

## Huishoudelijke hulp: wel werknemer, geen WW. Pyrrusoverwinning?

Rb. Rotterdam 16-12-2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432, m.nt. mr. M.J.A.C. Driessen

**Instantie**

Rechtbank Rotterdam

**Datum**

16 december 2021

**Zaaknummer**

ROT 20/452 en ROT 20/836

**Noot**

mr. M.J.A.C. Driessen

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS637532:1

**Vakgebied(en)**

Sociale zekerheid werkloosheid / Algemeen

Sociale zekerheid werkloosheid / Uitkeringsvoorwaarden

Sociale zekerheid algemeen / Algemeen

Gezondheidsrecht / Zorg en ziektekosten

**Brondocumenten**

ECLI:NL:RBROT:2021:12432, Uitspraak, Rechtbank Rotterdam, 16-12-2021

**Wetgeving**

Art. 6 lid 1 onder c, art. 17, 17a WW; art. 4 Richtlijn 79/7/EEG

### Essentie

**Huishoudelijke hulp: wel werknemer, geen WW. Pyrrusoverwinning?**

### Uitspraak

#### Feiten

Het gaat in deze uitspraak om een beroep tegen twee besluiten die door de rechtbank gevoegd behandeld zijn.

De feiten waarop besluit I is gebaseerd zijn als volgt. Betrokkene heeft in 2014 een zorgovereenkomst gesloten met X op basis van een persoonsgebonden budget (Pgb) op basis waarvan zij vier en een half uur per week de overeengekomen zorg verleent. Dit contract is stilzwijgend verlengd. In 2019 verzoekt betrokkene haar arbeidsverleden te wijzigen en daarin haar zorgwerkzaamheden op te nemen. Dit verzoek is in bezwaar afgewezen omdat betrokkene voor twee dagen per week als zorgverlener werkzaam was en dus op basis van de uitsluitingsgrond ex art. 6 lid 1 aanhef en onder c WW, ook wel de dienstverleningsregeling genoemd, niet als werknemer en als niet verzekerd wordt beschouwd. Betrokkene stelt dat dit in strijd is met art. 4 Richtlijn 79/7/EEG (gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid). De uitsluitingsbepaling discrimineert vrouwen, omdat de betreffende werkzaamheden hoofdzakelijk door die groep worden uitgevoerd, terwijl daar geen rechtvaardigingsgrond voor bestaat. Ter onderbouwing wijst betrokkene op het rapport "Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?" van de Adviescommissie Dienstverlening aan huis (Commissie Kalsbeek). Het UWV verklaart het bezwaar ongegrond.

De feiten bij besluit II: betrokkene heeft in maart 2019 een zorgovereenkomst gesloten met Y, eveneens op basis van een Pgb met ingang van 29 januari voor vier of meer dagen per week. Deze overeenkomst eindigt op 1 september 2019. De aanvraag voor een WW-uitkering wijst het UWV af omdat betrokkene voorafgaand aan de werkloosheid niet in ten minste 26 weken van de 36 weken zou hebben gewerkt en daarmee niet zou hebben voldaan aan de referte-eis.

## Oordeel rechtbank

De rechtsvraag die de rechtbank op basis van feitencomplex I beantwoordt, is of de werkzaamheden die betrokkene heeft verricht op grond van de zorgovereenkomst met X verzekerde arbeid was en of die arbeid in het arbeidsverleden diende te worden opgenomen. Zij overweegt dat de dienstenregeling als zodanig niet direct discrimineert op geslacht, maar dat wel sprake kan zijn van indirecte discriminatie. Dat is volgens de rechtbank wel aan de orde, zo blijkt overtuigend uit statistische gegevens. Voor de indirecte discriminatie bestaat volgens de rechtbank weliswaar een legitieme doelstelling, maar het daartoe ingezette middel, uitsluiting van verzekering, acht zij in het geval van iemand die zorg verleent op basis van een Pgb noodzakelijk noch geschikt. De rechtbank maakt in haar onderbouwing van de uitspraak veelvuldig gebruik van het rapport van genoemde Commissie Kalsbeek, die in 2014 al oordeelde dat de uitsluiting van huishoudelijk personeel voor personen die werken op basis van een Pgb herzien diende te worden, omdat de redenen van de legitieme doelstelling voor deze categorie niet aan de orde zijn. De dienstverleningsregeling moet om die reden buiten toepassing worden gelaten voor betrokkene. Het UWV zal een nieuw besluit moeten nemen waarin de werkzaamheden op basis van de zorgovereenkomst in het arbeidsverleden dienen te worden opgenomen.

Inzake besluit II oordeelt de rechtbank dat uit besluit I volgt dat betrokkene weliswaar als verzekerde werknemster dient te worden beschouwd, maar dat zij niet voldoet aan de referte-eis van de WW. Deze zogenoemde 26 uit 36 weken-eis beslaat in dit geval de periode van 29 januari 2019 tot en met 25 augustus 2019. Tussen partijen is niet in geschil dat betrokkene in die periode in maar 25 kalenderweken ten minste één arbeidsuur heeft gewerkt. Dat onbetaald verlof buiten toepassing gelaten moet worden leidt volgens de rechtbank niet tot een andere uitkomst. Nu niet aan de referte-eis is voldaan heeft betrokkene geen recht op een WW-uitkering.

## Noot

**Auteur:** mr. M.J.A.C. Driessen

## Commentaar

### 1.

In bovenstaande uitspraak staan twee aspecten centraal waarbij het oordeel van de rechtbank inzake besluit I natuurlijk verreweg het allerbelangrijkste is. Hier is het principiële punt van de socialezekerheidsrechtelijke verzekering van dienstverleners aan huis aan de orde, hetgeen onlosmakelijk is verbonden met de bepaling van de rechtspositionele positie van deze groep werkenden. De rechtbank stelt vast dat de legitieme doelstelling van de Regeling dienstverlening aan huis, te weten het stimuleren van de arbeidsmarkt voor persoonlijke dienstverlening en het voorkomen van illegale arbeid legitiem is, maar dat het gekozen middel, uitsluiting van verzekering, in geval van zorgverlening met een Pgb niet passend is, omdat de financiering met door de overheid gefinancierd geld geschiedt. Deze redenering ontleent de rechtbank aan het rapport van de Commissie Kalsbeek uit 2014 en zij merkt vilein op dat de regering deze conclusie destijds deelde, maar heeft nagelaten om daarnaar te handelen.

### 2.

Hoewel ik hier ook wel een lans zou willen breken om de uitsluitingsbepaling in zijn geheel te laten vervallen door de rechtvaardiging van deze indirect discriminerende regeling nog eens scherp tegen het licht te houden, wil ik me in deze beschouwing toch niet focussen op dit onderdeel van de uitspraak. Boot richtte zijn heldere annotatie in USZ (*USZ 2022/3*) op dit onderdeel en het vraagstuk in brede zin gaat het bestek van een annotatie te buiten. Bovendien gaat het verder dan de socialezekerheidsrechtelijke component, maar betreft het evenzeer de kwalificatie van de arbeidsverhouding met alle arbeidsrechtelijke vraagstukken van dien. Dat de kwestie opnieuw in de belangstelling staat zal de voorvechters van het eerste uur, Eva Cremers en Leontine Bijsterveld goed doen (o.a. *Een baan als alle andere?!*, uitgegeven door de Vereniging Vrouw en Recht Clara Wichmann).

### 3.

In deze annotatie wil ik de aandacht vestigen op het tweede onderdeel van de uitspraak, het niet-voldoen aan de referte-eis ex art. 17 en art. 17a WW. Op grond van de eerste bepaling ontstaat het recht op uitkering voor een werknemer indien hij in 36 kalenderweken direct voorafgaand aan de eerste dag van werkloosheid in ten minste 26 kalenderweken ten minste één arbeidsuur per kalenderweek heeft. Omdat sinds 2013 wordt uitgegaan van kalenderweken die eindigen op een zondag en 1 september, de einddatum van het contract van belanghebbende, op een zondag viel, telt deze laatste week niet mee in de bepaling van de wekeneis. Daarmee blijft de wekenteller op 25 weken steken.

#### 4.

Hoewel de arbeidsovereenkomst van betrokkene wel meer dan 26 weken had geduurd voldeed zij niet aan de referte-eis omdat er kennelijk sprake was van het opnemen van onbetaald verlof. Indien een werknemer wegens onbetaald verlof geen arbeid heeft verricht, worden die weken niet in aanmerking genomen, zo bepaalt art. 17a lid 1 onder c WW. Het lijkt mij echter niet onwaarschijnlijk dat betrokkene tijdens het onbetaalde verlof vakantie heeft genomen.

#### 5.

De vraag is hoe het zit met onbetaald verlof als dat eigenlijk gewoon het opnemen van vakantie betreft. Vakantie is een dwingendrechtelijk geregeld recht (art. 7:634 BW) dat geldt voor iedere werknemer, dus ook voor een werknemer die een zorgovereenkomst heeft. Voor het bepalen van de omvang van dat recht gaat de SVB blijkens hun website uit van de opbouw van één vakantie-uur per 12 gewerkte uren. Ik ga er voor het gemak van uit dat dat een equivalent is van het wettelijk evenredige vereiste. Tijdens de vakantie behoudt een werknemer zijn loon (art. 7:639 BW) en ook dat is in geval van een zorgovereenkomst niet anders. Verschil is wel dat bij een zorgovereenkomst de betaling over de vakantie-uren al verdisconteerd is in het uurloon waarmee er dus sprake is van een all-in uurloon.

#### 6.

Dat brengt mij terug bij het in de referte-eis vereiste begrip 'arbeidsuur'. Art. 1a WW definieert dat begrip. Het gaat daarbij om verloonde uren of uren waarop recht op loon bestaat. De op basis van art. 1a lid 2 WW genoemde mogelijkheid uren gelijk te stellen met arbeidsuren is vormgegeven in de Gelijkstellingsregeling arbeidsuren. Op basis daarvan is een uur waarover de werknemer geen inkomen uit arbeid heeft ontvangen, maar als gevolg van vakantie-, snipper-, of compensatieverlofdagen, hij een schadeloosstelling wegens loonderving of vakantiebonnen heeft ontvangen of hij daarmee overeenkomende aanspraken heeft ontvangen of verkregen, gelijkgesteld met een arbeidsuur.

#### 7.

Hoewel niet onomstreden is het betalen van een all-in loon waarin een toeslag voor vakantiedagen is opgenomen niet ongebruikelijk bij flexcontracten, zoals bij uitzendkrachten en oproepkrachten. Als verfijning van de Gelijkstellingsregeling is dit nader vormgegeven in het Besluit gemiddeld aantal arbeidsuren uitzendkrachten en gelijkgestelde werknemers (Besluit GAA).

#### 8.

Naar mijn idee heeft de rechtbank deze Gelijkstellingregeling en het Besluit GAA ten onrechte niet meegenomen in haar overweging dat betrokkene niet zou hebben voldaan aan de weken-eis. Mocht in deze zaak hoger beroep worden ingesteld, wat gezien de importantie van het buiten toepassing verklaren van de dienstverleningsregeling voor Pgb-gerechtigden niet denkbeeldig is, dan kan dit ook voor betrokkene resulteren in een WW-uitkering, waarin ook haar arbeidsverleden als Pgb-ster wordt meegenomen.