

Casus B1 'terminale thuiszorg'

1. Inleiding

Op 17 december 2024 heeft minister Agema van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de Tweede Kamer geïnformeerd over de gevolgen van het opheffen van het handhavingsmoratorium met betrekking tot de kwalificatie van arbeidsrelaties voor de loonheffingen in de zorg.

Zij heeft daarin brancheorganisaties in de zorg de gelegenheid geboden tot uiterlijk 31 januari 2025 casusposities in te dienen die bij kunnen dragen aan duidelijkheid op structurele vraagstukken.

Onderstaande casus is in dat kader ingediend bij VWS.

2. Casus

De casus betreft een zorgverlener die in opdracht van een thuiszorgorganisatie zorg verleent aan mensen, die thuis verblijven, in hun laatste levensfase zitten en niet meer in staat zijn zelfstandig voor zichzelf te zorgen. De werkzaamheden van de zorgverlener zijn gericht op het verlichten van het lijden van de cliënt, zoals het geven van medicijnen, het verzorgen van wonden en het ondersteunen en ontlasten van naasten. Het ontlasten van naasten kan onder meer betrekking hebben op de verzorging van de patiënt, het geven van eten en drinken, hulp bieden bij naar het toilet gaan en 'het waken'.

De thuiszorgorganisatie ontvangt van de zorgbehoevende de aanvraag om binnen een bepaalde termijn palliatieve zorg verlenen. Bij aanvaarding van de zorgaanvraag ontstaat voor de thuiszorgorganisatie de contractuele verplichting om hierin te voorzien. De thuiszorgorganisatie kan hierbij gebruik maken van eigen werknemers of kan voor deze zorgaanvraag zorgverleners inhuren. De thuiszorgorganisatie sluit met deze laatste een (raam)overeenkomst van opdracht.

Onderdeel van de afspraken met de zorgverlener is dat deze de werkzaamheden zelf uitvoert. Bij overmacht aan de kant van de zorgverlener zal de thuiszorgorganisatie zelf voor vervanging zorg dragen.

Met betrekking tot de hoogte van het tarief is onderhandelingsruimte doch wel binnen de bandbreedte van hetgeen het zorgkantoor of de zorgverzekeraar maximaal aan de thuiszorgorganisatie vergoedt.

Het uurtarief bedraagt ca. € 30. De thuiszorgorganisatie betaalt de zorgverlener uitsluitend de werkelijk gewerkte uren uit.

De zorgverlener loopt het risico op niet-betaling door de thuiszorgorganisatie bij schade, klachten over de zorgverlening en het niet-nakomen van afspraken.

In de praktijk kan de ingehuurd zorgverlener tijdens opdracht niet werven voor een andere opdracht.

3. Beoordeling

De kwalificatie van een arbeidsrelatie is een individuele toets, waarbij het uitgangspunt een holistische benadering is. Dit houdt in dat niet één enkel feit of omstandigheid beslissend is, maar dat alle feiten en omstandigheden, in onderling verband bezien, van belang zijn. Het is inherent aan een dergelijke toets dat deze alleen achteraf kan plaatsvinden, omdat (immers) dan alle relevante feiten en omstandigheden bekend zijn. Het is niet mogelijk om op grond van het beperkte feitencomplex, zoals neergelegd in de algemene casusomschrijving, vooraf met zekerheid vast te stellen of al dan niet sprake is van een arbeidsovereenkomst.

Bijgaande beoordeling geeft derhalve geen uitsluitsel over de vraag wanneer in een individuele situatie sprake is van werken binnen of buiten dienstbetrekking. De beoordeling geeft een overzicht van elementen die in de gegeven casus een rol spelen bij de kwalificatie van de arbeidsrelatie. Bij de conclusie is aangegeven hoe waarschijnlijk het is dat in de gegeven casus al dan niet in dienstbetrekking wordt gewerkt.

Hieronder zal aan de hand van het Beslis- en afwegingskader¹ worden ingegaan op de casus.

3.1 Aard en duur van de werkzaamheden

De palliatieve werkzaamheden van de zorgverlener kunnen uitsluitend worden gezien als een inspanningsverplichting². Aannemelijk is dat de zorgverlener zich contractueel verbindt om adequate zorg te bieden aan patiënten en niet om een concreet resultaat op te leveren. Een inspanningsverplichting richt zich op het gedurende zekere tijd arbeid verrichten en duidt meer op een arbeidsovereenkomst.

Het gaat bij de duur van de werkzaamheden om de vraag of (a) sprake is van een overeenkomst van onbepaalde tijd of bepaalde tijd en (b) hoe lang de zorgverlener doorgaans voor de thuiszorgorganisatie en/of de patiënt werkzaam is. Aannemelijk is dat de thuiszorgorganisatie en de zorgverlener een (raam)overeenkomst van opdracht met elkaar af sluiten, waarin wordt afgesproken dat de thuiszorgorganisatie ad hoc opdrachten kan uitzetten bij de zorgverlener. Dergelijke overeenkomsten worden veelal voor langere tijd afgesloten. In het algemeen geldt dat hoe langer de zorgverlener voor de thuiszorgorganisatie werkzaam is hoe meer deze omstandigheid duidt op een arbeidsovereenkomst. Mocht evenwel sprake zijn van een eenmalige en kortstondige opdracht, dan duidt deze omstandigheid meer op een opdracht.

3.2 Manier waarop de werkzaamheden en werktijden zijn bepaald

Voor het verlenen van palliatieve zorg gelden diverse kwaliteitseisen, zoals neergelegd in protocollen, richtlijnen, voorschriften, regels, beleidsplannen, convenanten, instructies, et cetera. Deze kunnen duiden op aanwezigheid van formeel gezag, omdat de thuiszorgorganisatie kwalificeert als zorgaanbieder en eindverantwoordelijk (en aansprakelijk) is ten aanzien van de door de zorgverlener verrichte zorgwerkzaamheden. Het is noodzakelijk dat de thuiszorgorganisatie aanwijzingen kan geven aan zorgverlener, juist om te kunnen voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit deze eindverantwoordelijkheid. De zorgverlener moet de opdracht uitvoeren conform de zorgvraag, die de patiënt bij de thuiszorgorganisatie heeft ingediend, en conform hetgeen de thuiszorgorganisatie met de patiënt heeft afgesproken.

Bovengenoemde omstandigheden duiden op het bestaan van een arbeidsovereenkomst.

Met betrekking tot de wijze waarop de werktijden zijn bepaald, brengt de aard van het werk met zich dat de zorgverlener gebonden is aan bepaalde werktijden en een vaste locatie, te weten de locatie waar de patiënt op dat moment woont. Deze omstandigheden passen meer bij een arbeidsovereenkomst.

3.3 Mate waarin de werkzaamheden en/of de opdrachtnemer zijn ingebed

De primaire taak van de thuiszorgorganisatie bestaat uit het verlenen van zorg aan patiënten. De palliatieve werkzaamheden van de zorgverlener maken hiervan deel uit en zijn daarom ingebed in de organisatie en bedrijfsvoering van de thuiszorgorganisatie. Het betreft werkzaamheden die ook worden verricht door werknemers van de thuiszorgorganisatie. Deze omstandigheden duiden op een arbeidsovereenkomst.

Verder duiden de volgende omstandigheden tevens op inbedding en derhalve op een arbeidsovereenkomst:

- de zorgverlener werkt volgens bepaalde tijden op een door de thuiszorgorganisatie aangewezen locatie.

¹ 'Toelichting Beoordeling arbeidsrelaties, Beslis en afwegingskader', Belastingdienst, versie 1 november 2024.

² De resultaatsverplichting is de verplichting waarbij de ene partij met de andere partij afsprekt om een bepaald (concreet) resultaat te halen. Het niet behalen van het beoogde resultaat levert wanprestatie op. Bij een inspanningsverplichting spreekt de ene partij met de andere af om te proberen een bepaald resultaat te halen. Het gaat erom of een partij zich hiervoor voldoende heeft ingespannen.

Mogelijke contra-indicaties voor de inbedding zijn geen deelname aan:

- personeelsactiviteiten van de zorginstelling;
- door de thuiszorgorganisatie aangeboden opleiding/bijscholing;
- functioneringsgesprekken door de thuiszorgorganisatie.

De casus bevat geen informatie over deze contra-indicaties.

In geval de zorgverlener eenmalig door de thuiszorgorganisatie is ingezet, dan is vanwege deze korte looptijd van de werkzaamheden onwaarschijnlijk dat de werkende zelf structureel ingebed is in de organisatie. Deze situatie kan anders worden als de zorgverlener bij herhaling door de thuiszorgorganisatie wordt ingehuurd.

3.4 Wel of geen verplichting de werkzaamheden persoonlijk uit te voeren

De zorgverlener is vrij om een opdracht al dan niet te accepteren. Als de opdracht echter is geaccepteerd, ontstaat de verplichting om op de door de thuiszorgorganisatie voorgeschreven locatie en tijd de opdracht te vervullen. Alleen als sprake is van overmacht, is de zorgverlener niet gehouden om de opdracht te vervullen, waarna de thuiszorgorganisatie vervolgens zelf vervanging regelt. Deze omstandigheid duidt op een arbeidsovereenkomst.

De Hoge Raad heeft in het Deliveroo-arrest overigens aangegeven dat ook al is sprake van vrijheid om een opdracht al dan niet te aanvaarden, deze omstandigheid de arbeidsovereenkomst niet in de weg hoeft te staan. Van belang is wat geldt als de zorgverlener wel verschijnt en een opdracht tot werk aanvaardt.

Dit gezichtspunt wijst op een arbeidsovereenkomst.

3.5 Manier waarop afspraken tot stand zijn gekomen

De zorgverlener sluit een (raam)overeenkomst met de thuiszorgorganisatie. Het is niet duidelijk of de overeenkomst (en de eventueel bijbehorende algemene voorwaarden) op grond van een format van de thuiszorgorganisatie of de zorgverlener wordt gebaseerd. Uit de casus volgt dat er onderhandelingsruimte is over de hoogte van het uurtarief doch wel binnen de bandbreedte van hetgeen het zorgkantoor of de verzekeraar maximaal aan de thuiszorgorganisatie vergoedt. Als het format van de thuiszorgorganisatie het uitgangspunt is en er is feitelijk nagenoeg niet onderhandeld over de voorwaarden, duidt deze omstandigheid meer op een arbeidsovereenkomst. Dit is anders als de zorgverlener invloed heeft op essentiële onderdelen van dit format. Dit duidt dan meer op een overeenkomst van opdracht. Dit geldt ook als het format van de zorgverlener wordt gebruikt.

3.6 Manier waarop de beloning is bepaald en betaald

De zorgverlener kan onderhandelen over het (uur)tarief. Dat wijst in beginsel op een opdracht. In beginsel, omdat er wel sprake is van een bandbreedte c.q. maximale vergoeding, zo blijkt uit de casus. De onderhandelingsruimte is dus in ieder geval qua maximumtarief beperkt. Overigens kunnen ook werknemers – zeker in de huidige arbeidsmarkt in de zorg – voorafgaand aan het afsluiten van een arbeidsovereenkomst de ruimte hebben om te onderhandelen over de hoogte van hun loon. Ook hier zal mogelijk gelden dat de onderhandelingsruimte beperkt wordt door hetgeen de verzekeraar maximaal vergoedt en/of door hetgeen in de cao is bepaald. Daarmee is dit een neutrale omstandigheid in de kwalificatie van de arbeidsrelatie.

Het is aannemelijk dat de zorgverlener een factuur stuurt naar de thuiszorgorganisatie. Deze betaalt de zorgverlener op basis hiervan uit. Dit duidt meer op een overeenkomst van opdracht.

3.7 Hoogte van de beloning

Het uurtarief bedraagt ca. € 30. Uit de casus blijkt niet of dit uurloon hoger is dan dat van de werknemer in loondienst bij de thuiszorgorganisatie. Daarvan uitgaande en de omstandigheid dat de hoogte van het uurtarief beïnvloed wordt door hetgeen de verzekeraar maximaal vergoedt, wijst deze omstandigheid niet overtuigend op een overeenkomst van opdracht.

3.8 Commercieel risico

Het gaat hier onder meer om de vraag hoe de risico's tussen de zorgverlener en het thuiszorgorganisatie zijn verdeeld en wie en in welke mate financieel verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de door de zorgverlener geleverde werkzaamheden. Aandachtspunten hierbij zijn onder meer wie het uiteindelijke risico draagt voor aansprakelijkheid door de patiënt, wie aansprakelijk kan worden gesteld als de zorgverlener tijdens het uitvoeren van de opdracht iets overkomt en of een zorgverlener bij ziekte/verlof wordt doorbetaald.

De zorgverlener is verzekerd voor het risico op aansprakelijkheidstelling. Dit zegt echter niets over het feit of de zorgverlener ook daadwerkelijk aansprakelijk gesteld kan worden. In de praktijk kan uitsluitend de thuiszorgorganisatie door de nabestaande van de patiënt of de zorgverzekeraar/het zorgkantoor aansprakelijk worden gesteld, ook met betrekking tot de werkzaamheden die de zorgverlener heeft uitgevoerd.

Doorgaans wordt door een thuiszorgorganisatie een aansprakelijkheidsverzekering voor deze werkzaamheden gesloten. Uit de casus blijkt niet dat deze niet van toepassing is op de werkzaamheden van zorgverlener. Wij gaan er daarom vanuit de aansprakelijkheidsverzekering die de thuiszorgorganisatie heeft afgesloten mede ziet op de werkzaamheden die de zorgverlener uitvoert. De zorgverlener loopt geen (commercieel) risico om aansprakelijk gesteld te worden door de nabestaande van de patiënt of de zorgverzekeraar/het zorgkantoor. Het feit dat de zorgverlener een (beroeps)aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten maakt dit niet anders.

De zorgverlener loopt ook verder met betrekking tot de werkzaamheden voor de thuiszorgorganisatie nagenoeg geen commercieel risico. Zo ligt het voor de hand dat het risico ten aanzien van de bij de werkzaamheden gebruikte bedrijfsmiddelen volledig bij de thuiszorgorganisatie ligt. De zorgverlener loopt ook geen (commercieel) risico met betrekking tot de benodigde bedrijfsmiddelen. Een uitzondering ziet op schade die de zorgverlener zelf heeft aangebracht. In dat geval kan de thuiszorgorganisatie, mede door de gewerkte uren niet uit te betalen, de schade verhalen op de zorgverlener. De vraag is echter of dit anders is bij werknemers. Immers, een werkgever heeft ook de mogelijkheid om schade te verhalen op werknemers als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid door de werknemer, dan wel specifieke situaties die in de arbeidsovereenkomst zijn afgesproken.

In de casus is aangegeven dat de zorgverlener niet wordt betaald als deze bijvoorbeeld de werkzaamheden niet naar behoren uitvoert. Mocht dit inderdaad voorkomen, dan is dit een omstandigheid die meer past bij een overeenkomst van opdracht.

3.9 Mate waarin de waarnemer zich als ondernemer gedraagt of kan gedragen

Het is niet bekend of de zorgverlener een reputatie heeft opgebouwd, hoe de zorgverlener acquireert voor het verkrijgen van zijn/haar opdrachten, of deze voor meerdere opdrachtgevers werkt en of deze fiscaal wordt aangemerkt als ondernemer. In de casus is opgenomen dat de zorgverlener doorgaans herkenbaar is als zelfstandige, maar onduidelijk is wat dit inhoudt. Het gemis aan informatie over deze elementen leidt tot de conclusie dat deze géén duiding kunnen geven.

Verder zijn de volgende omstandigheden van belang:

- de zorgverlener heeft geen financieel (of anderszins) belang in de thuiszorgorganisatie;
- de zorgverlener is (vermoedelijk) ingeschreven in de Kamer van Koophandel;
- de zorgverlener draagt mogelijk geen eigen (onderscheidende) *bedrijfskleding*.

Al met al zijn er weinig omstandigheden (bekend) welke duiden op het (extern) ondernemerschap van de zorgverlener.

4. Conclusie

Het is zeer lastig voorstelbaar dat een zorgverlener, die door een thuiszorgorganisatie wordt ingehuurd om (zorg/palliatieve)werkzaamheden te verrichten, buiten dienstbetrekking werkzaam kan zijn.

De thuiszorgorganisatie is eindverantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de geleverde zorg. Daardoor is (per definitie) sprake van een bepaalde mate van gezag, welke niet is uit te sluiten. Om aan de verplichtingen te kunnen voldoen die voortvloeien uit de eindverantwoordelijkheid van de thuiszorgorganisatie is het namelijk noodzakelijk dat de thuiszorgorganisatie aanwijzingen kan geven aan de zorgverlener. Dat een zorgverlener bij het uitvoeren van de werkzaamheden een grote mate van zelfstandigheid heeft en een daaraan inherente verantwoordelijkheid, doet hier niet aan af.

De casus biedt daarnaast nagenoeg geen aanknopingspunten voor ondernemerschap. Wel blijkt uit de casus dat sprake is van inbedding. De zorgverlener verricht – net zoals de werknemers die in dienst zijn van de thuiszorgorganisatie – palliatieve zorg. De zorgverlener kan deze zorg niet onder eigen naam, voor eigen verantwoordelijkheid en voor eigen risico aan deze patiënten aanbieden. Ook heeft de zorgverlener geen zelfstandig declaratierecht richting de patiënt of de zorgverzekeraar.

Bij het beoordelen van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst zijn alle feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang, van belang. In individuele situaties kunnen bepaalde omstandigheden toch tot een ander oordeel leiden. Het is daarom raadzaam in de individuele situatie altijd alle relevante feiten en omstandigheden in kaart te brengen en te beoordelen of er feiten en omstandigheden zijn die tot een ander standpunt kunnen leiden.