

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Leerorkest

Werknemer die na vier jaar uitzending bij inlener in dienst treedt heeft geen vast contract op grond van de ketenregeling. Opdrachtovereenkomst in casu waarschijnlijk een arbeidsovereenkomst.

Het Leerorkest is een muziekeducatieproject waarbij basisschoolkinderen in het reguliere schoolgebouw één keer per week tijdens schooltijd in kleine groepjes instrumenten bespelen onder leiding van professionele muzikanten. Er worden orkestpartijen ingestudeerd en na een paar maanden vormen de kinderen onder begeleiding van een professionele dirigent een symfonieorkest: het Leerorkest. Werker heeft van 12 april 2007 tot en met 31 mei 2011 werkzaamheden verricht voor het Leerorkest als docent viool voor basisschoolkinderen, door tussenkomst van Tentoo Collective Freelance & Flex B.V. (verder: Tentoo). Van 1 juni 2011 tot 5 juli 2011 heeft werker zonder tussenkomst van Tentoo werkzaamheden als docent viool verricht voor het Leerorkest. Werker heeft een overeenkomst van opdracht gesloten. Daarnaast heeft hij een arbeidsovereenkomst met de Muziekschool Amsterdam. De Belastingdienst heeft werknemer ten behoeve van het Leerorkest een VAR verstrekt. In juli 2012 bericht het Leerorkest dat zij de overeenkomst met werker niet verlengt. Werker stelt zich op het standpunt dat hij werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst. In werkelijkheid waren de overeenkomsten van opdracht verkapte arbeidsovereenkomsten. Er was sprake van arbeid verricht in een gezagsverhouding en de bedingen aangaande vervanging en wijze van betaling zijn niet in vrijheid door werker aangegaan. Reeds sinds 2007 heeft werker, eerst via Tentoo, onafgebroken, met tussenpozen van minder dan drie maanden werkzaamheden verricht voor het Leerorkest. Op grond van artikel 7:668a BW is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. De opzegging van deze arbeidsovereenkomst is vernietigbaar omdat deze niet is geschied met inachtneming van de toepasselijke CAO Kunsteducatie, welke vernietigbaarheid tijdig is ingeroepen. Het Leerorkest handelde in strijd met artikel 3:1 jo. artikel 3:2 van de CAO Kunsteducatie.

Het hof oordeelt als volgt. De rechtsverhouding tussen partijen kan in de periode 2007-2011 niet als een arbeidsovereenkomst worden gekwalificeerd, maar moet, zoals het Leerorkest stelt, als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW worden bestempeld. Vast staat tussen partijen dat werker in april 2007 een sollicitatiegesprek heeft gevoerd met de heer D., coördinator van het Leerorkest. Vast staat bovendien dat werker aan het einde van het sollicitatiegesprek de 'CAO Tentoo Collective Freelance & Flex B.V.' heeft ontvangen, dat hij per 12 april 2007 is begonnen bij het Leerorkest als docent viool en dat hij vanaf die datum

voor zijn werkzaamheden ten behoeve van het Leerorkest uitsluitend salaris en loonstroken van Tentoo heeft ontvangen. Voorts heeft werker niet expliciet betwist dat hij een door Tentoo verstrekt registratieformulier op 17 april 2007 aan Tentoo heeft geretourneerd. Verder heeft de directeur van Tentoo schriftelijk onder meer verklaard dat werker met ingang van 12 april 2007 in dienst is getreden bij Tentoo en op 31 mei 2011 uit dienst is getreden, dat hij in dienst was op basis van een uitzendovereenkomst en dat het Leerorkest inlener van werker en Tentoo uitlener was. Daar komt nog bij dat werker zelf heeft gesteld dat het, voor zover hij kon nagaan, 'voor alle docenten gebruikelijk [was] dat er aanvankelijk via Tentoo werd gewerkt' en dat het voor het Leerorkest, door 'vervolgens de samenwerking met Tentoo in 2011 te beëindigen en de docenten te verplichten om gebruik te maken van een opdrachtovereenkomst, (...) nog voordeliger' werd. Op grond van al deze feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, acht het hof aannemelijk dat in de periode 2007-2011 sprake is geweest van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW waarbij werker door Tentoo ter beschikking werd gesteld aan het Leerorkest. Werker heeft hiertegen in hoofdzaak aangevoerd dat hij in die periode werkzaam is geweest krachtens een arbeidsovereenkomst tussen hem en het Leerorkest omdat sprake was van een gezagsverhouding tussen het Leerorkest en hemzelf en de andere docenten die bleek uit onder meer het verplichte rooster, het voorgeschreven repertoire, het curriculum, de vervangingsregeling en andere kenmerken zoals aansturing van de docenten door of namens het Leerorkest, en heeft ter zake expliciet bewijs aangeboden. Daarmee miskent werker evenwel dat een uitzendovereenkomst juist meebrengt dat onder toezicht en leiding van de derde (in dit geval: het Leerorkest) arbeid wordt verricht en deze derde (de inlener) dus een instructiebevoegdheid (gezagsverhouding) uitoefent voor zover het de te verrichten arbeid betreft. Het bewijsaanbod van werker op dit punt wordt daarom als niet ter zake dienend gepasseerd. Op grond van het voorgaande faalt het door werker gedane beroep op toepasselijkheid van artikel 7:667 lid 4 BW (de zogenoemde Ragetlie-regel), terwijl artikel 7:668a lid 1 BW ook hierom iedere toepassing mist. Aan het bepaalde in lid 1 aanhef en onderdeel a van artikel 7:668a BW wordt immers niet voldaan omdat, als de overeenkomsten voor bepaalde tijd die het Leerorkest met werker in de periode na 31 mei 2011 heeft gesloten al als arbeidsovereenkomsten kunnen worden aangemerkt, deze overeenkomsten de periode van 36 maanden niet hebben overschreden. Dit geldt ook indien met werker zou worden aangenomen dat de overeenkomst die op 26 juni 2012 afliep na die datum op de voet van artikel 7:668 BW is voortgezet tot 1, althans 6 december 2012. Ook aan het in lid 1 aanhef en onderdeel b van artikel 7:668a BW bepaalde is niet voldaan omdat in elk geval geen sprake is van meer dan drie, maar slechts van ten hoogste drie, voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten. Overigens kan van voortzetting van enige arbeidsovereenkomst na 26 juni 2012 op de voet van artikel 7:668 lid 2 BW geen sprake zijn, omdat de op laatst vermelde datum aflopende overeenkomst voor bepaalde tijd was gesloten (te weten tot 21, althans 26 juni 2012) en geen opzegging van die overeenkomst was vereist, nu, zoals hiervoor is overwogen, artikel 7:667 lid 4 BW toepassing mist.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 07-04-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:1287

Zaaknummer: 200.143.235

Rechters: D.J. van der Kwaak, J.E. Molenaar en L.A.J. Dun

Advocaten: P. Chr Snijders en A.F.E. Versteegh