de werknemer. Ook zou het van belang zijn dat de arbeid plaatsvindt in de privé-omgeving van de werkgever en dat de arbeid de persoonlijke zorg voor de werkgever betreft. Bovendien zou vaak sprake zijn van een niet-zakelijke relatie, zoals een familierelatie of een vriendschapsrelatie. In de voorliggende zaak wijst de rechter erop dat de wetgever met de uitzondering van artikel 7:671 lid 1 sub d BW een lagere drempel voor het beëindigen van de arbeidsverhouding heeft willen opwerpen als de werknemer op minder dan vier dagen bij de werkgever werkzaam is. De arbeidsovereenkomst kan dan rechtsgeldig worden beëindigd zonder schriftelijke instemming van de werknemer. Wel moet een redelijke grond voor het ontslag worden vastgesteld.⁶² Bij de beoordeling van de ‘redelijke grond’ voor ontslag betreft de kantonrechter de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst. Tussen partijen hebben allerlei gebeurtenissen plaatsgevonden waarbij de gemoederen hoog zijn opgelopen, daardoor is het fundament van de zorgovereenkomst vervallen en is geen sprake meer van een vruchtbare bodem om de overeenkomst te laten voortduren. Om die redenen kan van de werkgever in redelijkheid niet langer gevergd worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (art. 7:669 lid 3 sub h BW). Zie ook paragraaf 14.4.3.

Kantonrechter Zaanstad overwoog dat de arbeidsovereenkomst tussen een pgb-houdster en een zorgverleenster een arbeidsovereenkomst met een bijzonder karakter is, die vanwege de afhankelijkheidspositie van de pgb-houdster ten opzichte van de zorgverleenster niet te vergelijken zou zijn met een reguliere arbeidsovereenkomst. Gelet op de aard van deze relatie zou het nog meer dan in een reguliere

62 Ktr. Utrecht 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:4277, *RAR* 2018/164; voor de vaststelling dat de zorgovereenkomst een bijzondere arbeidsovereenkomst is, verwijst de rechter naar: Hof Leeuwarden 20 december 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AZ5585; Hof Arnhem 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6871.

arbeidsverhouding noodzakelijk zijn dat zij een grote mate van vertrouwen in elkaar hebben en een goede verstandhouding kunnen onderhouden. De rechter ontbond de arbeidsovereenkomst vanwege de verstoorde relatie waaraan beide partijen een gelijk aandeel hebben geleverd. De rechter wees de gevorderde transitievergoeding toe omdat aan de vereisten van artikel 7:673 BW was voldaan.⁶³

Hof Leeuwarden heeft in 2017 in hoger beroep geoordeeld over de eindbeschikking van de Kantonrechter Zwolle. In het hoger beroep voerde werkneemster onder andere aan het niet eens te zijn met de beslissing van de kantonrechter haar geen transitievergoeding toe te kennen. Kantonrechter Zwolle had de arbeidsovereenkomst ontbonden wegens een verstoorde arbeidsrelatie. De rechter wees de gevorderde transitievergoeding af met de overweging dat mede gelet op de bijzondere aard van de overeenkomst de toekenning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De bijzondere aard van de overeenkomst zou uit het volgende bestaan:

- de arbeidsovereenkomst is gesloten in het kader van de zorgverlening in verband waarmee een pgb is verstrekt;
- verweerder heeft niet beoogd economisch voordeel te halen met de arbeidsovereenkomst;
- binnen de regels die gelden voor het pgb is geen ruimte voor toekenning van de transitievergoeding, althans dat is niet gesteld of gebleken.

Hof Leeuwarden heeft deze beschikking vernietigd voor wat betreft de afwijzing van de transitievergoeding en daartoe overwogen dat de wetgever in de wettelijke regeling van de transitievergoeding geen reden heeft gezien om vanwege het afwijkende karakter van de zorgovereenkomst een generieke uitzondering op deze regeling te maken. Mocht het zo zijn dat dit een omissie is geweest – zoals verweerder zonder nadere onderbouwing stelt – dan is het aan de wetgever om daar alsnog in te voorzien. Dat gaat de rechtsvormende taak van de rechter te boven. De bijzondere aard van de overeenkomst vormt derhalve op zichzelf geen grond om de transitievergoedingsregeling buiten toepassing te laten.⁶⁴ Tot slot overweegt het hof dat niet is gebleken van persoonlijke omstandigheden van verweerder die maken dat in zijn geval toekenning van een transitievergoeding aan werkneemster naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel onaanvaardbaar zijn. De zwakke financiële positie van de pgb-houder heeft het hof in de oordeelsvorming betrokken.

63 Ktr. Zaanstad 11 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6886.

64 Hof Leeuwarden, 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, *JAR* 2017/109; *RAR* 2017/100; de beschikking van de Kantonrechter Zwolle is opgenomen bij de beschikking van Hof Leeuwarden; zie ook Ktr. Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4314; die beschikking wordt besproken in par. 14.4.3.

Bij de kwalificatie van de zorgovereenkomst heeft het hof – evenals Kantonrechter Zwolle – er de nadruk op gelegd dat in geval van de zorgovereenkomst de werkgever geen (rechts)persoon is die voor eigen risico als ondernemer deelneemt aan het maatschappelijke verkeer en de werknemer in dienst heeft genomen in de verwachting daarvan voor zijn bedrijfsvoering (economisch) voordeel te hebben. De werkgever is een privépersoon die is aangewezen op zorg van een derde. Om aanspraak te kunnen maken op overheids gelden om die zorg te bekostigen (pgb), heeft de werkgever de zorgverlener in dienst moeten nemen.

In de eerste twee zaken geeft de kwalificatie als zorgovereenkomst de doorslag bij de beoordeling van de vraag of er een gerechtvaardigde grond is voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Het gegeven dat sprake is van een ‘werkverhouding met een privé karakter’ is voor de rechter doorslaggevend. De beide rechters gebruiken andere bewoordingen maar in de kern komt het hier wel op neer. In artikel 5 lid 3 AWGB heeft de wetgever een uitzondering op het discriminatieverbod mogelijk gemaakt in het geval van een werkverhouding met een privé karakter bij een privépersoon zonder tussenkomst van een zorginstelling. Zie hierover paragraaf 14.4.5. Het is van belang om te wijzen op de overeenkomst in benadering, alhoewel de rechters niet naar deze wetsbepaling hebben verwezen.

Bij de beoordeling van de vraag of de zorgverlenende werknemer aanspraak heeft op de transitievergoeding speelt het privé karakter van de arbeidsverhouding als zodanig geen rol. Het gegeven dat de zorgovereenkomst afwijkt van een reguliere overeenkomst wordt wel uitdrukkelijk in de overweging betrokken. Omdat binnen de pgb-regelgeving geen ruimte is voor toekenning van de transitievergoeding, wijst Kantonrechter Zwolle de vordering van werkneemster af. Hof Leeuwarden wijst die benadering van de hand. Omdat de wetgever er niet voor heeft gekozen in de wettelijke regeling van de transitievergoeding een uitzondering te maken voor de huishoudelijk werkers, is het volgens het hof niet aan de rechter om werknemers die huishoudelijk werk verrichten bij een particulier het recht op de transitievergoeding te onthouden. Mijns inziens is dit een juist standpunt.

14.4.2 Toepasselijke arbeidsvoorwaarden

In deze paragraaf worden de volgende arbeidsvoorwaarden besproken:

- recht op informatie (par. 14.4.2.1);
- recht op minimumloon (par. 14.4.2.2);
- recht op doorbetaling loon in diverse situaties (par. 14.4.2.3);
- recht op vakantie en vakantiebijslag (par. 14.4.2.4);
- recht op verschillende vormen van verlof (par. 14.4.2.5).

14.4.2.1 Recht op informatie

Artikel 7:655 BW verplicht de werkgever de werknemer schriftelijke informatie te verschaffen over de wezenlijke elementen van de arbeidsovereenkomst en geeft aan welke informatie in ieder geval moet worden verstrekt. Deze informatieplicht is beperkt ten aanzien van de deeltijders aan huis (art. 7:655 lid 4 BW). Hun werk-

gever hoeft deze informatie namelijk alleen te geven als de werknemer hier uitdrukkelijk om vraagt.

14.4.2.2 *Recht op het minimumloon*

De Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML) is van toepassing. Het loon van de werknemers mag dus niet lager zijn dan het in de wet neerlegde bedrag (art. 7 lid 1 WML). Het minimumloon is in de wet uitgedrukt in een geldbedrag bij een normale arbeidsduur. Artikel 12 lid 3 WML bepaalt wat een 'normale arbeidsduur' is en omschrijft dit als de arbeidsduur die in overeenkomstige arbeidsverhoudingen in de regel geacht wordt een volledige dienstbetrekking te vormen. In concreto wordt dit bepaald aan de hand van wat in de bedrijfstak als een voltijsdienstbetrekking geldt. Vanwege het soort werkzaamheden moet voor 'huishoudelijk' personeel naar de schoonmaaksector worden gekeken, waar de normale arbeidsduur 38 uur in de week is op grond van de Schoonmaak-cao. Voor 'verzorgend' personeel zijn de cao's in de zorgsector relevant; daar geldt een normale arbeidsduur van 36 uur in de week.

Als werknemer en werkgever een arbeidsduur zijn overeengekomen die korter is dan de normale arbeidsduur, wordt het verschuldigde minimumloon naar evenredigheid verminderd (art. 12 lid 1 WML).

Om onduidelijkheden en ontduiking van de WML tegen te gaan, is met ingang van 1 juli 2015 met de Wet aanpak schijnconstructies (WAS) een nieuw artikel 7a aan de WML toegevoegd met in lid 1 de verplichting tot girale betaling van het verschuldigde minimumloon. De verplichting tot girale betaling geldt echter niet ten aanzien van de werknemers die onder de *Regeling dienstverlening aan huis* vallen. Artikel 7a lid 2 WML sluit hen uit omdat een dergelijke verplichting een te zware last zou zijn voor werkgevers die op grond van de regeling zijn vrijgesteld van de meeste werkgeversverplichtingen.⁶⁵

Dit is een tamelijk ridicuul argument in een toelichting op een wet die schijnconstructies wil aanpakken en zwart werken wil tegengaan. Bovendien: wat is de zwaarte van een last tot giraal betalen voor de doorgaans hoogopgeleide werkgevers in een tijd waarin girale betalingen een vanzelfsprekendheid zijn? In de parlementaire stukken is hierover niets terug te vinden.

14.4.2.3 *Recht op loondoorbetaling*

De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen (art. 7:628 lid 1 BW).⁶⁶ Alleen in de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan hiervan

65 *Kamerstukken II* 2014-2015, 34108, nr. 3, p. 10.

66 Met ingang van januari 2020 is de formulering van deze bepaling gewijzigd en is art. 7:627 BW vervallen bij Besluit van 18 december 2019, (*Stb.* 2019, 503); de inhoud van de loonrisicoregel is niet gewijzigd.

bij schriftelijke overeenkomst worden afgeweken (art. 7:628 lid 5 BW). Sinds de inwerkingtreding van de Wwz is op grond van lid 7 afwijking voor een langere termijn bij cao alleen in beperkte mate mogelijk. Vanwege het ontbreken van een cao voor de hier besproken werknemers is dit voor hen niet aan de orde.

Artikel 7:628 BW geldt voor de deeltijders aan huis, omdat zij op basis van een arbeidsovereenkomst werken. In de praktijk komt het echter veelvuldig voor dat de werknemers geen loon ontvangen, terwijl het niet-werken duidelijk in de risicosfeer van de werkgever ligt. Het is niet ongebruikelijk dat een werknemer geen loon ontvangt omdat de werkgever om hem of haar moverende plotseling afzegt, of als de werkgever op vakantie gaat terwijl de werknemer dan zelf geen vakantie geniet. In de zorgverlening komt het bijvoorbeeld voor dat een alfhulp of pgb-zorgverlener geen loon krijgt, als de zorgvrager in het ziekenhuis ligt. Ze hebben recht op doorbetaling van het loon, omdat in deze situaties de oorzaak voor het niet kunnen werken niet in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.

Voor het bepalen van de omvang van de loondoorbetalingsplicht van de werkgever kunnen eventueel andere BW-bepalingen ook nog relevant zijn. Als er sprake is van een arbeidsovereenkomst waarbij de omvang van de arbeid niet eenduidig is vastgelegd of de feitelijke omvang van de arbeid zich structureel op een hoger niveau bevindt dan de oorspronkelijk overeengekomen arbeidsduur, kan het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW een rol vervullen. De bedongen arbeid in enige maand wordt dan vermoed een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden.

De oproepregeling van artikel 7:628a BW kan ook van belang zijn.⁶⁷ Deze bepaling biedt de werknemer compensatie in geval van een arbeidssituatie waarbij vooraf geen duidelijkheid bestaat over de tijdstippen waarop de arbeid zal worden verricht en voor hoelang. De werknemer wordt compensatie geboden voor de inkomensonzekerheid en heeft recht op loon over drie uur arbeid bij iedere periode van minder dan drie uur waarin de werknemer arbeid verricht.⁶⁸ Deze regeling is in twee situaties van toepassing:

1. als een arbeidsomvang van minder dan vijftien uur is overeengekomen en de tijdstippen waarop gewerkt zal worden niet zijn vastgelegd;
2. als sprake is van een oproepovereenkomst en de arbeidsomvang dus niet of niet eenduidig is overeengekomen.

Bij ziekte is de loondoorbetalingsverplichting van de particuliere werkgever beperkt tot een periode van slechts zes weken (art. 7:629 lid 2 BW). De werknemers hebben een aanspraak op 70% van het vastgestelde loon, maar ten minste op het geldende minimumloon. Dit is de meest verstrekkende beperking van de arbeidsrechtelijke bescherming van deze werknemers.

67 Zie over deze bepaling de toelichting van Van Slooten met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en de schaarse rechtspraak: J.M. van Slooten 2015, *T&C Arbeidsrecht*, artikel 7:628a BW, aant. 1-4.

68 Zie o.a.: Hof Leeuwarden 19 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2346.

De uitzondering is zonder noemenswaardige motivering ingevoerd met de inwerkingtreding van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (WULBZ). Zonder nadere rechtvaardiging is aangevoerd dat het de bedoeling was om aan te sluiten bij artikel 6 ZW.⁶⁹ Driessen en Olbers hebben destijds stevige kritiek geuit op het gebrek aan motivering over de positie van het huishoudelijk personeel. Huns inziens zou de regeling van artikel 7:629 lid 2 BW ook in strijd zijn met het verbod van indirect onderscheid op grond van geslacht.⁷⁰ Bij de latere uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht van 52 tot 104 weken met ingang van januari 2004, bleef artikel 7:629 lid 2 BW desondanks ongewijzigd.

De werkgever kan met de werknemer schriftelijk overeenkomen dat een of twee wachtdagen gelden in geval van arbeidsongeschiktheid, gedurende welke de werknemer geen aanspraak heeft op loon (art. 7:629 lid 9 BW). Deze regel is onverkort van toepassing in geval van de beperkte loondoorbetalingsplicht van artikel 7:629 lid 2 BW.

14.4.2.4 *Recht op vakantie en vakantiebijslag*

De regeling van vakantie en (politiek) verlof (art. 7:634 BW e.v.) is zonder enige beperking van toepassing. Hier wordt alleen de vakantieregeling nader besproken. Werknemers verwerven gedurende ieder vol jaar aanspraak op vakantie van ten minste viermaal de overeengekomen arbeidsduur per week (art. 7:634 BW). Het wettelijk minimum is zodoende 20 vakantiedagen bij volledige werktijd. Een werknemer die niet voltijds werkt, maar bijvoorbeeld drie hele dagen per week, bouwt bij de werkgever $3 \times 4 = 12$ vakantiedagen op. Van dit wettelijk minimum-aantal vakantiedagen mag niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.

Vakantie houdt in dat de werknemer is vrijgesteld van de verplichting om arbeid te verrichten. Vanwege de recuperatiefunctie van vakantie moet de werknemer de vakantie ook daadwerkelijk kunnen genieten. Afkoop van het wettelijk minimum-aantal vakantiedagen is niet toegestaan. Daarom kan worden aangenomen dat een all-in-uurloon waarvan de opgebouwde vakantieaanspraken deel uitmaken, in beginsel niet geoorloofd is. Bij een all-in-uurloon wordt de aanspraak op vakantiedagen uitgedrukt in een percentage van het loon en als toeslag op dat loon uitbetaald. Vaak wordt ook de vakantiebijslag als toeslag op het uurloon uitbetaald. Over deze manier van betalen van de vakantiedagen heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) zich uitgesproken en dit in beginsel niet geoorloofd geacht. Het recht van werknemers op vakantie met behoud van loon betekent dat het loon moet worden uitbetaald op het moment dat de werknemer daadwerkelijk vakantie opneemt.⁷¹ In de rechtspraak wordt een all-in-uurloon onder voorwaarden

69 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24439, nr. 3, p. 59.

70 M. Driessen, 'Ziek, zwak, zwanger. Over vrouwen en de WULBZ', *NJB* 1996, p. 1629, 1630; M.M. Olbers, 'Geen Wulbz meisje maar een sloddervos', *SR* 1996, p. 87.

71 HvJ EG 16 maart 2006, gevoegde zaken C-131/04 en C-257/04, *JAR* 2006/84 (*Robinson-Steele*).

al langere tijd wel geaccepteerd. Hof Amsterdam achtte het verdisconteren van de vakantierechten in het loon van jeugdige werknemers in een supermarktketen toelaatbaar, omdat de opgebouwde vakantieaanspraken zo gering waren dat sowieso geen sprake was van effectief vakantie genieten. Het hof gaf aan dat het vooruitbetalen van vakantie op gespannen voet staat met het oogmerk van artikel 7:639 BW, omdat een vooruitbetaling het risico draagt dat vakantie niet wordt opgenomen vanwege het feit dat inmiddels de middelen daartoe ontbreken.⁷² Over het algemeen wordt in de lagere rechtspraak een all-in-uurloon toelaatbaar geacht als deze wijze van betaling er niet toe leidt dat het recht op vakantie wordt vervangen door een bedrag in geld, er geen belemmeringen zijn voor het daadwerkelijk genieten van vakantie en in de salarisspecificatie duidelijk is aangegeven welk deel van het uitbetaalde loon ziet op de opgebouwde vakantieaanspraken.⁷³

De werkgever is verplicht de werknemer ieder jaar in de gelegenheid te stellen de vakantie op te nemen waarop deze op grond van artikel 7:634 BW aanspraak heeft (art. 7:638 lid 1 BW). Uitgangspunt van de wettelijke regeling is dat de werknemer bepaalt of, wanneer en hoe lang vakantie wordt opgenomen. De wensen van de werknemer gelden als uitgangspunt en afwijzing van deze wensen is slechts toegestaan op grond van gewichtige redenen (art. 7:638 lid 2 BW). De particuliere werkgever kan de deeltijder aan huis daarom ook niet verplichten om vakantie op te nemen in dezelfde periode dat de werkgever ook zelf op vakantie gaat. Dat kan alleen als het opnemen van vakantie door de werknemer in een andere periode de gang van zaken ten huize van de werkgever zo ernstig verstoort dat het belang van de werknemer daarvoor in redelijkheid moet wijken.

Op grond van artikel 15 WML heeft de werknemer aanspraak op vakantiebijslag ten minste tot een bedrag van 8% van het overeengekomen loon. Deze aanspraak is in lid 2 van deze bepaling gelimiteerd, in die zin dat het deel van het loon dat het drievoud van het minimumloon overschrijdt, buiten beschouwing blijft. Die limitering speelt bij deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel geen rol, omdat deze werknemers die grens niet zullen bereiken. Als hoofdregel geldt dat de minimumvakantiebijslag in de maand juni wordt uitbetaald (art. 17 WML).

14.4.2.5 *Recht op verschillende vormen van verlof*

De verlofregelingen van de WAZO gelden ook voor het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel. Zij vallen onder de werknemersdefinitie van artikel 1:1 WAZO. De meeste verlofregelingen gelden zonder beperkingen. Dat is het geval voor het calamiteiten- en ander kort verzuimverlof (art. 4:1 e.v. WAZO), het kort-

72 Hof Amsterdam (vzr.) 27 oktober 2009, *RAR* 2010/63, *JAR* 2009/284.

73 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A. Bij de Vaate, a.w., (noot 54), p. 169; onder meer: Ktr. Heerenveen 9 februari 2011, *JAR* 2011/158, m.nt. Zwemmer; Ktr. Zaandam 21 november 2013, *JAR* 2014/29 m.nt. Funke; Rb. Amsterdam 10 januari 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:67*; Ktr. Groningen 25 april 2017, *ECLI:NL:RBNNE:2017:1098*, *JAR* 2017/162; Ktr. Rotterdam 11 oktober 2018, *RAR* 2019/24; Ktr. Maastricht 22 mei 2019, *RAR* 2019/165.

durend zorgverlof (art. 5:1 e.v. WAZO), het langdurend zorgverlof (art. 5:9 e.v. WAZO) en ouderschapsverlof (art. 6:1 e.v. WAZO).

Voor het recht op zwangerschaps- en bevallingsverlof en adoptie- en pleegzorgverlof geldt ook het werknemersbegrip van artikel 1:1 WAZO als uitgangspunt (art. 3:1 e.v. WAZO). Deeltijders aan huis hebben daarom recht op deze verloven. Voor het recht op uitkering geldt echter een afwijkende regeling. In afdeling 2 van hoofdstuk 3 WAZO is het recht op uitkering bij verlof wegens zwangerschap en bevalling, adoptie en pleegzorg geregeld. Die afdeling heeft een personele werkings sfeer die afwijkt van de overige onderdelen van de WAZO. Voor de uitkeringsrechten van de deeltijders aan huis geldt dat deze niet zijn gekoppeld aan het werknemersbegrip van de WAZO, maar aan de omschrijving van ‘beroepsbeoefenaar op arbeidsovereenkomst’ in artikel 3:17 lid 1 onder a WAZO. Deze bepaling is geschreven voor het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel en omschrijft de beroepsbeoefenaar op arbeidsovereenkomst als een werknemer in de zin van artikel 1:1 WAZO die op grond van artikel 6 lid onder c ZW geen dienstbetrekking heeft. In artikel 3:18 WAZO wordt wel een recht op uitkering bij zwangerschaps- en bevallingsverlof toegekend aan de beroepsbeoefenaar op arbeidsovereenkomst, maar niet bij adoptie- en pleegzorgverlof. De wel toegekende uitkering bij het zwangerschaps- en bevallingsverlof is bovendien gerelateerd aan het minimumloon en niet aan het (maximum)dagloon (art. 3:23 WAZO). Ook in dit opzicht geldt dus een regeling die afwijkt van wat voor andere werknemers geldt.⁷⁴

Het conceptwetsvoorstel dat voorziet in de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1152 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende transparante en voorspelbare arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie kent het vaderschapsverlof (of verlof aan de partner van de moeder) van artikel 4:2 t/m 4:2c WAZO ook toe aan werknemers die huishoudelijke arbeid verrichten. De doelgroep van de regeling wordt hiermee verruimd ten behoeve van het deeltijd huishoudelijk personeel. De WAZO zal zo aangepast worden dat de werknemers die huishoudelijke arbeid verrichten tevens een uitkering krijgen bij opname van de vijf weken aanvullend geboorteverlof ter hoogte van 70 procent van het wettelijk minimumloon (naar evenredigheid van de arbeidsduur). De internetconsultatie van dit conceptwetsvoorstel heeft plaatsgevonden van 29 april tot en met 24 mei 2020. De hier weergegeven informatie is ontleend aan de conceptmemorie van toelichting.

14.4.3 Einde van de arbeidsovereenkomst

‘De werknemer die 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’ was uitgezonderd van de preventieve ontslagbescherming van het BBA. De particuliere werkgever kon de arbeidsverhouding daarom beëindigen zonder een ontslagvergunning bij het UWV aan te vragen. Met ingang van juli 2015 is met de invoering van de Wvz de preventieve

74 Zie voor een toelichting en achtergronden: L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 28-30.

ontslagbescherming opgenomen in het BW en is het BBA vervallen. De positie van het deeltijd huishoudelijk personeel is op dit punt niet inhoudelijk gewijzigd. Artikel 7:671 lid 1 sub d BW bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van deze werknemers kan worden opgezegd zonder instemming van de werknemer en zonder toestemming van het UWV. Dit betekent ook dat geen preventieve toets door de kantonrechter hoeft plaats te vinden. In de memorie van toelichting is niet uitgelegd waarom het handhaven van deze uitzonderingspositie nodig zou zijn. De uitsluiting van de preventieve ontslagbescherming is in 1989 uitvoerig beargumenteerd tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot een wijziging van het BBA. Destijds is overwogen:

Wij menen overigens dat een beperkte uitzondering voor de arbeidsverhouding van de (mannelijke en vrouwelijke) werknemer die in de huishouding van een natuurlijk persoon doorgaans op minder dan drie dagen per week zijn diensten verricht wenselijk blijft. Dit omdat het belang van bescherming van deze arbeidsverhouding, mede gezien de relatief geringe arbeidsduur, niet opweegt tegen de administratieve lasten en tegen de inmenging in de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen die aan een effectieve ontslagbescherming van deze arbeidsverhouding verbonden zouden zijn. Indien het gaat om een arbeidsverhouding die inhoudt dat doorgaans op drie dagen of meer per week wordt gewerkt, achten wij evenwel het belang van de ontslagbescherming voldoende zwaarwegend om het BBA op deze arbeidsverhouding van toepassing te doen zijn. Door de beperking tot werknemers die op minder dan drie dagen per week hun diensten verrichten sluit de uitzondering van huishoudelijk personeel goed aan op de analoge uitzonderingen voor deze bijzondere groep in het kader van de sociale verzekeringswetgeving.⁷⁵

Zowel vanuit de Tweede Kamer als door Asscher-Vonk is toen naar voren gebracht dat deze uitsluiting van de ontslagbescherming in strijd zou kunnen zijn met het verbod van indirecte discriminatie van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn (Richtlijn 76/2007/EEG), omdat vooral vrouwen hierdoor worden getroffen.⁷⁶ Het toenmalige kabinet was op grond van vorenstaande overwegingen van mening dat dit onderscheid objectief gerechtvaardigd zou zijn.⁷⁷ In paragraaf 14.6.1 wordt besproken in hoeverre deze argumentatie de objectieve rechtvaardigingstoets kan doorstaan.

Het ontslagrecht van artikel 7:667 BW e.v. is voor het overige wel zonder enige wettelijk gedefinieerde beperking van toepassing. Voor de verhouding tussen de deeltijders aan huis en hun particuliere werkgever is het van belang te benadrukken dat de opzegtermijnen van artikel 7:672 BW in acht moeten worden genomen. Voor de lengte van de wettelijke opzegtermijn van de werkgever is de duur van het

75 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19810, nr. 3, p. 2.

76 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19810, nr. 4, p. 2-4; I.P. Asscher-Vonk, a.w. (noot 45), p. 235, 236.

77 *Kamerstukken II* 1987-1988, 19810, nr. 5, p. 3, 4.

dienstverband bepalend (art. 7:672 lid 2 BW). Voor de werknemer is de wettelijke opzegtermijn één maand, ongeacht de duur van het dienstverband (art. 7:672 lid 3 BW).

Het gegeven dat de arbeidsovereenkomst van de deeltijders aan huis kan worden opgezegd zonder instemming van de werknemer en zonder een preventieve toets van UWV of kantonrechter, staat er niet aan in de weg dat artikel 7:669 BW wel van toepassing is. Dit betekent dat de particuliere werkgever een redelijke grond voor ontslag moet hebben. Als deze ontbreekt, kan de kantonrechter de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of de werknemer een billijke vergoeding toekennen als de opzegging het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (art. 7:681 lid 1 BW).

In ontslagzaken kwalificeert de rechter de arbeidsovereenkomst tussen een pgb-houder en pgb-zorgverlener doorgaans als een zorgovereenkomst. Met de bijzondere aard van de zorgovereenkomst houdt de rechter rekening als de overeenkomst ten einde komt. Dat kan bijvoorbeeld door een heel bescheiden billijke vergoeding van 200 euro toe te kennen.⁷⁸ Het loon waarop de werknemer nog aanspraak heeft wegens de voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet de pgb-houder in alle gevallen betalen. De Kantonrechter Utrecht oordeelde over het ontslag op staande voet van een zorgverlenende werkneemster. De rechter overwoog dat geen sprake was van een dringende reden voor ontslag. Voorts is overwogen dat de werkgever de arbeidsovereenkomst al eerder via whatsapp had opgezegd. Voor die opzegging moest een redelijke grond aanwezig zijn. Bij de beoordeling van de vraag of er een redelijke grond voor ontslag was, betrok de rechter de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst en de slechte medische toestand van de pgb-houdster. Er was sprake van een redelijke grond voor ontslag omdat het voortduren van de arbeidsovereenkomst niet van de werkgever kon worden gevergd gezien de bijzondere omstandigheden. De werkneemster had nog recht op loon met inachtneming van de opzegtermijn van een maand met vergoeding van de wettelijke rente.⁷⁹ Zie paragraaf 14.4.1.2 waar de motivering van de ontbinding van deze arbeidsovereenkomst uitgebreid is besproken.

Deeltijd huishoudelijk personeel heeft net als alle andere werknemers in beginsel aanspraak op de transitievergoeding van artikel 7:673 BW. Dit is ook al aan de orde geweest in paragraaf 14.4.1.2 dat handelt over de betekenis van de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst als zorgovereenkomst. De uitspraak van het Hof Leeuwarden uit 2017 waarin is overwogen dat het deeltijd huishoudelijk personeel deze aanspraak heeft omdat de wetgever er niet voor heeft gekozen deze categorie werknemers uit te sluiten van de wettelijke regeling van de transitievergoeding, is daar

78 Ktr. Maastricht 1 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1789, *RAR* 2016/93.

79 Ktr. Utrecht 15 augustus 2018, *RAR* 2018/164.

toegelicht.⁸⁰ De Kantonrechter Amsterdam ontbond een arbeidsovereenkomst op de g-grond omdat beide partijen het erover eens waren dat sprake was van een verstoorde arbeidsrelatie. De gevorderde transitievergoeding werd toegewezen omdat aan de vereisten van artikel 7:673 BW was voldaan. De pgb-houdster was van mening dat de toewijzing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De kantonrechter wees de aangedragen argumenten van de hand na allereerst te hebben overwogen dat de wetgever geen uitzondering voor huishoudelijk personeel heeft opgenomen in de wettelijke regeling van de transitievergoeding. Bij de berekening van de transitievergoeding door de kantonrechter was rekening gehouden met de positie van de werkgever die het financieel moeilijk heeft. Pgb-houdster had bovendien niet voldoende inzichtelijk gemaakt dat zij de transitievergoeding in het geheel niet (in termijnen) zal kunnen afbetalen. De toekenning van de transitievergoeding was niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Bij de beoordeling van de loonvorderingen van de zorgverlener wijst de kantonrechter erop dat deze al gematigd waren vanwege de bijzondere aard van de overeenkomst.⁸¹ Kantonrechter Zaanstad ontbond de zorgovereenkomst en kende de transitievergoeding toe omdat de ingestelde vordering voldeed aan de vereisten van artikel 7:673 BW.⁸² Deze uitspraak is voor wat betreft de grond voor ontbinding aan de orde geweest in paragraaf 14.4.1.2.

Kantonrechter Utrecht wees een ontbindingsverzoek toe omdat de zorgverlenende werkneemster niet langer geschikt was voor de te verrichten werkzaamheden omdat sprake was van een sterk gewijzigde zorgbehoefte door verslechtering van de situatie van de pgb-houdster. De kantonrechter was van oordeel dat die omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding opleverden zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub d BW. Naast andere loonaanspraken had werkneemster ook recht op loon over vijf christelijke feestdagen. De kantonrechter overwoog dat een werknemer dit recht heeft tenzij partijen daarover iets anders zijn overeengekomen.⁸³

14.4.4 Ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst

De vraag kan worden gesteld of een ontbindende voorwaarde geoorloofd is, op grond waarvan de arbeidsovereenkomst zonder opzegging eindigt als de indicatie voor de zorgverlening eindigt of wijzigt. Kenmerkend voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst onder ontbindende voorwaarde, is dat het voortbestaan van de overeenkomst afhankelijk wordt gesteld van een toekomstige *onzekere* gebeurtenis. De onzekerheid dat de gebeurtenis zich zal voordoen, is het verschil met het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Hoge Raad oordeelde in 1992 dat het opnemen van een ontbindende voorwaarde niet per definitie tot

80 Hof Leeuwarden 22 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2440, *JAR* 2017/109, *RAR* 2017/100.

81 Ktr. Amsterdam 5 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4314.

82 Ktr. Zaanstad 11 juli 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:6886.

83 Ktr. Utrecht 15 augustus 2019, *JAR* 2019/244.

nietigheid leidt, maar dat het gesloten stelsel van het ontslagrecht meebrengt dat een ontbindende voorwaarde slechts bij uitzondering geldig zal zijn.⁸⁴ In 2012 achtte de Hoge Raad een ontbindende voorwaarde aanvaardbaar die inhield dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op het moment dat een loonkosten-subsidie voor het creëren van een arbeidsplek voor een langdurig werkloze wordt ingetrokken. De ontbindende voorwaarde werd geldig geacht omdat werkneemster op een arbeidsplaats te werk was gesteld die speciaal voor langdurig werkloze werknemers was gecreëerd. De werkgever die aan zo'n regeling meewerkt, zou zich op de voorhand ervan verzekerd mogen weten dat het einde van de subsidieregeling voor hem geen nadelige gevolgen heeft.⁸⁵ Van der Voet is van mening dat in een zaak als deze de werkgever een bijzondere motiveringsplicht heeft. Zo zou hij moeten kunnen motiveren waarom het niet gelukt is om de ID-werknemer binnen zijn eigen onderneming te laten doorstromen naar een reguliere functie. Deze bijzondere motiveringsplicht is haars inziens een vereiste om de geldigheid van de ontbindende voorwaarde aan te kunnen nemen, waarbij het buiten kijf staat dat het aannemen van een geldige ontbindende voorwaarde uitzonderlijk zal blijven.⁸⁶

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden achtte een ontbindende voorwaarde ten aanzien van het wegvallen van een persoonsgebonden budget geldig.⁸⁷ Bij dit oordeel speelde de aard van de arbeidsverhouding een belangrijke rol. Het hof overwoog dat de zorgovereenkomst tussen pgb-houder en zorgverlener weliswaar kwalificeert als arbeidsovereenkomst, maar dat bij deze overeenkomst de werkgever in het algemeen juist de zwakkere, te beschermen partij is. Ook woog het hof mee dat het eindigen van het persoonsgebonden budget in dit geval buiten de invloedssfeer van de budgethoudster lag. De budgethoudster moest worden opgenomen in een zorginstelling, waarmee aan haar de vereiste zorg in natura werd geleverd. Het oorspronkelijk toegekende budget was om die reden komen te vervallen.

De vraag of en wanneer de wijziging van een persoonsgebonden budget een geldige ontbindende voorwaarde zal opleveren, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. De bijzondere motiveringsplicht die Van der Voet als voorwaarde stelt, kan bij het beantwoorden van die vraag goed dienst doen. Mijns inziens zal in de juist besproken zaak de budgethoudster (of haar vertegenwoordiger) moeten kunnen motiveren dat het eindigen van het persoonsgebonden budget daadwerkelijk buiten haar invloedssfeer lag en tevens dat de arbeidsovereenkomst daardoor noodzakelijkerwijs inhoudsloos zou zijn geworden. Het ging hier over een te voorziene

84 HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509, m.nt. Stein (*Mungra/Van Meir*).

85 HR 2 november 2012, *JAR* 2012/314, m.nt. Konijn; vgl. ook W.H.A.C.M. Bouwens, R.A.A. Duk & D.M.A Bij de Vaate, a.w. (noot 54), § 21.8; p. 364-367.

86 G.W. van der Voet, 'Ook als de arbeidsovereenkomst niet "inhoudsloos" is geworden kan "in uitzonderlijke situaties" sprake zijn van een geldige ontbindende voorwaarde', *AR Updates* 2012-0996.

87 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, *JAR* 2013/262, m.nt. Dop.

langdurige opname in de zorginstelling die in de plaats kwam van de zorg en verpleging aan huis.

14.4.5 Het discriminatieverbod

Artikel 5 lid 3 AWGB maakt een uitzondering op het discriminatieverbod mogelijk als het gaat om een werkverhouding met een privékarakter. Deze bepaling heeft betrekking op zowel deeltijders als voltijders en kan een rol spelen bij de werving en selectie voor een functie en bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst.

Artikel 5 lid 3 AWGB was aanvankelijk ruimer geformuleerd maar is in december 2011 gewijzigd en meer in overeenstemming gebracht met het gemeenschapsrecht.⁸⁸ In de artikelsgewijze toelichting bij het vernieuwde artikel 5 lid 3 AWGB is verduidelijkt welke arbeidsverhoudingen wel of niet onder deze bepaling kunnen vallen. Daarbij is overwogen dat de uitzonderingsbepaling niet geldt bij de tewerkstelling in een privéhuishouden door tussenkomst van een professionele zorginstelling of -aanbieder. Als geen sprake is van een dergelijke tussenkomst en de persoonlijke verzorging binnen de eigen huishouding wordt verleend door een privépersoon, kan de persoonlijke levenssfeer van de zorgbehoevende prevaleren boven de bescherming van het discriminatieverbod. Dit geldt alleen onder de strikte voorwaarden van artikel 5 lid 3 AWGB.

14.5 Uitsluiting van socialezekerheidswetgeving

In deze paragraaf wordt zowel ingegaan op de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving (par. 14.5.1), als op de rechtvaardiging die de wetgever daarvoor heeft aangevoerd (par. 14.5.2). Vervolgens worden enkele uitspraken van de CRvB toegelicht die betrekking hebben op de alfahulpverlening en de pgb-zorgverlening (par. 14.5.3).

14.5.1 Uitsluiting van de wetgeving

De verhouding tussen de werknemer en de particuliere werkgever is doorgaans in beginsel een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van artikel 3 ZW/WW/WAO. Artikel 6 lid 1 onder c ZW/WW/WAO zondert van dit begrip echter, zoals gezegd, uit de arbeidsverhouding van:

‘(...) de werknemer die 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.’

Artikel 8 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) verwijst naar artikel 6 lid sub c ZW en de uitsluiting geldt daarom ook voor de WIA. Op deze manier

88 Deze aanpassing is in een nota van wijziging toegevoegd aan het oorspronkelijke wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2010-2011, 31832, nr. 10, vgl. de toelichting op p. 3; *Stb.* 2011, 554.

worden de werknemers uitgesloten van alle werknemersverzekeringen. Dit betekent dat zij geen bescherming genieten voor het inkomensverlies als gevolg van ziekte, werkloosheid en arbeidsongeschiktheid.

Wel bestaat sinds november 1986 de mogelijkheid van de vrijwillige verzekering voor ZW, WW en WAO. Dit is geregeld in artikel 64 lid 1 sub e ZW, artikel 53 lid 1 sub c WW en artikel 81 lid 1 sub e WAO. De WIA die met ingang van 2006 de WAO heeft vervangen, sluit ook hierbij aan. De vrijwillig verzekerde betaalt ook de premielasten van het werkgeversaandeel. Dit betekent dat deze werknemers 16% van hun brutoloon aan premies moeten betalen, waarbij de premie Zvw ook nog moet worden opgeteld.⁸⁹ Behalve de kosten die volledig voor rekening van de werknemer komen, moet de werknemer ook de administratieve lasten dragen. In de praktijk wordt dan ook weinig gebruikgemaakt van deze mogelijkheid.

Een andere uitzondering voor de deeltijders aan huis ligt besloten in artikel 8 WW. Hoofddregel van de werknemersverzekeringen is dat het werknemerschap alleen behouden blijft voor zover geen werkzaamheden worden verricht uit hoofde waarvan men niet als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen wordt beschouwd. In artikel 8 WW is een regeling getroffen voor personen die hun hoedanigheid van werknemer tijdelijk verliezen en voor wie de oude rechten herleven bij beëindiging van hun werkzaamheden. De regeling geldt voor de werkzaamheden als volksvertegenwoordiger en als zelfstandige. Voor deeltijders aan huis is niet een vergelijkbare regeling getroffen. Een persoon die vanuit de WW aan de slag gaat met werk dat valt onder de *Regeling Dienstverlening aan huis*, verliest na zes maanden de eerder opgebouwde rechten en deze herleven niet. De ratio om voor volksvertegenwoordigers en zelfstandigen wel een regeling te treffen is dat zij met hun werk een band onderhouden met de arbeidsmarkt. Dat argument geldt mijns inziens ook voor de deeltijder aan huis, zodat het onderscheid niet gerechtvaardigd is.

14.5.2 Rechtvaardiging uitsluiting door de wetgever

De wetgever heeft de uitzonderingspositie van het huishoudelijk en verzorgend personeel het meest uitvoerig gerechtvaardigd voor zover het de uitsluiting van de sociale zekerheid betreft. Voor de uitsluiting van de preventieve ontslagtoets zijn vergelijkbare argumenten genoemd (zie par. 14.4.6) en voor de rechtvaardiging van de uitzonderingspositie in artikel 7:629 lid 2 BW is alleen verwezen naar een beoogde aansluiting bij artikel 6 lid 1 sub c ZW (zie par. 14.4.3). De wetgever heeft altijd argumenten gebruikt die enerzijds verwijzen naar de *aard van het werk* en anderzijds naar de *omvang van het dienstverband*.⁹⁰

89 Brief VVR d.d. 29 maart 2011 aan de vaste Kamercommissie SZW, p. 2, reactie op de brief van minister Kamp, *Kamerstukken II* 2010-2011, 29544, nr. 281; de premie Zvw bedroeg toen 5,65%.

90 *Kamerstukken II* 1985-1986, 19261, nr. 3, p. 42, 43, en nr. 4, 5, 7, 8, 14 en 15; de argumenten zijn in alle stukken te vinden onder het kopje 'Huishoudelijk personeel';

De rechtvaardiging vanwege de *aard van het werk* betreft de plaats van de werkzaamheden en het feit dat de werkgever een natuurlijk persoon is bij wie dat werk thuis wordt verricht. Het gaat dus vooral om de hoedanigheid van de werkgever en de context waarin de werkzaamheden worden verricht. De particuliere werkgever zou niet met administratieve en andere werkgeverslasten moeten worden opgezadeld en de persoonlijke levenssfeer van deze werkgever zou moeten worden beschermd. Voor de uitsluiting van de verplichte werknemersverzekeringen is ook als argument gebruikt dat een verplichte verzekering te veel administratieve lasten meebrengt voor het UWV en de Belastingdienst.

De *omvang van het dienstverband* klinkt door in het vaak aangevoerde argument dat het voor deeltijd huishoudelijk personeel gaat om een extra inkomen binnen het gezin, waarmee niet in het levensonderhoud hoeft te worden voorzien. De uitsluiting van de verplichte werknemersverzekeringen (en overigens ook het gemis aan de preventieve ontslagbescherming) zou daarom niet al te bezwaarlijk zijn. Er zou niet echt behoefte bestaan aan dergelijke bescherming. Daarbij is nooit meegewogen dat deeltijd huishoudelijk personeel regelmatig voor meer werkgevers werkt, terwijl de uitzonderingspositie per werkgever geldt. De facto kan een werker derhalve full time werk verrichten, maar toch geen sociaalrechtelijke bescherming genieten. Volgens Peters is het onthouden van ontslag- en inkomensbescherming met verwijzing naar het inkomen van de partner inherent discriminatoir en kan dit argument nooit als rechtvaardiging dienen.⁹¹

Tijdens de parlementaire behandeling van de *Regeling Dienstverlening aan huis* zijn deze argumenten ook weer genoemd.⁹² Het voorstel tot deze regeling – dat toch een verslechtering van rechtspositie inhoudt vanwege de uitbreiding van de personele werkings sfeer – is vooraf niet getoetst aan de uitgangspunten van het sociaal recht, zoals inkomensbescherming van werknemers, ongelijkheidscompensatie en toepassing van het beginsel van gelijke behandeling. Dat hangt samen met het gegeven dat de regeling deel uitmaakte van het Belastingplan 2007. De Raad van State heeft nog wel een kritische kanttekening geplaatst bij het op deze manier wijzigen van arbeidsrechtelijke wetgeving, maar heeft deze wijziging van het socialezekerheidsrecht zelf overigens niet bekritiseerd.⁹³ Pas in de loop van de parlementaire behandeling heeft het toenmalige kabinet gepoogd de verslechtering in rechtspositie van deze categorie werknemers te rechtvaardigen. Het algemene belang van het bevorderen van werkgelegenheid in de markt van persoonlijke dienstverlening

Kamerstukken II 1986-1987, 19810, nr. 3, p. 32, en nr. 5, p. 3-4; *Kamerstukken II* 2003-2004, 29497, nr. 7, p. 10, 11; L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), hoofdstuk 3.

91 S.S.M. Peters, a.w. (noot 50), p. 628.

92 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 3, p. 7; nr. 4, p. 2; nr. 8, p. 9; nr. 37, p. 7 en 25, 26; *Kamerstukken I* 2006-2007, 30804, C, p. 3; D, p. 4; *Handelingen I* 2006-2007, p. 13-534; L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), hoofdstuk 4.

93 *Kamerstukken II* 2006-2007, 30804, nr. 4, p. 2.

zou prevaleren boven het individuele belang van persoonlijke dienstverleners bij inkomensbescherming.

In de juridische literatuur hebben Van der Voet, Houweling en Bouwens betoogd dat de summiere motivering door de wetgever op gespannen voet staat met het hedendaagse denken over wetgevingskwaliteit. Ook is sprake van een gespannen verhouding tot het algemene gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Grondwet en 26 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en het daaraan verbonden discriminatieverbod.⁹⁴ De auteurs wijzen erop dat het standpunt dat het gelijkheidsbeginsel heeft te gelden als norm voor algemene regelgeving breed wordt gedragen en dat dit betekent dat de wetgever niet geheel vrij is in de keuze voor juridische differentiaties, maar deze keuzes duidelijk moet kunnen verantwoorden. Zij achten het verdedigbaar dat de nationale rechter de nationaal strijdige bepalingen wegens strijd met een fundamenteel beginsel van Unierecht buiten toepassing moet laten en verwijzen daarbij naar de arresten *Mangold* en *Küçükdeveci* van het EU-Hof.⁹⁵ Ik kan me goed in deze benadering vinden, hetgeen ook zal blijken in paragraaf 14.6.1 bij mijn toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets. In die paragraaf is mijn conclusie dat de algemene en generaliserende argumenten van de wetgever geen objectieve rechtvaardiging kunnen opleveren voor de uitzonderingspositie van het huishoudelijk personeel. Dit geeft een extra handvat in een eventuele procedure waarbij de rechter wordt gevraagd het nationale recht buiten toepassing te laten wegens strijd met een fundamenteel rechtsbeginsel.

14.5.3 Rechtspraak over uitsluiting van het socialezekerheidsrecht

In paragraaf 14.4.1 is verwezen naar rechtspraak waarin de vraag aan de orde was of een alfhulp haar werk had verricht ofwel op basis van een privaatrechtelijke dienstbetrekking met de thuiszorginstelling ofwel op basis van arbeidsovereenkomst met de cliënten bij wie ze feitelijk werkzaam was. Daar is geweest op een uitspraak van de CRvB en van Rechtbank Almelo waarin geoordeeld is dat de relatie tussen alfhulp en thuiszorginstelling als privaatrechtelijke dienstbetrekking kwalificeerde en de thuiszorginstelling dus geen bemiddelingsorganisatie was.⁹⁶ De uitzonderingspositie van het socialezekerheidsrecht gold dus niet en de alfhulp had aanspraak op haar socialezekerheidsrechten. De kwalificatie als privaatrechtelijk dienstbetrekking gebeurde op vergelijkbare gronden die de civiele rechter ook heeft gehanteerd in vergelijkbare zaken (zie par. 14.4.1).

94 G. van der Voet, A.R. Houweling & W. Bouwens, 'De rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel: wordt het na één zwaluw dan eindelijk toch zomer?', in: R. Holtmaat (red.), *Cremers-Hartman. Betogen voor recht en verandering*, Deventer: Wolters Kluwer & Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann 2014, p. 186 en 187.

95 Met verwijzing naar: HvJ EU 22 november 2012, C-144/04, *JAR* 2005/289 (*Mangold*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *JAR* 2010/53 (*Küçükdeveci/Swedex*).

96 CRvB 4 december 2013, *USZ* 2014/34, m.nt. E. Alink; Rb. Almelo 24 augustus 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB3315.

In de pgb-zorgverlening is herhaaldelijk sprake van een familierechtelijke relatie tussen de pgb-houder en de zorgverlener. Lange tijd was het bestendige rechtspraak van de CRvB dat tussen familieleden geen privaatrechtelijke dienstbetrekking kon bestaan vanuit de aanname dat in dat geval geen sprake was van een gezagsrelatie. In 2015 heeft de CRvB dit uitgangspunt verlaten en aangenomen dat wel een gezagsverhouding tussen een gehandicapte moeder en een zorgverlenend kind kan worden aangenomen als op grond van de feiten moet worden geoordeeld dat aan de voorwaarden voor een gezagsverhouding wordt voldaan.⁹⁷ Deze uitspraak betreft de vraag of tussen pgb-houder en zorgverlener een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van artikel 3 lid 1 ZW/WV/WAO kan bestaan als een familielid de zorgverlener is. Het gaat hier dus niet over de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving op grond van artikel 6 lid 1 sub c van de deeltijdwerknemer die huishoudelijke of zorgverlenende werkzaamheden verricht. Het is van belang om de uitspraak hier te noemen omdat de brancheorganisatie van pgb-budgethouders *Per Saldo* ten tijde van het schrijven van dit hoofdstuk op de website expliciet vermeldde dat in geval van een familierechtelijke betrekking geen sprake is van een arbeidsovereenkomst maar van een overeenkomst van opdracht. Pgb-houders kunnen hierdoor op het verkeerde been worden gezet. Alhoewel het bestaan van een familierelatie niet in de weg hoeft te staan aan het aannemen van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, is het volgens de CRvB wel een element dat mede in de beoordeling moet worden betrokken.⁹⁸

14.6 Uitzonderingspositie en internationale verplichtingen

De Nederlandse uitzonderingspositie voor deeltijd huishoudelijk werkers wordt in deze paragraaf getoetst aan Europees richtlijnen (par. 14.6.1) en internationale verdragen (par. 14.6.2).

14.6.1 Uitzonderingspositie en het EU-recht

Voor de toetsing van de uitzonderingspositie aan de verplichtingen van het EU-recht is de uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in artikel 157 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) (voorheen: art. 141 EG-Verdrag, daarvoor: art. 119 EEG-Verdrag) en in de diverse gelijkebehandelingsrichtlijnen van belang. Het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht is aan de orde, omdat deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel in overwegende mate uit vrouwen bestaat en vooral vrouwen worden benadeeld door de uitzonderingspositie binnen het arbeidsrecht en de wettelijke sociale zekerheid. De uitzonderingspositie moet in ieder geval worden getoetst aan de volgende beginselen:

- het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen (art. 7:629 lid 2 BW beperkt de doorbetaling van loon bij ziekte immers tot zes weken);

97 CRvB 14 oktober 2015, USZ 2015/392, m.nt. G.C. Boot.

98 CRvB 15 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:949.

- het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en bij de arbeid, waaronder ook ontslag valt (waarbij te denken valt aan de uitsluiting van de ontslagbescherming van het BBA en de beperkte informatieplicht ex art. 7:655 lid 4 BW);
- het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de wettelijke sociale zekerheid (waarbij te denken valt aan het ontbreken van toegang tot de verplichte werknemersverzekeringen en aan de afwijkende regeling van uitkeringsrechten in hoofdstuk 3.2 WAZO).

Het discriminatieverbod bij de beloning en bij de behandeling bij de arbeid ligt vast in Richtlijn 2006/54/EG (herschikkingsrichtlijn) en het verbod van discriminatie bij de wettelijke sociale zekerheid in Richtlijn 79/7/EEG. Daarnaast is ook EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid (Richtlijn 97/81/EG) van belang die als doelstelling heeft discriminatie van deeltijders op te heffen en de kwaliteit van deeltijdarbeid te verbeteren. Ten slotte is de richtlijn inzake de informatieverplichting van de werkgever van belang (Richtlijn 91/533/EEG). Artikel 7:655 BW voorziet namelijk in de implementatie van deze richtlijn. Artikel 7:655 lid 4 BW lijkt met deze richtlijn in strijd te zijn, omdat geen sprake is van werkzaamheden die incidenteel of van bijzondere aard zijn. De richtlijn staat alleen dan een beperktere informatieplicht toe onder voorwaarde dat daarvoor objectieve redenen bestaan. Massuger en Plessen hebben in het verleden reeds uiteengezet dat de uitzondering van artikel 7:655 lid 4 BW in strijd is met deze Europese richtlijn.⁹⁹

Uit de definitie van indirecte discriminatie in de Europese herschikkingsrichtlijn volgt dat als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, dit een verboden indirecte discriminatie is 'tenzij deze bepaling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn'. Dit is de objectieve rechtvaardigings-toets die ook aan de orde is bij de EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid. Deze toets kan worden onderverdeeld in twee deelvragen (/toetselementen):

1. is er sprake van een legitiem doel om deeltijd huishoudelijk personeel op verschillende deelterreinen van het sociaal recht minder rechten toe te kennen en
2. zijn deze benadelende bepalingen passend en noodzakelijk om het legitiem te achten doel mee te bereiken?

Overeenkomstig de rechtspraak van het HvJ EU is een middel – in dit geval de benadelende bepalingen – alleen *passend* als het geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Een middel is voorts pas *noodzakelijk* als hetzelfde doel niet met een ander middel kan worden bereikt waarmee niet (of minder) wordt gediscrimineerd

99 P.P.M. Massuger & W.G.M. Plessen, 'Informatieverplichtingen van de werkgever: enige kritische kanttekeningen', *SMA* 1998, p. 178, met verwijzing naar: *Kamerstukken II* 1992-1993, 22810, nr. 1-2, p. 2, en nr. 5, p. 6.

en het middel bovendien in een evenredige verhouding tot het beoogde doel staat.¹⁰⁰

De meeste argumenten van de wetgever struikelen echter al bij de eerste stap, omdat de wetgever zich bedient van algemene en generaliserende argumenten die niet of nauwelijks van een nadere onderbouwing zijn voorzien. Dergelijke argumenten kunnen niet worden beschouwd als legitieme doelen van sociaal beleid.¹⁰¹ Zo kan het argument dat de particuliere werkgever geen administratieve lasten moet dragen, alleen legitiem zijn als de positie van de particuliere werkgever nader door de wetgever zou zijn onderzocht en dat is niet gebeurd. Particuliere werkgevers die iemand inschakelen voor het huishoudelijk werk, zijn doorgaans goed opgeleide personen met een relatief hoog inkomen. Dit is niet meegewogen, maar roept wel de vraag op of deze werkgevers de administratieve lasten inderdaad niet kunnen dragen en of zij de salarisadministratie in dat geval niet kunnen uitbesteden aan een payrollbedrijf.

Het administratieve-lastenargument zal doorgaans zwaarder wegen bij een werkgever die zorg behoeft en aanspraak kan maken op geïndiceerde hulp. Pgb-houders kunnen echter een deel van hun werkgeversverplichtingen kosteloos overdragen aan de SVB. Het gaat om administratieve lasten, maar ook om het treffen van voorzieningen bij ziekte van de pgb-zorgverlener.¹⁰² Overwogen zou kunnen worden om deze dienstverlening uit te breiden als dat nodig blijkt te zijn. Met deze verwijzing naar mogelijke alternatieve middelen wordt ook het tweede toetsmoment van de objectieve rechtvaardigingstoets toegepast.

Het argument van de wetgever dat de arbeidsmarkt gebaat is bij de uitzonderingspositie, omdat dit kan bijdragen aan het scheppen van extra arbeidsplaatsen aan de onderkant van de arbeidsmarkt, en het argument dat de vraag naar persoonlijke dienstverlening kan toenemen als de werknemers goedkoper zijn, struikelen ook bij de eerste stap van de objectieve rechtvaardigingstoets, omdat het gaat om eenvoudige algemene verklaringen die bovendien haaks staan op de beschermingsgedachte van het sociaal recht. Bij het gebruik van deze argumenten wordt in parlementaire stukken graag verwezen naar twee arresten van het Europese Hof van Justitie uit 1995 (*Nolte* en *Megner*) waarin is erkend dat lidstaten over een ruime beoordelingsmarge beschikken om hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid te verwezenlijken en waarin tevens generaliserende argumenten waarmee dit beleid werd onderbouwd door het Hof werden geaccepteerd. Het gegeven dat het Hof deze beleidsvrijheid in latere jaren heeft ingeperkt door eenvoudige algemene verklaringen niet langer te accepteren als rechtvaardiging, wordt daarbij – gemak-

100 HvJ EG 13 juli 1989, C-171/88, *Jur.* 1989, p. I-2743 (*Rinner-Kühn*).

101 Vgl. L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 160-167; met onder andere verwijzing naar: HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-00623 (*Seymour*); HvJ EG 20 maart 2003, C-187/00, *Jur.* 2003, p. I-2741 (*Kutz-Bauer*); HvJ EG 11 september 2003, C-77/02, *Jur.* 2003, p. I-09027 (*Steinicke*); HvJ EG 18 juli 2007, C-213/05, *Jur.* 2007, p. I-06347 (*Geven*).

102 Vgl. L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 88.

halve – buiten beschouwing gelaten.¹⁰³ Bovendien heeft het Hof in 2011 en 2012 in de arresten *Brachner* en *Elbal Moreno* het beroep van lidstaten op hun beleidsvrijheid ter zake van de socialezekerheidswetgeving van de hand gewezen en geëist dat de lidstaten expliciet moeten aantonen waarom het beleid objectief gerechtvaardigd is.¹⁰⁴ De arresten betroffen de benadeling van deeltijders, waarmee sprake was van indirecte discriminatie van vrouwen. In *Brachner* overwoog het Hof dat de omstreden wetgeving in strijd is met artikel 4 Richtlijn 79/7/EEG inzake de gelijke behandeling bij de wettelijke sociale zekerheid als de lidstaat niet expliciet een objectieve rechtvaardiging aandraagt (*Brachner*). In *Elbal Moreno* wees het Hof de aangevoerde rechtvaardigingsgronden van de Spaanse overheid van de hand, omdat niet was aangetoond dat de feitelijk uitsluiting van deeltijders van een ouderdomspensioen werkelijk noodzakelijk was om het geformuleerde doel te bereiken en evenmin was aangetoond dat het doel niet kon worden bereikt met voor deze werknemers minder ingrijpende maatregelen. Het Hof verklaarde de uitsluiting van deeltijders daarom in strijd met artikel 4 Richtlijn 79/7/EEG.

Zoals in paragraaf 14.5.2 is betoogd, valt het behoefteargument af, omdat het inherent discriminatoir is om een categorie werknemers inkomens- en ontslagbescherming te onthouden vanwege het inkomen van hun partner. De uitzonderingspositie maakt de niet-kostwinner sociaaleconomisch volledig afhankelijk van diens partner op het moment dat de niet-verzekerbare risico's zich aandienen en het ontslag voor de deur staat. Hier komt nog bij dat de suggestie dat alle deeltijders aan huis minimale baantjes hebben, niet strookt met de werkelijkheid.

Op zich is het voorts een legitieme doelstelling van sociaal beleid om de persoonlijke levenssfeer van de particuliere werkgever te willen beschermen. Dit argument is met name gehanteerd bij de uitsluiting van de preventieve ontslagbescherming. Het is wel de vraag of volledige uitsluiting een noodzakelijk middel is, omdat er ook alternatieve mogelijkheden zijn.¹⁰⁵ De werkgever zou de werknemer namelijk tijdelijk kunnen schorsen met behoud van loon, totdat – afhankelijk van de ontslaggrond – het UWV of de kantonrechter een beslissing heeft genomen over het ontslag. Het UWV of de kantonrechter kunnen bij hun beslissing tevens rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de particuliere werkgever, zeker omdat de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer in het geding is. Het is overigens de vraag of dit een voldoende deugdelijk alternatief is, dat tot de

103 Vgl. de kabinetsreactie tijdens de parlementaire behandeling van de Regeling dienstverlening aan huis, *Kamerstukken I* 2006-2007, 30804, C, p. 3; D, p. 5; HvJ EG 14 december 1995, C-371/93, *Jur.* 1995, p. I-4625 (*Nolte*), en HvJ EG 14 december 1995, C-444/93, *Jur.* 1995, p. I-4741 (*Megner*), besproken door L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 139-140.

104 HvJ EU 20 oktober 2011, C 123/10 (*Brachner*); HvJ EU 22 november 2012, C-385/11 (*Elbal Moreno*).

105 Vgl. omtrent het noodzakelijkheidsvereiste de jurisprudentie van het Hof waarnaar is verwezen in noot 100, 101 en 103; zie bijvoorbeeld ook HvJ EG 22 november 2005, C-144/04, *JAR* 2005/289 (*Mangold*).

conclusie leidt dat de uitsluiting van de ontslagbescherming geen noodzakelijk middel is. De preventieve ontslagbescherming voert in deze particuliere verhoudingen wellicht te ver, omdat de persoonlijke levenssfeer van de werkgever hier wel heel zwaar in het geding is.

Zoals hiervoor is aangegeven, wordt bij het tweede element van de objectieve rechtvaardigingstoets bezien of er alternatieve mogelijkheden zijn op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat de gekozen middelen niet passend of niet noodzakelijk zijn. In het voorgaande is al een aantal alternatieven aangedragen. Hieraan kan worden toegevoegd dat in diverse andere EU-lidstaten regelingen zijn getroffen voor deze categorie werknemers, die voorzien in veel betere rechtsbescherming. Het systeem van dienstencheques als betaalmiddel voor de deeltijders aan huis dat toepassing vindt in België en Frankrijk kan als voorbeeld dienen. In dat systeem koopt de particuliere werkgever cheques bij een speciaal hiertoe opgezet bureau en op deze cheques worden belasting en premies ingehouden. De deeltijder aan huis levert de cheques in bij het bureau en ontvangt het nettoloon en is tevens verzekerd voor de werknemersverzekering.¹⁰⁶ Dit is een van de alternatieve mogelijkheden waarvoor ook de Nederlandse wetgever zou kunnen kiezen.

Boot heeft in zijn annotatie bij een uitspraak van de CRvB over de uitsluiting van de WW meerdere van de hier genoemde argumenten onderschreven. Tevens wijst hij erop dat de uitsluiting van het huishoudelijk personeel van de werknemersverzekeringen niet verenigbaar is met de proportionaliteits/noodzakelijkheidseis omdat het hier gaat om een generieke en niet om een specifieke uitsluiting. Andere dan huishoudelijke deeltijd-dienstverbanden worden niet uitgesloten, ook niet wanneer die met particuliere werkgevers worden aangegaan.¹⁰⁷

De conclusie is hier dat de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel in strijd is met de verplichtingen die het EU-recht meebrengt. Voor zover deze positie al een legitiem doel zou dienen (toetselement 1), is geen sprake van een noodzakelijk middel, omdat er andere mogelijkheden zijn om deze doelen te bereiken (toetselement 2).¹⁰⁸

In augustus 2020 heeft een Spaanse rechter het HvJ EU opnieuw gevraagd om te oordelen over de bijzondere regeling voor huishoudelijk personeel in Spanje. Die zaak betreft een huishoudster die had verzocht om toegang te krijgen tot de betaling van werkloosheidspremies om daarmee het recht te verwerven op een bijbehorende uitkering voor het geval zij werkloos zou raken. Dat verzoek werd afgewezen omdat de regeling geen bescherming tegen werkloosheid omvat. Verzoekster stelde dat dit een vorm van indirecte discriminatie van vrouwen is omdat de bijzondere regeling voor huishoudelijk personeel vrijwel alleen van toepassing is op vrouwen.

106 Uitbreider over de alternatieve middelen: L.W. Bijleveld & E. Cremers-Hartman, a.w. (noot 1), p. 179-180.

107 CRvB 12 september 2019, *USZ* 2019/310, m.nt. G.C. Boot.

108 Voor vergelijkbare conclusies kan worden verwezen naar in dit hoofdstuk aangehaalde publicaties van Asscher-Vonk, Burri, Driessen en Peters.

Dit zou in strijd zijn met artikel 4 lid 1 Richtlijn 79/7/EEG. Dit betreft zaak C-389/20. Ten tijde van het schrijven van dit hoofdstuk verkeerde de procedure bij het HvJ EU nog in een beginstadium.

14.6.2 Uitzonderingspositie en ILO-verdrag 189

De ILO heeft op 16 juni 2011 het Verdrag 189 met bijbehorende Aanbeveling inzake de bescherming van huishoudelijk personeel (Fatsoenlijk werk voor huishoudelijk personeel) aangenomen.¹⁰⁹ De Nederlandse delegatie was een van de vele ondertekenaars. Dit verdrag regelt de gelijkstelling van huishoudelijk personeel aan gewone werknemers en noemt allerlei concrete rechten, waaronder in artikel 14 het recht op sociale zekerheid.

Kort na de ondertekening heeft de toenmalige minister van SZW in een brief aan de Tweede Kamer laten weten dat de noodzaak tot het toekennen van gelijke rechten op het gebied van de sociale zekerheid de ratificatie van het verdrag in de weg staat. Dit zou leiden tot een aanzienlijke financiële en administratieve lastenverzwaring voor de huishoudens waarin deeltijd huishoudelijk personeel werkzaam is en dit zou haar weerslag hebben op de werkgelegenheid van deze werknemers.¹¹⁰ In de inleiding (par. 14.1) is al genoemd dat ook het volgende kabinet in oktober 2014 heeft besloten het verdrag niet te zullen ratificeren.

ILO-verdrag 189 blijft evenwel een belangrijke rol spelen in het politieke en maatschappelijke debat over het al dan niet handhaven van de uitzonderingspositie van het huishoudelijk personeel.

14.6.3 Uitzonderingspositie en andere internationale verplichtingen

Het VN-vrouwenverdrag, ILO-verdrag 175 betreffende deeltijdwerk en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (Esocul) zijn eveneens van belang voor de beoordeling van de rechtspositie van deeltijders aan huis.

In februari 2010 heeft het Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman (CEDAW) Nederland ernstig gekapitteld over de slechte rechtsbescherming van het deeltijd huishoudelijk personeel. CEDAW heeft als toezichthoudend orgaan geconcludeerd dat Nederland op dit punt in strijd handelt met het VN-vrouwenverdrag en heeft dringend aanbevolen het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel volledige rechtsbescherming toe te kennen. Het verbod van vrouwendiscriminatie is in artikel 11 VN-vrouwenverdrag nader uitgewerkt voor de deelname aan het arbeidsproces en de uitzonderingspositie wordt in strijd geacht met deze verdragsbepaling. In 2016 heeft CEDAW deze overwegingen

109 Zie www.ilo.org. Verdrag 189 en bijbehorende aanbeveling is aangenomen tijdens de 100ste zitting; zie voor achtergronden ook: www.fnvbondgenoten.nl/schoonmaakbranche/nieuws/ilo.het verslag: *Kamerstukken II* 2011-2012, 29427, nr. 76.

110 *Kamerstukken II* 2010-2011, 29427, nr. 72, p. 2.

herhaald en nogmaals aanbevolen het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel gelijke rechten toe te kennen en tevens om ILO-verdrag 189 te ratificeren.¹¹¹ De verslechtering van de rechtspositie van de deeltijders aan huis met de invoering in 2007 van de *Regeling Dienstverlening aan huis* is niet in overeenstemming met ILO-verdrag 175 betreffende deeltijdwerk. Bij de ratificatie van het verdrag heeft Nederland weliswaar een voorbehoud gemaakt door deeltijd huishoudelijk personeel dat op minder dan *drie* dagen in een particuliere huishouding werkt, uit te sluiten van de toepassing van het verdrag.¹¹² De groep voor wie het voorbehoud geldt, had evenwel niet uitgebreid mogen worden. Ten onrechte zijn tijdens de parlementaire behandeling van de *Regeling Dienstverlening aan huis* de verplichtingen die voortvloeien uit ILO-verdrag 175 niet aan de orde geweest.¹¹³ In 2010 heeft het Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEARC) Nederland om opheldering gevraagd en tevens verzocht:

*(...) to describe the particular problems of a substantial nature that the Application of the Convention to this category of workers would have raised.*¹¹⁴

Het Comité voor Economische en Sociale Rechten dat toezicht houdt op de naleving van het Esocol-verdrag heeft zich op 19 november 2010 uitgesproken over de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel. In het rapport over de naleving van het verdrag door Nederland geeft het Comité onder punt 17 aan bezorgd te zijn dat deze werknemers niet dezelfde bescherming genieten als ander personeel. Het Comité roept Nederland daarom op betere juridische of andere maatregelen te nemen om de rechten en uitkeringen voor huishoudelijk personeel gelijk te stellen aan die van ander personeel, vooral met betrekking tot de sociale verzekeringen.¹¹⁵

14.7 De toekomst van deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel

De uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk en verzorgend personeel is niet langer houdbaar, aldus de conclusie van paragraaf 14.6. De argumenten van de wetgever kunnen de objectieve rechtvaardigingstoets niet doorstaan. De verschillende onderdelen van de regeling zijn om die reden in strijd met het EU-recht.

111 CEDAW 2010, Concluding Comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Netherlands, Concluding comments nr. 38 en 39 (CEDAW/C/NLD/CO/5); CEDAW 2016, Concluding comments nr. 35 en 36 ((CEDAW/C/NLD/CO/6).

112 *Kamerstukken I en II* 2000-2001, 27512, nr. 115 en 1, p. 3-4.

113 *Kamerstukken I* 2006-2007, 30804, D, p. 4, 5.

114 International Labour Organisation (ILO), 99th Session, 2010, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Report III (Part 1 A) *General Report and observations concerning particular countries*, p. 646.

115 E/C.12/NDL/CO/4-5.

Nederland is al meerdere malen ernstig op de vingers getikt door organen die toezien op de naleving van internationale verdragen. Daarbij zijn schendingen geconstateerd van het VN-vrouwenverdrag, van ILO-verdrag 175 inzake deeltijdwerk en van het Esocul-verdrag. De internationale druk is toegenomen met de totstandkoming van ILO-verdrag 189. Nederland moet zich ook op internationale fora hoe dan ook verantwoorden over de weigering dit verdrag te ratificeren.

In de afgelopen tien jaar en ook daarvoor is de *Regeling dienstverlening aan huis* herhaaldelijk ter discussie gesteld, omdat velen het als onrechtvaardig zien om één categorie werknemers de reguliere rechtsbescherming te onttrekken. Het belangrijkste argument om het verdrag niet te ratificeren was dat de *Regeling dienstverlening aan huis* in stand zou moeten blijven zodat particuliere huishoudens niet zwaarder zouden worden belast met financiële en administratieve lasten. Voor het huishoudelijk personeel zou het belang van werkgelegenheid prevaleren boven inkomensbescherming op grond van de werknemersverzekering.¹¹⁶

In paragraaf 14.1 is geconstateerd dat ILO-verdrag 189 een belangrijke impuls is gebleken voor de discussie over het verbeteren van de rechtsbescherming van de deeltijd huishoudelijk werkers en verzorgers op nationaal en internationaal niveau. Het verdrag is mede aanleiding geweest voor het verrichten van rechtsvergelijkende studies binnen de Europese Unie. Op nationaal niveau hebben FNV en Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten (OSB) een Werkgroep Huishoudelijk Werk in het leven geroepen om de praktische mogelijkheden te onderzoeken naar verbetering van de regelgeving voor huishoudelijk werkers en naar de mogelijke rol die bedrijven in de schoonmaakbranche zouden kunnen vervullen. In december 2013 is hierover een Visiedocument uitgebracht.¹¹⁷ In 2014 heeft de Commissie Dienstverlening aan huis (commissie-Kalsbeek) advies uitgebracht.¹¹⁸ Deze commissie heeft geadviseerd de publiek gefinancierde dienstverlening aan huis (alfahulpen en pgb-zorgverlening) volledig buiten de *Regeling dienstverlening aan huis* te plaatsen, omdat het principiële onjuist zou zijn om diensten die grotendeels met overheidsgeld worden gefinancierd, te laten uitvoeren door dienstverleners wier rechtspositie slechter is dan die van reguliere werknemers. Voor het private deel van de markt van dienstverlening zag de commissie geen oplossing vanwege de hoge kosten die dit zou meebrengen en ook vanwege mogelijke fraudegevoeligheid van de benodigde aanvullende maatregelen (zie par. 14.1). Zoals gezegd heeft het toenmalige kabinet dit advies niet overgenomen.

Sinds de herziening van het zorgstelsel in 2007 en later in 2015 is veel reguliere werkgelegenheid verloren gegaan op de deelmarkt van de publiek gefinancierde dienstverlening aan huis. Veel werknemers zijn sindsdien ontslagen door de thuis-

116 *Kamerstukken II* 2010-2011, 29544, nr. 281. Zie noot 2.

117 *Rechtspositie huishoudelijk werkers Visie FNV-OSB en de ratificatie van ILO-verdrag 189*, Visiedocument van 18 december 2013, Uitgave Stichting FNV pers 2013; onderzoek verricht in opdracht van deze werkgroep: K. Zandvliet & O. Tanis, *Doorrekening varianten huishoudelijk werk*, SEOR, Rotterdam oktober 2013.

118 *Kamerstukken II* 2013-2014, 29544, nr. 428.

zorginstelling bij wie ze in dienst waren. Ze werden min of meer gedwongen als alfhulp te gaan werken met toepassing van de *Regeling dienstverlening aan huis*. Van de regeling is een perverse werking uitgegaan. Alhoewel de Wmo 2015 de alfhulpverlening als zorg in natura door de gemeenten niet toestaat en dit meerdere malen is beklemtoond, blijft het onduidelijk of gemeenten de wet zullen naleven of toch weer naar nieuwe mazen in de wet zoeken (zie par. 14.3.3). Afschaffing van de *Regeling dienstverlening aan huis* kan de angel uit dit probleem halen.

De SER heeft in juli 2020 de Verkenning *Markt voor persoonlijke dienstverlening in internationaal perspectief: varianten en denkrichtingen* naar buiten gebracht. Op zich is het van groot belang dat deze markt op de agenda staat bij de SER. Een zwak punt in deze verkenning is echter dat het advies aan het kabinet niet verder strekt dan een oproep om meer onderzoek in te stellen naar het verbeteren en formaliseren van de markt voor dienstverlening aan huis. Er is in de afgelopen tien jaar namelijk heel veel onderzoek verricht, onder meer in het kader van het FNV/OSB Visiedocument en van het Advies *Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?* van de commissie-Kalsbeek. Verschillende van deze onderzoeksrapporten zijn in dit hoofdstuk de revue gepasseerd. De mogelijkheden om in Nederland de *Regeling dienstverlening aan huis* af te schaffen zijn verkend en de voor- en nadelen zijn op een rij gezet. De manier waarop in verschillende EU-lidstaten de markt voor dienstverlening aan huis wordt ondersteund, is eveneens in kaart gebracht. Van al dit onderzoek kan goed gebruik worden gemaakt; daarmee kan eens en vooral een einde worden gemaakt aan de onrechtvaardige rechtspositie van de deeltijd huishoudelijk werkers en particuliere zorgverleners.

De FNV/OSB Werkgroep Huishoudelijk Werk heeft in 2013 gepleit voor een geleidelijke overgang naar een systeem van volwaardige rechtsbescherming voor huishoudelijk werkers. De *Regeling dienstverlening aan huis* zou op termijn kunnen worden afgeschaft en de minister van SZW zou in dialoog met de sociale partners een traject moeten uitzetten dat leidt tot ratificatie van ILO-verdrag 189. In de publiek gefinancierde dienstverlening zou in ieder geval voor de alfhulpen de *Regeling dienstverlening aan huis* buiten toepassing kunnen blijven, door deze werknemers in loondienst van instellingen te laten werken en daarvoor de voorwaarden te creëren. Mijns inziens kunnen ook pgb-zorgverleners op korte termijn buiten de regeling worden geplaatst. De pgb-houders blijken met de steun van de SVB betere werkgevers te zijn dan de gewone particuliere werkgevers (zie par. 14.4.2). Als de regeling niet langer van toepassing is, valt uitbreiding van de ondersteuning door de SVB te overwegen.

Voor de huishoudelijk werkers in particuliere dienst zou het geleidelijke traject in gang kunnen worden gezet, waarbij de overheid een begin moet maken, bijvoorbeeld met een systeem van dienstencheques waarbij intermediaire bedrijven de werkgeversfunctie vervullen. Gaandeweg kan de groep werknemers die onder dit systeem werkt, worden uitgebreid. Een andere optie dan de dienstencheque is de facilitering van de dienstverlening aan huis via fiscale maatregelen, zoals gebeurt in de Scandinavische landen en Frankrijk. Bij alle te treffen maatregelen moet uiteraard oog zijn voor fraudegevoeligheid van de gekozen oplossing. Een systeem van

certificering van bedrijven die zich op de markt van dienstverlening aan huis gaan begeven, zal daarbij onmiskenbaar van nut zijn. De FNV/OSB-werkgroep heeft erop gewezen dat juist de *Regeling dienstverlening aan huis* zwart werk uitlokt en tot het opzetten van schijnconstructies verleidt. Vanwege de loonconcurrentie belemmert de regeling bovendien het opzetten van reguliere bedrijven.¹¹⁹

De Commissie regulering van werk (commissie-Borstlap) heeft de rechtspositie van werknemers die vallen onder de *Regeling Dienstverlening aan huis* niet betrokken in de advisering aan het kabinet. De gebrekkige rechtsbescherming is de commissie niet helemaal ontgaan. Bijlage 4 van het Eindrapport *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk* van januari 2020 geeft een overzicht van de rechten van de verschillende werkenden hier te lande. In dat overzicht zijn ook de werknemers opgenomen die onder de *Regeling Dienstverlening aan huis* vallen. De uitsluiting van deze werknemers van veel basisrechten is daarmee zichtbaar gemaakt. In Bouwsteen 4 van het eindrapport heeft de commissie-Borstlap het kabinet geadviseerd te zorgen voor een basisinkomenszekerheid voor *alle* werkenden. Desondanks ontbreken dan toch de deeltijders aan huis in de concrete advisering. Dat is wrang en teleurstellend.

Een betere toekomst voor de deeltijders aan huis zal voor een belangrijk deel afhangen van een ruime blik over de nationale grenzen. Wellicht gaat de strategie van het voeren van proefprocessen daarbij een handje helpen. In het slot van paragraaf 14.6.1 is al gewezen op een prejudiciële procedure die in augustus 2020 in gang is gezet door een Spaanse rechter naar aanleiding van de klacht van een huishoudster die op grond van een bijzondere regeling voor huishoudelijk personeel geen toegang kon krijgen tot een werkloosheidsvoorziening (zaak C-389/20). In Nederland loopt bij Rechtbank Rotterdam een proefproces van een pgb-zorgverleenster die aanspraak wil kunnen maken op een werkloosheidsuitkering. De rechter is gevraagd om te oordelen over de indirecte discriminatie die de *Regeling Dienstverlening aan huis* meebrengt, hetgeen in strijd zou zijn met de diverse internationale verplichtingen die in dit hoofdstuk zijn besproken. De inhoudelijke bezwaren zijn in november 2020 bij de rechter naar voren gebracht.¹²⁰

119 Visiedocument FNV-OSB, a.w. (noot 117), p. 14-16.

120 Zie voor de stand van zaken van deze procedure de website van de Vereniging voor Vrouw en Recht Clara Wichmann: www.vrouwenrecht.nl en tevens de website van Bureau Clara Wichmann: www.clara-wichmann.nl.