

RECHTSPRAAK

X/Y***Opzegging waarneming kaakchirurg. Kwalificatievraag. Meer elementen van overeenkomst van opdracht dan van arbeidsovereenkomst.****Feiten*

X is als vrijgevestigde kaakchirurg, door middel van vennootschap Y, werkzaam bij de stichting IJsselmeerziekenhuizen. Op 8 maart 2012 heeft Y aan X te kennen gegeven dat zij voor de toekomst geen gebruik meer wenst te maken van de verdere diensten van werknemer voor de maatschap. X heeft de nietigheid van het gegeven ontslag ingeroepen. X vordert onder meer een verklaring voor recht dat er tussen partijen op 16 maart 2011 een arbeidsovereenkomst is gesloten en hij heeft een loonvordering ingesteld. De kantonrechter heeft geoordeeld dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar van een overeenkomst van opdracht. Tegen dit vonnis komt X in hoger beroep.

*Oordeel**Kwalificatie overeenkomst*

Y heeft op 7 maart 2011 aan X laten weten dat hij per 1 april 2011 structureel kon komen werken. Op 8 maart 2011 heeft X laten weten daarmee in te stemmen. Uit deze feiten volgt dat het de bedoeling van partijen was dat X niet (langer) puur incidenteel maar structureel werkzaamheden ging verrichten in de praktijk van Y. Die enkele wens en tot verwezenlijking daarvan strekkende afspraak laten zich echter zowel binnen als buiten een arbeidsovereenkomst denken. Partijen kenden elkaar al toen zij hun afspraak voor structurele samenwerking maakten op 7/8 maart 2011. In 2010 had X immers al eens in de praktijk van Y gewerkt. Toen geschiedde dat op zogenaamde waarnemingsbasis. Dat wil zeggen dat X voor zijn werkzaamheden factureerde en deze derhalve verrichtte voor eigen rekening en risico en zonder dat sprake was van een gezagsverhouding. In zijn mailbericht van 7 maart 2011 heeft Y uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de structurele samenwerking per 1 april 2011 eveneens op waarnemingsbasis diende te geschieden, dat hij niet werkt op basis van te verstrekken voorschotten en dat het 'honorarium' in de 'volgende' maand wordt betaald. De gebruikte formuleringen wijzen meer in de richting van een samenwerking op waarnemingsbasis (overeenkomst van opdracht) dan op een dergelijke samenwerking in loondienst omdat, naar de algemene ervaring leert, de eerste twee begrippen binnen arbeidsovereenkomsten ongebruikelijk, maar binnen waarnemingsovereenkomsten gebruikelijk zijn en loon bij

arbeidsovereenkomsten pleegt te worden betaald aan het eind van de maand waarin gewerkt is en niet pas in de maand daarna. Daarbij komt dat feitelijk door Y geen loonheffing is ingehouden op de aan X uitbetaalde bedragen. Ook dat gegeven wijst meer in de richting van waarneming dan van arbeidsovereenkomst. Onbetwist is voorts dat niet een vaste vergoeding is afgesproken voor de te verrichten werkzaamheden, maar een variabele, namelijk een vergoeding die afhankelijk zou zijn van en uitgedrukt werd in een percentage van de door X gegenereerde omzet. Die vergoeding werd door Y telkens (maandelijks) als ‘vergoeding waarneming’ uitbetaald. Voorts zijn nimmer loonstroken verstrekt, welke verstrekking bij arbeidsovereenkomsten verplicht is. Ook deze drie aspecten wijzen meer in de richting van een overeenkomst van opdracht dan in die van een arbeidsovereenkomst. Partijen zijn het erover eens dat werknemer in de periode van 1 april 2011 tot 8 maart 2012 gemiddeld 17 dagen per maand heeft gewerkt. Gesteld noch gebleken is dat die inzet slechts geschiedde ter vervanging van A. Het lijkt er dus op dat de inzet van X niet slechts diende ter vervanging van A, maar ook een uitbreiding inhield van het door de praktijk van Y aan het publiek gedane behandel aanbod. Dat enkele gegeven betekent echter nog niet dat de zakelijke basis onder de inzet van X per 1 april 2011 van kleur verschoot: van waarneming (overeenkomst van opdracht) naar arbeidsovereenkomst. Die ruimere inzet van X liet zich zeer wel ook realiseren binnen het verband van een overeenkomst van opdracht. Feitelijk veranderde er per 1 april 2011, afgezien van die ruimere inzet, helemaal niets ten opzichte van de waarnemingssituatie voor die datum. Het structurele karakter van de inzet is daarom geen bijzondere aanwijzing voor het bestaan of per 1 april 2011 ontstaan van een arbeidsovereenkomst. Een afspraak over een aantal vakantiedagen is door X niet gesteld. Er moet dus van worden uitgegaan dat die er niet was. Het ontbreken van een dergelijke afspraak wijst meer in de richting van een overeenkomst van opdracht dan in die van een arbeidsovereenkomst omdat X's recht hebben op vakantiedagen en afspraken daarover binnen een arbeidsovereenkomst (derhalve) normaal zijn. Het feit dat van hem werd verwacht dat ook hij zich hield aan een rooster wijst evenmin specifiek in de richting van het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ook van hem als opdrachtnemer mocht dat verwacht worden. X had voorts alle vrijheid om, voordat het rooster werd vastgesteld, op te geven op welke dagen hij wel of niet wilde werken. Het verzoek van Y (in de mailberichten van 2 en 14 februari 2012) was bedoeld middels de VAR-verklaring vastgelegd te hebben dat Y geen loonheffing behoefde in te houden. Blijkens het antwoord van X op 15 februari 2012 was hij het daarmee eens: de accountant was immers doende dergelijke verklaringen over 2011 en 2012 beschikbaar te krijgen, waarmee dus vastgelegd zou zijn dat Y geen loonheffing behoefde in te houden. Dat gegeven is een nadere aanwijzing voor het afwezig zijn van een arbeidsovereenkomst, waarin immers inhouding van loonheffing door de werkgever juist wel dient te geschieden. X stelt zich op het standpunt dat het BBA van toepassing is. Hij heeft echter nagelaten aangiften of andere bescheiden in het geding te brengen, die duidelijkheid zouden kunnen verschaffen omtrent de vraag of van meer dan twee andere opdrachtgevers sprake was.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-08-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:7508

Zaaknummer: 200.159.160/01

Advocaten: M.J. Keuss en mr. C. Velink

Wetsartikelen: 7:61o BW