

Bijlage 1 bij brief 706073-131674-MEVA

1. Wkkgz definitie solistisch werkende zorgverlener (ZZP-er) sluit werken in opdracht van een instelling uit

De Wkkgz definieert de ZZP-er als volgt: solistisch werkende zorgverlener: een zorgverlener die, *anders dan in dienst of onmiddellijk of middellijk in opdracht van een instelling* beroepsmatig zorg verleent. Het Kabinet stelt echter dat de Wkkgz geen belemmering kent voor de inzet van deze ZZP-ers in opdracht van een (thuis)zorginstelling, terwijl de Wkkgz definitie van solistisch werkende zorgverlener, waaronder ZZP-ers, het werken in opdracht van een zorginstelling, althans in de zorgwetgevingscontext, uitsluit. Heeft de Wkkgz definitie bijvoorbeeld tot gevolg dat een ZZP-er die rechtstreeks contracteert met het zorgkantoor/de zorgverzekeraar, geen zorginstelling als opdrachtgever mag hebben? Graag verneemt ActiZ van het Kabinet hoe e.e.a. zich tot elkaar verhoudt resp. moet worden uitgelegd.

Indien slechts werkzaamheden worden verricht voor één of slechts een enkele zorginstelling, dan is geen sprake van een solistisch werkende zorgverlener, zoals bedoeld in het wetsvoorstel voor de Wkkgz. Wanneer in dienst of in opdracht van meerdere opdrachtgevers zorg wordt verleend, dan is wel sprake van solistisch werkende zorgverleners in de zin van de Wkkgz. Het oordeel of daadwerkelijk sprake is van een ondernemer hangt af van de feiten en omstandigheden van het individuele geval en ligt bij de Belastingdienst. Het wordt getoetst aan de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor ondernemerschap. Indien sprake is van meerdere opdrachtgevers, dan is het binnen de definitie die de Wkkgz geeft aan het begrip 'solistisch werkende zorgverlener' mogelijk dat in opdracht van een instelling zorg wordt verleend. De gedachte hierachter is als volgt. Wanneer in dienst of in opdracht van meerdere zorginstellingen zorg wordt verleend, dan is de mate van onafhankelijkheid groter dan wanneer slechts werkzaamheden worden verricht in opdracht van één zorgaanbieder. In dat laatste geval is geen sprake van een solistisch werkende zorgverlener. De Belastingdienst zal bij één opdrachtgever eerder een gezagsverhouding aannemelijk achten en oordelen dat er sprake is van een dienstbetrekking dan bij meerdere opdrachtgevers. Overigens kan het voorkomen dat een zzp'er zowel rechtstreeks contracteert bij een zorgverzekeraar als in opdracht van een zorginstelling zorg verleent. Met beide dient de zzp'er dan een contract af te sluiten.

ActiZ gaat er overigens van uit dat samenwerkende ZZP-ers, gericht op het leveren van zorg, vallen onder de wettelijke definitie van een "zorginstelling" en dienen te voldoen aan alle eisen die daaraan worden gesteld. Deze samenwerkingsverbanden beschikken in zo'n geval over een WTZi erkenning en moeten beschikken over zaken zoals een Raad van Toezicht, een werkend kwaliteitssysteem, beheersing van de administratieve processen, continuïteit van zorg etc. Welke consequenties dit heeft voor de ZZP-status, is overigens nog onduidelijk.

Samenwerkende zzp'ers hebben een WTZi-toelating nodig indien zij als organisatorisch verband verzekerde zorg leveren. In dat geval moeten zij aan de eisen die de WTZi stelt voldoen: een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering en een regeling van onafhankelijk intern toezicht. Organisatorische verbanden die WLZ of Zvw-zorg aanbieden moeten ook voldoen aan de Kwaliteitswet zorginstellingen, waaronder een werkend kwaliteitssysteem dat waarborgt dat verantwoorde zorg wordt geleverd. Indien de samenwerking van de zzp'ers niet gericht is op de zorg of afspraken omtrent de zorgverlening en vervanging, maar bijvoorbeeld alleen betrekking heeft op de administratie dan is geen sprake van een organisatorisch verband zoals bedoeld in de WTZi.

2. Eindverantwoordelijkheid (Thuis)zorginstelling vormt geen belemmering inzet ZZP-ers

Het is vaste jurisprudentie¹ dat onder de gezagsrelatie wordt verstaan de mogelijkheid tot het geven van aanwijzingen bij en/of het houden van toezicht op het werk. In een veelheid van door

¹ CRvB 11 mei 2004, LJN AO9646

de Fiscus of het UWV geïnitieerde jurisprudentie² wordt de wettelijke eindverantwoordelijkheid van de zorginstelling door de rechter vertaald in termen van deze gezagsrelatie. Illustratief in de uitspraken zijn rechtsoverwegingen als:

- “De zorgaanbieder is en blijft volledig verantwoordelijk en aansprakelijk voor alle aspecten van de door de ingeschakelde derde geleverde zorg. De zorgaanbieder is verplicht het zorgkantoor van de gegevens van die ingeschakelde derde partij op de hoogte te stellen en het zorgkantoor te informeren over hoe de kwaliteit van zorg is gewaarborgd. Het zorgkantoor heeft bovendien het recht om de door de zorgaanbieder ingeschakelde derde te weigeren.”
- “eiseres zich bij de uitvoering van de werkzaamheden, aan de hand van het door de zorgaanbieder opgestelde zorgplan, aan de richtlijnen van de zorgaanbieder dient te houden. Onder die omstandigheden ligt het dan ook voor de hand dat de zorgaanbieder (doorlopend) toezicht kan uitoefenen op de voor haar werkzame zorgverleners, waaronder eiseres.”
- “De doelstelling van eiser -het aanbieden van kwalitatief hoogwaardige zorg- wordt geconcretiseerd door de werkzaamheden van de zorgverleners zodat deze als wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering in de onderneming opgenomen. Het ontbreken van werkgeversgezag ten aanzien van de zorgverleners die deze werkzaamheden uitvoeren is om die reden dan ook niet aannemelijk.”

Het Kabinet stelt in de Kamerbrief van 10 oktober jl. dat zorginstellingen op grond van de Wkkgz wel rechtmatig ZZP-ers kunnen inzetten, zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan de eindverantwoordelijkheid van die zorginstelling. De Memorie van toelichting bij de WCZ/Wkkgz geeft een uitgebreide toelichting van de wetgever over deze eindverantwoordelijkheid bij de inzet van onder meer ZZP-ers. In **Bijlage 2** treft u de belangrijkste passages van de MvT aan. Kort samengevat:

- de ZZP-er staat onder aansturing en controle van de zorgorganisatie die de ZZP-er inhuurt;
- de ZZP-er die werkt voor een zorginstelling is nimmer eindverantwoordelijk;
- de eigen verantwoordelijkheid van ZZP-ers op grond van de Wet Big, doet geen afbreuk/is ondergeschikt aan de eindverantwoordelijkheid van de zorginstelling;
- in artikel 4 lid 1 sub b Wkkgz³ wordt een *met het werknemerschap vergelijkbare* aansturing opgelegd d.m.v. de plicht om een schriftelijke overeenkomst met de ZZP-er aan te gaan over alle wettelijke en instellingsgebonden kwaliteitsregels die in acht genomen moeten worden bij het leveren van de zorg door de ZZP-er;
- het wettelijk klachtrecht en de geschillenregeling richten zich bij klachten en geschillen over een ZZP-er op de zorginstelling en niet op de ZZP-er.

Op grond van de jurisprudentie en de MvT heeft ActiZ grote twijfels of de stelling van het Kabinet door de rechtspraak zal worden gevolgd. Voor ActiZ en haar leden is het daarom van essentieel belang dat het Kabinet bevestigt dat de Wkkgz en de overige zorgwet- en regelgeving, waaronder de aanwijzings- en controleplicht van de Wkkgz, niet leidt tot een gezagsverhouding jegens ingehuurde ZZP-ers in fiscale of sociaal verzekeringsrechtelijke zin. Deze bevestiging zal uiteraard dan ook toegepast moeten worden door de Fiscus, Inspectie SZW en UWV in hun controletoek.

De kwaliteitswet zorginstellingen is alleen van toepassing op instellingen, niet op solistische werkende zorgverleners en benadrukt daarmee de verantwoordelijkheid van instellingen om kwalitatief goede zorg te verlenen. Indien de zzp'er in opdracht van een instelling werkzaam is, wordt in dat geval uitgegaan van een gezagsverhouding. De Wkkgz is ook van toepassing op solistisch werkende zorgverleners. In het geval dat werkzaamheden voor meerdere opdrachtgever / instellingen worden verricht is een zzp'er aan te merken als solistisch werkende zorgverlener met een eigen wettelijke basis op grond waarvan zij gehouden zijn om kwalitatief goede zorg te verlenen. Voor de Belastingdienst en ook het UWV betekent dit dat geen sprake meer hoeft te zijn van een gezagsverhouding. Onverkort blijft echter gelden dat de zorginstelling uiteindelijk eindverantwoordelijk is. Als de relatie tussen de zorginstelling en de zzp'er conform een door de Belastingdienst en VWS goedgekeurde modelovereenkomst vorm gegeven is, dan is sprake van werken buiten dienstbetrekking. In een dergelijke overeenkomst kan ook de klachtenregeling vorm

² Voorbeelden ECLI:NL:RBNNE:2014:2168 en ECLI:NL:RBALM:2007:BB3315

³ Indien de zorgaanbieder een instelling is doet hij slechts zorg verlenen door zorgverleners of opdrachtnemers met wie hij, tenzij sprake is van een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke dienstbetrekking, een schriftelijke overeenkomst heeft gesloten die waarborgt dat zij zich bij hun werkzaamheden laten leiden door de op de zorgaanbieder rustende wettelijke verplichtingen en de regels die de zorgaanbieder heeft vastgesteld omtrent de zorgverlening.

gegeven worden. Conform de Wkkgz dient een zorgaanbieder (en dus ook de solistisch werkende zorgverlener) een klachtenregeling te hebben. Als de solistisch werkende zorgverlener in opdracht van een zorginstelling werkzaam is, kan die er voor kiezen aan te sluiten bij de klachtenregeling van de zorginstellingen. Richting de cliënt is dat ook te prefereren, aangezien de cliënt dan slechts met 1 klachtenregeling te maken heeft.

Bij de verdere behandeling van de Wkkgz in de Eerste Kamer zal de minister bovenstaande lijn bevestigen, zodat dit ook in de wetsgeschiedenis van de Wkkgz is vastgelegd.

3. Vrije vervanging van de ZZP-er is geen voorwaarde dan wel vormt geen belemmering?

Het is eveneens vaste jurisprudentie dat sprake is van een ZZP-er, indien deze de arbeid niet persoonlijk hoeft te verrichten maar zich ten aanzien van zijn/haar werkzaamheden vrijelijk, d.w.z. door een willekeurige derde, kan laten vervangen. Vrije vervanging betekent volgens die jurisprudentie, geen bemoeienis met/goedkeuring van de opdrachtgever, noch met vervangende personen noch in de vorm van kwaliteitseisen van de kant van de opdrachtgever. Ook in het kader van het wetsvoorstel Beschikking Geen Loonheffing (BGL) en de daaraan gerelateerde BGL webmodule is als toetsingspunt genoemd of de opdrachtnemer de werkzaamheden zonder toestemming van de opdrachtgever door iemand anders kan laten uitvoeren.

ActiZ verneemt graag van het Kabinet hoe deze fiscale en arbeidsrechtelijke voorwaarde zich verhoudt met de eindverantwoordelijkheid van een zorginstelling, zoals onder meer vastgelegd in de Wkkgz. Ook hier speelt de plicht (artikel 4 lid 1 sub b Wkkgz) van de opdrachtgever om bij inschakeling van derden een schriftelijke overeenkomst met diegene aan te gaan. Daarmee is instemming van de opdrachtgever met de vervangende opdrachtnemer een vereiste. Ook zonder een dergelijke expliciete schriftelijke overeenkomst, is het de vraag of de zorgwet- en regelgeving toestaat dat zorg uitgevoerd mag worden door een voor de opdrachtgever qua persoon en kwaliteiten onbekende zorgverlener.

De zorginstelling is eindverantwoordelijk voor alles wat er in zijn instelling gebeurt. Zij zal daarom ook willen weten wie er in haar instelling werkzaam is, zij moet immers de kwaliteit van zorg garanderen. De fiscus stelt vervolgens dat de zzp-er vrijelijk moet kunnen zorgen voor vervanging, omdat anders geen sprake is van het buiten dienstbetrekking werkzaam zijn. Hoe ver gaat nu de zeggenschap van de zorginstelling? De zorginstelling kan/moet verlangen dat de vervanger voldoet aan de beroepsvereisten die het werk vraagt. Dat zijn in feite dezelfde eisen die de zorginstelling aan de zzp'er zelf moet stellen. Daarbij kan gedacht worden aan behaalde diploma's, inschrijving in het Big-register, verklaring omtrent goed gedrag. Een zorginstelling kan de vervanger weigeren als de zorginstelling gemotiveerd aan kan geven dat de vervanger niet de vereiste kwaliteit van zorg kan verlenen. Dat kan als de vervanger niet voldoet aan de noodzakelijke beroepsvereisten, maar ook als de zorginstelling ervaringen heeft met deze vervanger die daartoe aanleiding geven (denk daarbij onder andere aan gegronde klachten tegen deze vervanger). Dit zijn vereisten die voortvloeien uit de Wkkgz, waar zowel de zorginstelling als de zzp'er aan gehouden zijn. Als de bemoeienis van de zorginstelling over de vervanging zich beperkt tot het bovenstaande, dan heeft de zzp'er voldoende vrijheid om zelf een vervanger te kiezen en wordt geen gezagsverhouding verondersteld, is en vormt het geen belemmering voor het werken buiten dienstbetrekking of voor het aanmerken van zzp'ers als fiscaal ondernemer.

De Wkkgz schrijft overigens niet voor dat de zorginstelling een schriftelijke overeenkomst moet hebben met de vervanger. In de Wkkgz is geregeld dat er een schriftelijke overeenkomst moet zijn met degene die de zorg verleent. Als in de overeenkomst met de zzp'er de vervanging goed geregeld is, dan valt de vervanging onder de schriftelijke overeenkomst met de zzp'er en is die dus schriftelijk geregeld.

ActiZ constateert dat de Model overeenkomst van opdracht van Zorgverzekeraars Nederland voor de directe contractering van ZZP-ers door zorgkantoren, geen vrije vervanging toestaat en een veelheid van concrete aanwijzingen en controlebepalingen bevat van het zorgkantoor jegens de

ZZP-er rond de (kwaliteit van) de arbeid, waaronder de toepassing van de Normen Verantwoorde Zorg. Dit model is fiscaal goedgekeurd door het Ministerie van Financiën. Op eerdere vragen van ActiZ hierover aan Financiën en SZW is tot op heden geen antwoord ontvangen. ActiZ constateert desondanks, dat er kennelijk fiscale goedkeuring mogelijk is voor opdrachten aan ZZP-ers tot het leveren van zorg waarbij aanwijzingen en/of controle wordt uitgeoefend en er geen sprake is van vrije vervanging. Daarom doet ActiZ een beroep op deze fiscale goedkeuring en verzoekt die door te trekken naar contractering van ZZP-ers door (thuis)zorgaanbieders. Graag verneemt ActiZ of u hiertoe bereid bent.

In de pilot voor directe contractering van zzp'ers wordt gebruik gemaakt van een modelovereenkomst. Deze overeenkomst functioneert naar behoren voor de duur van de pilot. De pilot liep af per 1-1-2015, maar is voor de zorg door zzp'ers aan de bestaande cliënten verlengd. Voor de directe contractering van zzp'ers vanaf 2016 worden nieuwe modelovereenkomsten ontwikkeld. Voor de contractering van zzp'ers door zorginstellingen hebben BTN en FNV Zelfstandigen inmiddels een modelovereenkomst opgesteld welke door de Belastingdienst en VWS is beoordeeld en goedgekeurd. Deze overeenkomst is bijgevoegd.

4. Geen belemmering overige zorgwet- en regelgeving

Nu het Kabinet uitgaat van duurzame inzet van ZZP-ers in de Thuiszorg, neemt ActiZ aan dat naast de Wkkgz, waaronder de professionele standaarden vallen zoals de Normen verantwoorde zorg Thuis, ook de overige zorgwet- en regelgeving (waaronder de Awbz/Wlz, Zvw, Wtzi etc) geen juridische belemmeringen vormen voor de inzet van ZZP-ers door (Thuis)zorginstellingen resp. deze inzet niet (vrijwel) onmogelijk maken. Graag verzoekt ActiZ u dit te bevestigen

Dit kan inderdaad bevestigd worden. Ook de overige zorgwet- en regelgeving vormt geen belemmering voor de inzet van zzp'ers door (thuis)zorginstellingen.

5. Belemmeringen Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)

In de Kamerbrief wordt melding gemaakt van serviceorganisaties gericht op het ondersteunen van ZZP-ers. Dit kunnen ZZP-bemiddelingsbureaus zijn die gebruikelijk de match tussen vraag en aanbod verzorgen. In het licht van de jurisprudentie⁴ uit 2009 van ActiZ tegen ZZP-bemiddelingsbureaus die, veelal met WTZi toelating, naar buiten traden als zorginstelling, gaat ActiZ ervan uit dat het hier gaat om ondersteunende bureaus die uitsluitend een rol hebben in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod (ter beschikking stellen) en/of op administratief gebied. Uit het feit dat in de kamerbrief wordt gesproken over ondersteuning voor de "niet zorggebonden aspecten" leiden wij af dat dit het geval is. Blijkens jurisprudentie⁵ ontbreekt overigens de voor het ZZP-schap vereiste economische zelfstandigheid als de ZZP-er afhankelijk is van een bureau die feitelijk de klanten werft.

In de MvT van de Wkkgz is ter onderscheid aangegeven dat een (service)organisatie die vervanging regelt resp. voor continuïteit zorgt, een zorgaanbieder is. Dit geldt ook als deze organisatie met de zorgverzekeraar een contract afsluit voor de levering van zorg in natura. Deze partij zal er volgens de MvT immers niet aan ontkomen om met beroepsbeoefenaren (onderaannemers) afspraken te maken over de inhoud van de zorg.

Als een bemiddelingsbureau louter administratieve handelingen verricht of zorg voor bemiddeling tussen vraag en aanbod, is er geen sprake van een zorginstelling. Er is wel sprake van een zorginstelling als deze organisatie zich inhoudelijk bemoeit met de zorgverlening of zorgdraagt voor vervanging bij ziekte. In dat geval dient de instelling toegelaten te zijn in het kader van de WTZi.

Het Ministerie van SZW heeft eerder op vragen daartoe van ActiZ schriftelijk bevestigd dat ZZP-bemiddelingsbureaus die in opdracht van zorginstellingen ZZP-ers ter beschikking stellen aan deze zorginstellingen, vallen onder de Waadi. De Waadi definieert ter beschikking stelling als "het tegen vergoeding ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan een ander voor het onder diens toezicht en leiding, anders dan krachtens een met deze gesloten arbeidsovereenkomst, verrichten

⁴ ECLI:NL:RBSGR:2009:BH1818 en ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7665

⁵ ECLI:NL:GHSGR:2012:BX2214

van arbeid”.

Op grond van de Waadi is er dus sprake van leiding en toezicht en dat heeft, zeker in de zorgcontext, weer gevolgen voor de positie van de ZZP-er. Dit wordt ook bevestigd in jurisprudentie waar de inlener uiteindelijk de werkgever blijkt te zijn van een via een ZZP-bemiddelingsbureau ingehuurde ZZP-er⁶.

ActiZ vraagt daarom duidelijkheid of de Waadi van toepassing is op van bemiddelingsbureaus ingehuurde ZZP-ers door (Thuis)zorgorganisaties. Als dit het geval is, dan ontstaat daarmee een aanzienlijk risico op werkgeverschap van de inlener. Ook dit blijkt uit veel jurisprudentie⁷ waar de inlener wederom de werkgever blijkt te zijn van het ingehuurde (payroll) personeel. ActiZ vraagt of het Kabinet dit Waadi risico bij inzet via ZZP-bemiddelingsbureaus onderkent en wil bevestigen dat dit risico niet speelt bij directe inhuur van een ZZP-er (natuurlijke persoon). ActiZ kent het kabinetsstandpunt⁸ dat ZZP-ers die zichzelf als directeur-grotaandeelhouders (dga's) via hun BV als arbeidskracht aan derden uitlenen, onder de Waadi (kunnen) vallen.

Voor zover de Waadi al niet leidt tot het werkgeverschap van de inlener, constateert ActiZ dat de Waadi ernstig belemmerend werkt. Deze wet verplicht immers tot toepassing op via ZZPbemiddelingsbureaus ingehuurde ZZP-ers van ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden die gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt. Het gaat hierbij om het loon en overige vergoedingen én arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen. De specifieke flexibiliteit van de ZZP-er kan in dat geval dus niet worden benut door een zorgaanbieder. Tevens verbiedt de Waadi het vragen door het bemiddelingsbureau van een tegenprestatie aan de ZZP-er voor de geleverde ter beschikking stellingsdiensten.

Zoals ActiZ terecht constateert, is de Waadi van toepassing in de situatie waarin iemand wordt uitgeleend aan een derde om onder diens toezicht en leiding werkzaamheden te verrichten. Omdat de Wkkgz de zzp'er definieert als een zorgverlener die anders dan in dienst of onmiddellijk of middellijk in opdracht van een instelling zorg verleent, volgt al uit de Wkkgz zelf, dat de Waadi hier niet van toepassing is. De zzp'er heeft dan immers een eigen verantwoordelijkheid voor de zorg die verleend wordt. Als volgens de door de Belastingdienst en VWS goedgekeurde modelovereenkomsten gewerkt wordt, dan zal ook de Waadi niet van toepassing zijn op deze situaties. Dit ligt uiteraard anders indien uit feiten en omstandigheden blijkt dat er in een specifieke situatie feitelijk sprake is van leiding en toezicht en daarmee van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten in de zin van de Waadi. "

Ook hier speelt ten slotte de vraag (vraag 2) of de Wkkgz definitie van solistisch werkende zorgverlener de inzet van ZZP-ers aan (Thuis)zorginstellingen via bemiddelingsbureaus uitsluit, omdat die definitie spreekt van het beroepsmatig verlenen van zorg anders dan in dienst of onmiddellijk of middellijk in opdracht van een instelling.

Zie hiervoor het antwoord bij onderdeel 1.

⁶ ECLI:NL:RBNNE:2014:2168

⁷ ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0861 en ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1178

⁸ Kamerbrief Waadi wetswijziging en ZZP-ers d.d. 19m maart 2013