

Kroniek arbitrage en bindend advies Gezondheidsrecht vanaf 2002 tot 2015

Door Janneke Lange, advocaat verbonden aan Palthe Oberman Advocaten (gespecialiseerd in arbeidsrecht en gezondheidsrecht)

I. Inleiding

In de afgelopen jaren is er een aantal maal een kroniek gepubliceerd over de uitspraken in arbitrage en de bindend adviezen van het Scheidsgerecht voor de Gezondheidszorg¹. Deze kronieken geven, samen met de uitspraken die gepubliceerd staan op de website van het Scheidsgerecht, inzicht in de besluitvorming van het Scheidsgerecht en de inhoud van de zaken die aan het Scheidsgerecht voorgelegd worden.

Waar echter weinig tot geen inzicht in bestaat, zijn de uitspraken in arbitrage en de bindend adviezen op het gebied van het gezondheidsrecht die niet door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg zijn geweest maar door andere arbitrage- en bindend adviescommissies. Deze uitspraken en adviezen zijn immers in beginsel niet openbaar. Bovendien zijn er ook nauwelijks overzichtsartikelen over geschreven. Voor zover mij bekend is er slechts in de gedenkbundel "Met een zekere stijl" één overzichtsartikel gepubliceerd. Dit is een artikel van de hand van mijn kantoorgenoot, mr. A.L. As-scher. Hij heeft in dat artikel enkele bijzonderheden beschreven die zich hebben voorgedaan in de arbitrageprocedures en bindend adviesprocedures die bij de Orde van Medisch Specialisten bekend zijn in de periode 1994 - 2002.

In de onderhavige kroniek zal ingegaan worden op een aantal bijzonderheden en veel voorkomende problematiek in de bij de Orde van Medisch Specialisten bekend zijnde arbitrage- en bindend adviesprocedures waarin daadwerkelijk een uitspraak is geweest of een bindend advies is afgegeven in de periode 2002 - begin 2013 (hierna: "de Uitspraken"). Procedures die buiten de Orde van Medisch Specialisten om gevoerd zijn, worden buiten beschouwing gelaten. Procedures die via de Orde van Medisch Specialisten gevoerd zijn maar uiteindelijk geschikt zijn, worden eveneens buiten beschouwing gelaten.

In de periode 2002 – medio 2013 zijn er zo'n 45 Uitspraken geweest. Dit aantal is minder omvangrijk dan het aantal uitspraken/bindend adviezen dat door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg is geweest in dezelfde periode. Dit kan wellicht deels verklaard worden door het feit dat een groot aantal zaken dat buiten het Scheidsgerecht om in arbitrage en/of bindend advies wordt voorgelegd uiteindelijk gedurende de procedure geschikt worden.

II. Bijzonderheden en veel voorkomende problematiek Uitspraken 2002 – begin 2013

Het uitstotingsbeding

Titel negen van boek 7A van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW") heeft betrekking op de maatschap. Deze titel bevat in de artikelen 7A:1683 e.v. BW bepalingen ten aanzien van de wijze waarop een maatschapsovereenkomst beëindigd kan worden. Deze artikelen voorzien niet in een mogelijkheid

¹ P.J.M. van Wersch, Jurisprudentieoverzicht Scheidsgerecht Gezondheidszorg 1998-1999, TvGR 2000, p. 503-515; J.H.M. van Swaai en P.J.M. van Wersch, Kroniek rechtspraak Scheidsgerecht Gezondheidszorg 2000-2008, TvGR 2009, p. 281-302; T.A.M. van den Ende, Kroniek Scheidsgerecht Gezondheidszorg 2009-2011, TvGR 2012, p. 226-237

voor de maten van een maatschap om gezamenlijk de maatschapsovereenkomst met één andere maat op te zeggen (i.e. uit te stoten).

Willen de maten de mogelijkheid hebben om de maatschapsovereenkomst met een andere maat op te zeggen, dan dient die mogelijkheid expliciet in de maatschapsovereenkomst overeengekomen te worden, i.e. er dient een uitstotingsbeding in de maatschapsovereenkomst overeengekomen te worden².

Is een dergelijk beding niet tussen de maten overeengekomen, dan is de opzegging door de maten van de maatschapsovereenkomst met één andere maat niet rechtsgeldig.

Uit de gewezen Uitspraken blijkt echter dat het regelmatig voorkomt dat de maatschapsovereenkomst met één van de maten wordt opgezegd zonder dat er een dergelijk uitstotingsbeding in de maatschapsovereenkomst overeengekomen is, dan wel dat er weliswaar een uitstotingsbeding in de maatschapsovereenkomst is opgenomen maar dat dit beding slechts ziet op een bijzondere situatie (bijvoorbeeld opzegging na langdurige arbeidsongeschiktheid) terwijl de maatschapsovereenkomst met één van de maten wordt opgezegd door de andere maten zonder dat die bijzondere situatie zich voordoet.

Kennelijk zijn maten (en hun gemachtigden) vaak niet goed op de hoogte van het feit dat een uitstoting zonder uitstotingsbeding niet rechtsgeldig is, dan wel laten zij zich verleiden een poging te wagen om de maatschapsovereenkomst desalniettemin op te zeggen in de hoop dat de andere partij (de op te zeggen maat) hier niet van op de hoogte is.

Ook blijkt uit de gewezen Uitspraken dat maten (en hun gemachtigden) inventief proberen te zijn om aan het feit dat er geen uitstotingsbeding is overeengekomen, dan wel aan het feit dat de specifieke situatie waarop het uitstotingsbeding betrekking heeft zich niet voordoet, te ontkomen.

In één van de Uitspraken was in de maatschapsovereenkomst een uitstotingsbeding overeengekomen dat uitsluitend van toepassing was in het geval een maat twee jaar ziek zou zijn. Daar was bij de maat waarvan de maatschapsovereenkomst door alle overige maten opgezegd werd, geen sprake van. Het contractuele uitstotingsbeding was dus niet van toepassing.

De overige maten trachtten dit te repareren door te betogen dat er geen sprake zou zijn geweest van een collectieve opzegging van de betreffende maat door de maatschap (i.e. geen uitstoting), maar dat er slechts sprake zou zijn geweest van individuele opzeggingen, die toevalligerwijs in de tijd samen waren gevallen.

Duidelijk mag zijn dat dit betoog niet succesvol was. Er was sprake van een doelredentatie om de problematiek van het ontbreken van een toepasselijk uitstotingsbeding te omzeilen³.

² Zie o.a. HR 13 juni 1969, NJ 1969/330 (Wanderink-Vinke), Van personenvennootschappen, A.L. Mohr, zesde druk, hoofdstuk 6.2.3 en Asser 7-VII, 2010, hoofdstuk 7.4.

³ Zie Van personenvennootschappen. A.L. Mohr, zesde druk, hoofdstuk 6.2.3

Verhouding toelatingsovereenkomst versus maatschapsovereenkomst

Veel maatschapsovereenkomsten bevatten een bepaling op basis waarvan de maatschapsovereenkomst automatisch eindigt wanneer aan de betreffende maat de toegang tot het ziekenhuis is ontzegd.

Een dergelijke bepaling houdt naar algemeen aangenomen wordt in dat wanneer de betreffende maat definitief niet meer toegelaten is tot het ziekenhuis, i.e. de opzegging door het ziekenhuis van de toelatingsovereenkomst niet meer aantastbaar is door enig rechtsmiddel, de maatschapsovereenkomst ook automatisch eindigt. De maatschap hoeft derhalve feitelijk wanneer de toelatings-overeenkomst door het ziekenhuis is opgezegd en dit niet door de betreffende maat wordt aangevochten, geen enkele actie te ondernemen om tot de beëindiging van de maatschapsovereenkomst met de betreffende maat te komen.

Desalniettemin komt het met enige regelmaat voor dat de maatschap en/of de betreffende maat zich hiervan niet bewust is/zijn. Maten van wie de toelatingsovereenkomst is opgezegd, stellen daartegen niet tijdig beroep in en verliezen daarmee zonder dat zij zich daarvan bewust zijn ook hun maatschapsovereenkomst en maatschappen verzoeken ondanks het feit dat de maatschaps-overeenkomst reeds op basis van voornoemde bepaling is geëindigd, om de ontbinding van de maatschapsovereenkomst.

Arbitragebeding

Voor het rechtsgeldig overeenkomen van een maatschapsovereenkomst, geldt niet het vereiste dat de overeenkomst schriftelijk moet zijn vastgelegd. Ook een mondeling overeengekomen maatschapsovereenkomst is rechtsgeldig⁴. Voor het rechtsgeldig overeenkomen van arbitrage geldt echter op grond van artikel 1020 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: "RV") wel het vereiste dat dit schriftelijk tussen partijen moet zijn overeengekomen.

Uit de gewezen Uitspraken kan afgeleid worden dat het met enige regelmaat voorkomt dat een nieuwe maat tot de maatschap toetreedt zonder dat er (meteen) een schriftelijke maatschapsovereenkomst getekend wordt, terwijl er in de maatschapsovereenkomst van de andere maten wel een arbitragebeding is opgenomen.

Gezien het voorgaande staat dit aan het ontstaan van de maatschapsovereenkomst niet in de weg, maar staat dit wel aan het ontstaan van gebondenheid van de betreffende maat aan het arbitragebeding in de weg.

Dit leidt tot problemen wanneer de maten vervolgens een geschil in arbitrage willen voorleggen. Voor die ene betreffende maat is er immers geen rechtsgeldig arbitragebeding van toepassing, en hij kan in beginsel dan ook niet in een te initiëren arbitrageprocedure betrokken worden.

Dit kan worden opgelost door alsnog middels een akte van compromis gebondenheid van de betreffende maat aan het arbitragebeding overeen te komen. Zo is dit probleem in bijna alle zaken die aan de Uitspraken ten grondslag liggen waarin zich deze problematiek voordeed opgelost.

⁴ Hoge Raad 2 september 2011, NJ 2012/75

Echter, partijen zijn daartoe niet altijd bereid en dan is het de vraag hoe er met de zaak die in arbitrage wordt voorgelegd omgegaan moet worden.

Dient de zaak in een dergelijke geval gesplitst te worden behandelend en dient het conflict voor wat betreft de maat waarvoor geen schriftelijk arbitragebeding van toepassing is, door de civiele rechter te worden behandeld en het geschil ten aanzien van de overige maten in arbitrage?

Of moet de zaak met een beroep op het leerstuk van de ondeelbaarheid (Exceptio Plurium Litis Consortium)⁵ juist niet gesplitst worden omdat de vorderingen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en dient de zaak dan in het geheel aan de civiele rechter te worden voorgelegd? Kanttekening daarbij is wel dat dit leerstuk slechts in uitzonderlijke omstandigheden toegepast wordt.

De Hoge Raad heeft hierover nog geen uitsluitend gegeven.

Hoofdelijke aansprakelijkheid

In diverse Uitspraken werd door de eisende partij een hoofdelijke veroordeling van de overige maten gevorderd zonder dat daarvoor een grondslag aangevoerd werd. Dit terwijl het uitgangspunt in ons rechtssysteem is dat debiteuren ieder voor een gelijk deel aansprakelijk zijn, tenzij uit de wet, gewoonte of een rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk aansprakelijk zijn. Zie artikel 6:6 lid 1 BW.

Overigens bepaalt artikel 7A:1679 BW ten aanzien van de crediteuren van de maatschap conform het voorgaande uitdrukkelijk dat de vennoten niet ieder voor het geheel van de schulden van de maatschap aansprakelijk zijn. En artikel 7A:1680 BW bepaalt dat de vennoten ieder voor een gelijke som en een gelijk aandeel aansprakelijk zijn, ook indien het aandeel in de maatschap van de één minder is dan dat van de ander. Dit is anders indien bij het aangaan van de schuld expliciet bedongen is dat de aansprakelijkheid bestaat naar evenredigheid van het aandeel van elke vennoot in de maatschap.

Mediation clause

Sommige maatschapsovereenkomsten bevatten een bepaling op grond waarvan partijen eerst mediation moeten betrachten alvorens zij hun geschil in arbitrage of in een bindend advies procedure kunnen voorleggen.

In de zaken die aan de Uitspraken ten grondslag lagen, is het voorgekomen dat een geschil in arbitrage/voor bindend advies wordt voorgelegd terwijl partijen in strijd met een mediation beding geen mediation betracht hadden. Het is de vraag of wat daar de consequentie van is. Is de betreffende zaak dan wel ontvankelijk?

De Hoge Raad heeft zich daarover in 2006⁶ reeds uitgesproken en bepaald dat partijen ook in een dergelijk geval gewoon ontvankelijk zijn. Dit standpunt is door de Hoge Raad ook in latere rechtspraak bevestigd⁷.

⁵ Burgerlijk procesrecht, Stein/Rueb, achttiende druk, hoofdstuk 8.4

⁶ Hoge Raad 2 september 2011, NJ 2012/75

⁷ Zie voor een overzicht van de rechtspraak P.A. Wacky Eysten, TVA 2010, 37

Dit wordt in de toekomst mogelijk anders omdat er een voorontwerp initiatiefwetsvoorstel over mediation is, dat onder andere aan deze vrijblijvendheid een einde wenst te maken en een verplichting wenst in te voeren om aan een mediation beding ook daadwerkelijk uitvoering te geven alvorens partijen zich tot de civiele rechter wenden.

Verplichting tot koop maatschapsaandeel vertrekkende maat?

In de Uitspraken wordt als uitgangspunt gehanteerd dat wanneer er in de maatschapsovereenkomst geen verplichting om het maatschapsdeel van de vertrekkende maat over te nemen, is overeengekomen, de achterblijvende maten daartoe ook niet verplicht zijn. Dit heeft tot gevolg dat wanneer een maat vertrekt en hij zijn maatschapsaandeel niet "meeneemt", er voor dat maatschapsaandeel een andere koper/opvolger gevonden moet worden. In de tussenliggende periode nemen in de praktijk de overige maten of een waarnemer de praktijk van de vertrekkende maat meestal waar totdat die opvolger is gevonden.

Dit kan onder omstandigheden anders zijn. Zo is bijvoorbeeld in één van de Uitspraken de vordering van de vertrekkende maat daartoe op grond van artikel 6:248 lid 2 BW toegewezen.

Die uitspraak zag op een maatschap waarbinnen de maten in tweetallen nauw met elkaar samenwerkten. Tussen de betreffende maat en de maat waarmee deze maat een dergelijk tweetal vormde ontstonden al snel samenwerkingsproblemen. De overige maten deden onvoldoende om dit probleem op te lossen. Mediation werd door hen tussentijds afgebroken en vervolgens hebben zij getracht de maatschapsovereenkomst met de betreffende maat te beëindigen middels opzegging terwijl er geen uitstotingsbeding in de maatschapsovereenkomst overeengekomen was.

De overige maten hebben vervolgens om ontbinding van de maatschapsovereenkomst ten aanzien van de betreffende maat verzocht. Op zijn beurt vorderde de betreffende maat dat de overige maten zijn maatschapsaandeel zouden overnemen. De maatschapsovereenkomst bevatte daartoe geen verplichting.

Deze vordering van de betreffende maat werd echter ondanks het ontbreken van een contractuele verplichting daartoe, toegewezen. Vanwege het feit dat de maatschapsovereenkomst van de betreffende maat zeer korte tijd na zijn toetreden alweer werd beëindigd vanwege redenen die (mede) aan de maatschap te wijten waren, werd het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht dat de resterende maten het maatschapsaandeel niet zouden overnemen.

De civiele rechter lijkt echter over het voorgaande in een aantal uitspraken⁸ anders te oordelen en bij vertrek van een maat, direct een overname verplichting (uitbetaling van goodwill) aan te nemen indien de praktijk wordt voortgezet. Dit kennelijk, voor zover uit uitspraken is af te leiden, zonder rekening te houden met de vraag of de achterblijvende maten uit hoofde van zaakwaarneming het maatschapsdeel van de vertrekkende maat waarnemen of daadwerkelijke dat deel voor eigen rekening en risico voortzetten.

⁸ Onder andere: Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 24 december 2003, ECLI AO1013; Rechtbank Utrecht 29 juli 2009, ECLI BJ4278; Rechtbank Amsterdam 26 maart 2003, JOR 2004/187

Verplichting tot samenwerking na beëindiging maatschapsovereenkomst

Uitgangspunt is dat nadat de maatschapsovereenkomst beëindigd is er tussen de ex-maten geen verplichting meer bestaat om samen te werken. Ook dit kan echter onder omstandigheden anders zijn.

In één van de Uitspraken had het ziekenhuis de toelatingsovereenkomst van de betreffende maat opgezegd. De betreffende maat heeft daartegen met succes beroep ingesteld bij het Scheidsgerecht voor de Gezondheidszorg.

In arbitrage verzochten de overige maten om ontbinding van de maatschapsovereenkomst met de betreffende maat vanwege disfunctioneren. De betreffende maat verzocht primair om afwijzing van dit verzoek, en subsidiair om veroordeling van de maten om met hem te blijven samenwerken zodat hij op basis van zijn toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkzaam kon blijven. De toelatingsovereenkomst vereist immers dat de medisch specialist in een samenwerkingsverband zijn werkzaamheden verricht.

In de arbitrageprocedure werd de primaire vordering van de betreffende maat afgewezen. De maatschapsovereenkomst werd ontbonden. De subsidiaire vordering van de betreffende maat werd echter op grond van artikel 6:248 lid 1 BW wel toegewezen omdat de maat anders niet aan voornoemd vereiste van de toelatingsovereenkomst kon voldoen en zijn werk (ondanks het feit dat de toelatingsovereenkomst door het Scheidsgerecht in stand was gelaten) in het ziekenhuis niet zou kunnen voortzetten.

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA)

In één van de Uitspraken deed zich, zij het slechts zijdelings, de vraag voor of het BBA op basis van artikel 1 sub a onder 2 BBA ook van toepassing was op de opzegging van een waarnemingsovereenkomst (i.e. overeenkomst van opdracht) tussen een medisch specialist en een maatschap.

Op basis van het BBA dient er namelijk niet alleen voor werknemers in de zin van titel 10 van boek 7 BW toestemming aan het UWV gevraagd te worden om de arbeidsverhouding op te zeggen, maar ook voor bepaalde andere categorieën van 'werknemers', waaronder bepaalde opdrachtnemers.

Op basis van artikel 1 sub a onder 2 BBA dient er ook een vergunning om op te zeggen verkregen te worden voor de opzegging van de arbeidsverhouding van degene die:

- (i) persoonlijke arbeid verricht voor een ander,
- (ii) deze arbeid voor hem niet van bijkomstige aard is,
- (iii) hij maximaal voor twee anderen werkzaam is, en
- (iv) hij zich bij het verrichten van de arbeid slechts door maximaal twee andere personen laat bijstaan.

Onderhavige uitspraak waarin de vraag naar de toepasselijkheid van het BBA naar voren kwam, betrof een medisch specialist die als waarnemer werkzaam was voor het ziekenhuis in opdracht van de maatschap. De waarnemingsovereenkomst was aangegaan voor bepaalde tijd en was reeds eenmaal verlengd tot eind 2011. Eind 2011 is er gesproken over een tweede verlenging tot medio 2012 en de voorwaarden waaronder die verlenging plaats zou vinden. De maatschap heeft vervolgens op 2 de-

cember 2011 alsnog schriftelijk aan de medisch specialist laten weten dat de overeenkomst per 31 december 2011 niet verlengd zou worden.

Partijen verschilden vervolgens onder andere van mening of er reeds mondeling een tweede verlenging van de overeenkomst tussen partijen was overeengekomen.

De medisch specialist initieerde een arbitrageprocedure waarin onder andere doorbetaling van de overeengekomen vergoeding gevorderd werd. De medisch specialist stelde daartoe primair dat er mondeling een verlenging van de opdrachtovereenkomst overeengekomen was welke niet was opgezegd zodat deze nog tot medio 2012 tussen partijen van toepassing was. Subsidiair stelde de medisch specialist dat voor zover de brief van 2 december 2011 als een opzegging beschouwd zou moeten worden, deze opzegging vernietigbaar was vanwege het ontbreken van de vereiste toestemming om op te zeggen op basis van artikel 1 sub a onder 2 BBA.

Nu de maatschap de medisch specialist gevraagd had langer aan te blijven en de medisch specialist zich daartoe bereid had verklaard en nu de medisch specialist vervolgens verzocht was zijn voorkeursvakantiedagen voor 2012 op te geven en ook voor de eerste helft van 2012 in het basisrooster stond opgenomen, waren de arbiters van oordeel dat er een mondelinge verlenging tot medio 2012 tussen partijen overeengekomen was, dan wel dat de maatschap in ieder geval daartoe een gerechtvaardigd vertrouwen had opgewekt.

Nu de maatschap zowel in de stukken als tijdens de zitting in arbitrage uitdrukkelijk had gesteld dat de brief van 2 december 2011 niet de opzegging van de waarnemingsovereenkomst betrof, maar slechts de mededeling bevatte dat de waarnemingsovereenkomst niet verlengd zou worden, kwamen de arbiters niet toe aan de subsidiaire stelling van de medisch specialist.

De vordering tot betaling van de vergoeding over de periode tot medio 2011 werd toegewezen omdat er sprake was van een overeengekomen verlenging van de waarnemingsovereenkomst welke niet opgezegd was.

Geheel ten overvloede overwogen de arbiters ten aanzien van het beroep op het BBA dat wanneer de brief van 2 december 2011 toch als een opzegging beschouwd zou moeten worden, deze opzegging niet vernietigbaar zou zijn geweest vanwege strijd met het BBA. De arbiters waren van mening dat nu medisch specialisten meer dan twee opdrachtgevers hebben, zij niet kwalificeren als een 'werknemer' in de zin van artikel 1 sub a onder 2 BBA. Kennelijk kwalificeren geneeskundige behandelovereenkomsten volgens de arbiters ook als opdrachtovereenkomsten in de zin van artikel 1 sub a onder 2 BBA.

In het verlengde hiervan wordt erop gewezen dat ook het Scheidsgerecht Gezondheidszorg van oordeel is dat het BBA niet van toepassing is op de opzegging door het ziekenhuis van een met de medisch specialist overeengekomen toelatingsovereenkomst (i.e. opdrachtovereenkomst). In een recente kwestie heeft het Scheidsgerecht namelijk met een vergelijkbare overweging het beroep van een medisch specialist op het BBA gepasseerd⁹.

⁹ Scheidsgerecht 13 december 2012, kenmerk 12/26

Het is de vraag of hierover niet anders gedacht kan worden? Er zou namelijk beargumenteerd kunnen worden dat de medisch specialist wel degelijk als een 'werknemer' in de zin van artikel 1 sub a onder 2 BBA beschouwd kan worden.

De medisch specialist verricht op basis van de waarnemingsovereenkomst of toelatingsovereenkomst immers:

- (i) persoonlijke arbeid voor de maatschap dan wel het ziekenhuis,
- (ii) welke niet van bijkomstige aard is, en
- (iii) laat zich ook niet door meer dan twee anderen bijstaan.

Bovendien is het verdedigbaar dat de medisch specialist deze arbeid feitelijk voor niet meer dan twee anderen verricht (in geval van een waarnemingsovereenkomst: voor de maatschap; en in geval van een vrijgevestigde medisch specialist in een maatschap toegelaten tot een bepaald ziekenhuis: het ziekenhuis) en dat het bestaan van voornoemde geneeskundige behandelingsovereenkomsten daar, in tegenstelling tot hetgeen de arbiters van oordeel waren, niet aan af doen.

Het doel van het BBA is namelijk het (met name middels het vergunningsvereiste van artikel 6 BBA) beschermen van de sociaaleconomische verhoudingen in Nederland. Daaronder moet begrepen worden het in zowel het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt als in het belang van de 'werknemer' voorkomen van een sociaal ongerechtvaardigd ontslag.

In het Sorensen/Aramco arrest¹⁰, het arrest van het Hof Amsterdam Nuon/Olbrych¹¹ en het daaropvolgende arrest van de Hoge Raad Nuon/Olbrych¹² is het doel van het BBA om zowel in het belang van de Nederlandse arbeidsmarkt als in het belang van de 'werknemer', een sociaaleconomisch ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen, nog eens bevestigd.

De Hoge Raad wijst er verder in dit laatste arrest op dat sinds de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (1999) waarmee de vergunningsplicht van de werknemer voor zijn opzegging is komen te vervallen, de bescherming van de 'werknemer' tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag als doel van het BBA gezien de overwegingen van de wetgever nog meer op de voorgrond is komen te staan.

Het doel van het BBA is derhalve het beschermen van de 'werknemer', die voor zijn levensonderhoud van het inkomen dat hij verwerft op basis van zijn arbeidsovereenkomst afhankelijk is, tegen sociaal ongerechtvaardigd ontslag.

Met artikel 1 sub a onder 2 BBA is beoogd een vergelijkbare bescherming te beiden aan degenen die arbeid verrichten voor maximaal 2 anderen. Een dergelijk persoon is immers op vergelijkbare wijze als de werknemer, voor zijn levensonderhoud afhankelijk van het inkomen dat hij verwerft middels die ene dan wel die maximaal 2 anderen.

¹⁰ HR 23 oktober 1987, NJ 1988/842

¹¹ Hof Amsterdam 27 april 2010, RAR 2010/139

¹² Hoge Raad 24 februari 2012, JAR 2012/93

Geneeskundige behandelingsovereenkomsten zijn opdrachtovereenkomsten om niet. Het is verdedigbaar dat een dergelijke opdrachtovereenkomst om niet, gezien het doel van het BBA, niet als een overeenkomst in de zin van artikel 1 sub a onder 2 BBA is te beschouwen, c.q. de patiënt niet als 'een ander' in de zin van artikel 1 sub a onder 2 BBA is te beschouwen.

Ondanks het bestaan van deze geneeskundige behandelingsovereenkomsten is er immers doordat deze geneeskundige behandelingsovereenkomsten onbezoldigd zijn, geen sprake van een situatie waarin het inkomensrisico van de medisch specialist verspreid is over meer dan twee opdrachtovereenkomsten.

Sterker nog, zowel de waarnemend medisch specialist als de vrijgevestigde medisch specialist, lid van een maatschap, en toegelaten tot een ziekenhuis, zijn voor hun levensonderhoud geheel afhankelijk van 1 opdrachtovereenkomst, te weten respectievelijk de waarnemingsovereenkomst met de maatschap en de toelatingsovereenkomst met het ziekenhuis.

Zij verrichten hun werkzaamheden uitdrukkelijk in opdracht van respectievelijk de maatschap dan wel het ziekenhuis en worden daar ook door de maatschap dan wel via het ziekenhuis (het ziekenhuis onderhandelt de DBC's/DOT's uit met de verzekeringsmaatschappijen, die de betreffende bedragen aan het ziekenhuis en niet de medisch specialist uitbetalen en het ziekenhuis betaalt vervolgens een deel door aan de medisch specialisten) voor beloond.

Hierbij komt dat de waarnemend medisch specialist zijn patiënten ook door de maatschap toebedeeld krijgt en de vrijgevestigde medisch specialist door het ziekenhuis. Het ziekenhuis deelt immers de patiënten aan de medisch specialisten toe, dan wel coördineert dit. De waarnemend medisch specialist dan wel de vrijgevestigde medisch specialist werft dus, anders dan andere opdrachtnemers, niet actief nieuwe patiënten.

Hierbij komt verder dat wanneer de maatschap de waarnemend medisch specialist op non-actief stelt of het ziekenhuis de medisch specialist, zij hun werkzaamheden geheel niet meer kunnen verrichten. Dit ondanks het bestaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomsten

Dit alles overziend zijn de geneeskundige behandelingsovereenkomsten ondergeschikt aan de waarnemingsovereenkomst dan wel toelatingsovereenkomst. De maatschap respectievelijk het ziekenhuis is te beschouwen als de opdrachtgever van de medisch specialist, zodat er sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 1 sub a onder 2 BBA en het verdedigbaar is dat wel degelijk voor de opzegging van deze overeenkomsten een vergunning op basis van het BBA vereist is.
