

### NR. 3. VORDERING VAN SPECIALISTEN IN DIENSTVERBAND TOT BETALING VAN OVERWERK

*Specialisten in dienstverband vorderen betaling van structureel overwerk, verricht gedurende een lange periode. Uitleg bepalingen van de Uitvoeringsregeling overwerk, behorende bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen.*

#### **Scheidsgerecht voor het Nederlandse Ziekenhuiswezen**

**(prof. mr. T.A.W. Sterk, voorzitter, mr. J.B.M. Roes, B.T.P. Fontein, dr. J.W. Merkelbach, mr. D.A.C. Slump, leden, met bijstand van mr. L.J.C.M. Horbach, griffier)**

17 februari 1995

**Bindend advies** (94/30) in de zaak van:

A,  
wonende te X,  
en  
B,  
wonende te Y,  
eisers,  
gemachtigde: mr. G.J.J. Smits,

tegen:

C,  
gevestigd te Z,  
verweerster,  
gemachtigde: mr. P.J. Nevelstein.

Partijen worden hierna mede aangeduid als 'de Intensivisten' en 'de Stichting'.

#### **1. De procesgang**

1.1. De Intensivisten hebben bij conclusie van eis gevorderd dat het Scheidsgerecht bij wege van bindend advies:

- A. verstaat dat de door de intensivisten gehanteerde berekeningswijze juist, subsidiair redelijk en billijk is;
- B. de Stichting veroordeelt te betalen:
  - a. aan A het bruto bedrag van f 41.758,57 wegens overuren in 1993;
  - b. aan B het bruto bedrag van f 35.905,55 wegens overuren in 1993;subsidiair, voor het geval het Scheidsgerecht een lager bedrag juist voorkomt, het meerdere toe te kennen ten titel van immateriële schadevergoeding;
- C. deze bedragen verhoogt met de wettelijke rente vanaf 1 februari 1994;
- D. beide bedragen verhoogt met de wettelijke verhoging als bedoeld in art. 7A:1638q BW;
- E. de Stichting veroordeelt om ook over het jaar 1994 tot uitbetaling – per kwartaal – van de door eisers gemaakte en nog te maken overuren over te gaan op basis van de door eisers gemaakte registratie en gehanteerde berekeningswijze, subsidiair op een berekeningswijze als het Scheidsgerecht in goede justitie, althans op gronden van billijkheid juist voorkomt;
- F. de Stichting veroordeelt in de kosten van deze procedure, daarin begrepen een billijk bedrag terzake van de kosten wegens verleende rechtsbijstand door de gemachtigde van de Intensivisten.

1.2. De Stichting heeft bij memorie van antwoord geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van ieder van de Intensivisten in hun vorderingen, althans deze vorderingen af te wijzen, met veroordeling van ieder van de Intensivisten in de proceskosten, met inbegrip van het salaris van de gemachtigde van de Stichting.

1.3. Op 8 november 1994 heeft de mondelinge behandeling van het verzoek plaatsgevonden. Daarbij waren aanwezig partijen, vergezeld van hun gemachtigden. Namens de Stichting waren aanwezig de heren D, Hoofd Dienst Behandeling, en E, medewerker arbeidsvoorwaarden en rechtspositie. Beide partijen hebben hun standpunten aan de hand van pleitnota's toegelicht.

1.4. Beide partijen hebben produkties in het geding gebracht.

## **2. Samenvatting van het geschil**

2.1. De Stichting exploiteert een ziekenhuis in Z. Sedert 1 januari 1991 zijn de intensivisten op basis van een met de Stichting gesloten arbeidsovereenkomst in dit ziekenhuis werkzaam. Op deze arbeidsovereenkomsten is de CAO voor het Ziekenhuiswezen van toepassing. Het salaris van de Intensivisten is hoger dan het in inpassingstabel nr. 74 genoemde salaris.

Een dienstenschema als bedoeld in art. 4 van de arbeidsovereenkomsten van de Intensivisten is nimmer vastgesteld.

2.2. De Intensivisten hebben vanaf januari 1991 en met name vanaf januari 1993 (na het ontstaan van een vacature als gevolg van het vertrek van een zogenaamde ASTA) een groot aantal overuren gemaakt.

2.3. Op 25 maart 1993 heeft de Stichting zich bereid verklaard om, uitgaande van de CAO, in redelijkheid tot een vergoeding van de geleverde extra inspanningen te komen.

2.4. Op 2 april 1993 kwam de Stichting in een notitie tot de navolgende conclusie:

'Ook zal het werkdrukprobleem van de intensivisten op korte termijn moeten worden opgelost. Met name de CBO-aanbevelingen betekenen een inzet van de huidige 2 intensivisten die niet in overeenstemming is te brengen met wet- en regelgeving. De directie is bereid te komen tot de instelling van een 3e intensivist.'

2.5. Op 20 juni 1994 heeft de Stichting toegezegd aan A een bedrag van f 63.264,52 (in aanvulling op een reeds voldaan voorschot van f 25.000,=), en aan B een bedrag van f 8.531,54 (in aanvulling op een reeds voldaan voorschot van f 45.000,=) te betalen ter zake van overuren en gewerkte feest- en vakantiedagen over 1993, in welke bedragen is begrepen een vertragingsrente ad 10% over het restant. Deze bedragen zijn inmiddels voldaan.

2.6. Per 1 oktober 1994 is een derde intensivist aangesteld.

2.7. De Intensivisten stellen zich primair op het standpunt dat de Stichting de door hen gemaakte overuren en de gewerkte feest- en vakantiedagen niet volledig heeft uitbetaald. Volgens hen moet de Stichting elk uur dat zij per week meer dan 45,6 uren hebben gewerkt uitbetalen inclusief een vergoeding overeenkomstig de in de Uitvoeringsregeling overwerk genoemde tarieven. Tegen die achtergrond maken zij, rekening houdend met hetgeen reeds is betaald, aanspraak op het door hen gevorderde bedrag.

Subsidiair stellen zij zich op het standpunt dat zij recht hebben op vergoeding van immateriële schade tot de hoogte van het door hen gevorderde bedrag. Volgens hen heeft de Stichting onbehoorlijk tegenover hen gehandeld door hen gedurende lange tijd, terwijl het sinds augustus 1992 bekend was dat de bezetting volstrekt onvoldoende was, een overmatig en onredelijk aantal overuren te laten draaien (waarbij opname van vakantie- en/of ADV-dagen nauwelijks mogelijk was) zonder daadwerkelijke inspanningen te verrichten om een derde intensivist aan te trekken. Hierdoor hebben de intensivisten in onacceptabel vergaande mate voor wat het betreft hun persoonlijke levenssfeer moeten inleveren.

2.8. De Stichting voert daartegen aan dat ingevolge de Uitvoeringsregeling overwerk, behorende bij de CAO voor het ziekenhuiswezen, overuren van de intensivisten eerst voor vergoeding in aanmerking komen als deze het aantal van 56 per week overstijgen. De Intensivisten hebben voorts in vele gevallen voor wat betreft de maatstaf van vergoeding ten onrechte het (hogere) avond-, nacht- of weekendtarief voor overuren gehanteerd. Ingevolge het door de Intensivisten gehanteerde rooster betrof het echter reguliere werktijden, zodat die uren ten onrechte als overwerk zijn aangemerkt.

Zij stelt zich voorts op het standpunt dat voor vergoeding van immateriële schade in een geval als het onderhavige geen wettelijke grondslag bestaat. Betwist wordt daarnaast hetgeen de Intensivisten aan hun subsidiaire vordering ten grondslag hebben gelegd.

### **3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht**

De bevoegdheid van het Scheidsgerecht om bij wege van bindend advies te beslissen berust op de door de Stichting met de afzonderlijke intensivisten gesloten arbeidsovereenkomsten en wordt door partijen erkend.

### **4. Beoordeling van het geschil**

4.1. Partijen zijn het erover eens dat de Uitvoeringsregeling overwerk, behorende bij de CAO voor het Ziekenhuiswezen, op de berekening van de vergoeding van overwerk van toepassing is.

In art. 1 van die Uitvoeringsregeling wordt onder overwerk verstaan: *'arbeid die incidenteel wordt verricht boven de bij werktijdenregeling of rooster vastgestelde arbeidsduur...'*. Blijkens de uitspraak van de Hoge Raad van 12 november 1993, RvdW 1993, 223, kan niet alleen incidenteel, maar ook structureel overwerk onder deze regeling worden begrepen.

Vervolgens behelst art. 3 van die Uitvoeringsregeling de vergoedingsregeling voor werknemers met een volledige dagtaak. Het eerste lid van dat artikel luidt als volgt:

De vergoeding voor overwerk wordt – voorzover lid 3 van dit artikel niet anders bepaald – verstrekt in de vorm van vrije tijd, gelijk aan het aantal uren dat het overwerk heeft geduurd en daarenboven in de vorm van een geldelijke beloning als bedoeld onder lid 2 van dit artikel!

In het tweede lid van dat artikel worden dan de maatstaven vastgesteld voor de geldelijke beloning, variërend van 25% tot en met 100% van het uurloon.

Het derde lid luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

Het recht op vergoeding van overwerk als genoemd onder lid 1 wordt toegekend in de volgende gevallen: ...c. indien het salaris van de werknemer boven nr. 74 van de inpassingstabel ligt: indien en voorzover het aantal gewerkte uren boven de in de werktijdenregeling of het rooster opgenomen arbeidsduur méér dan 16 gemiddeld per week bedraagt...!

Hieruit volgt, dat voor vergoeding in aanmerking komen de gewerkte uren die de gebruikelijke werkweek van 40 uren vermeerderd met 16 uren overstijgen, dat wil zeggen de meer dan 56 gewerkte uren per week. De vergoeding bestaat dan telkens uit compensatie in vrije tijd plus de conform het tweede lid berekende geldelijke beloning.

Tenslotte verschafft het bepaalde in art. 6, lid b, van de Uitvoeringsregeling een grondslag voor de omzetting van de compensatie in vrije tijd door een geldbedrag bestaande uit het evenredige deel van het salaris.

4.2. Voor zover de Intensivisten een overwerkvergoeding vragen van gewerkte uren tussen de 45,6 en 56 gemiddeld per week kan derhalve hun primaire vordering niet worden gegrond op het bepaalde in de art. 1 t/m 3 van de Uitvoeringsregeling overwerk. De door de Intensivisten gehanteerde grens van 45,6 uren is ontleend aan het bepaalde in art. 5 van de Uitvoeringsregeling overwerk, welk artikel geen betrekking heeft op de vergoeding voor overwerk, doch een grens stelt aan de omvang van het overwerk, berekend als gemiddelde per kwartaal, bij overschrijding waarvan op verzoek van de betrokken werknemer wordt overgegaan tot het verlenen van assistentie of het stellen van een vacature.

4.3. Blijkens hun berekeningen gaan partijen er van uit dat in casu in plaats van vrije tijd het uurloon wordt vergoed. Zij zijn het eens over het uurloon van f 90,92 van eiser sub 1 en f 79,55 van eiser sub 2 in het jaar 1993. Voorts zijn zij het eens over de geregistreerde werkuren gedurende de periode van de weken 26 t/m 52 van het jaar 1993: 1656 voor eiser sub 1 en 2005 voor eiser sub 2; bovendien gaan beide partijen er van uit dat deze uren maatgevend zijn voor het hele jaar 1993.

4.4. Partijen zijn het er evenwel over oneens naar welke maatstaf de geldelijke beloning berekend dient te worden. Deze is namelijk afhankelijk van het tijdstip waarop het overwerk werd verricht. De Intensivisten menen dat zij recht

op het hoogste tarief van 100 % hebben.

Zij verwijzen in dat verband naar het grote aantal uren dat zij in de periode waarvoor dit tarief geldt – van zaterdag 18.00 tot zondag 24.00 – gemaakt hebben.

Volgens de Stichting is dat niet juist omdat voor het onderscheiden van normale- en werkuren gekeken moet worden naar het door de Intensivisten gehanteerde werkschema; ingevolge dat schema kunnen de in de periode met de hoogste vergoeding gewerkte uren voor een groot deel niet als overuren aangemerkt worden. De Stichting heeft tegen die achtergrond een gemiddelde van 75 % gehanteerd.

4.5. Zoals hiervoor onder 2.1 reeds is vermeld heeft de vaststelling van een dienstenschema nimmer plaatsgevonden. Ook het door de Intensivisten gehanteerde werkschema kan niet als zodanig worden gebruikt reeds omdat daarin structureel een groot aantal overuren is opgenomen. Om die reden kan thans niet meer worden vastgesteld welke gewerkte uren als normale werkuren en welke uren als overuren moeten worden aangemerkt.

Ook de reconstructies van de zijde van de Stichting in bijlagen 4, 5 en 6 bij memorie van antwoord bieden onvoldoende houvast, omdat deze mede genoemd werkschema als uitgangspunt hebben.

Gezien de aard van de werkzaamheden van de Intensivisten moet echter worden opgemerkt dat, ware er een rooster vastgesteld, het voor de hand had gelegen dat daarin ook werkuren op zondag zouden zijn opgenomen. In dat licht bezien is het niet redelijk om de overuren juist in de periode met de hoogste vergoeding te laten vallen en daarom kan de berekeningsmethode van de Intensivisten ook in dit opzicht niet gevolgd worden.

4.6. Het Scheidsgerecht neemt in aanmerking, dat het door het ontbreken van een rooster niet goed mogelijk is vast te stellen welke uren als roosteruren en welke uren als overwerk moeten worden aangemerkt, en voorts, dat ook aan de perioden met de hoogste beloning in redelijkheid roosteruren dienen te worden toegerekend. Zulks heeft tengevolge dat het op die perioden betrekking hebbende aantal overuren aanzienlijk lager uitvalt dan de Intensivisten hebben berekend, waardoor ook het aantal uren met een lagere geldelijke beloning dan 75% toeneemt. Op grond hiervan is het Scheidsgerecht van oordeel dat de Stichting redelijk tegenover de Intensivisten handelt door de beloningsfactor van 75% toe te passen. De vordering van de Intensivisten tot betaling van het meerdere zal derhalve worden afgewezen.

4.7. Met betrekking tot de subsidiaire vordering tot vergoeding van immateriële schade wordt niet voldaan aan de daarvoor in art. 6:106 BW gestelde eisen; immers in dit geval doet zich geen van de in dat artikel limitatief opgesomde gevallen voor. Het Scheidsgerecht acht geen termen aanwezig om, rechtdoende naar billijkheid, in afwijking van die bepaling te beslissen. Ook dit onderdeel van de vordering zal worden afgewezen.

4.8. In het licht van het voorgaande komen de gevorderde wettelijke rente en wettelijke verhoging niet meer aan de orde.

4.9. Uit het voorgaande volgt bovendien dat de door de Intensivisten gehanteerde berekeningswijze geen basis bieden kan voor de berekening en betaling van overuren over het jaar 1994. In beginsel hoort aan een berekening van overuren een behoorlijke werktijdenregeling of rooster, waarin de arbeidsduur is vastgelegd, ten grondslag te liggen. Ingeval ook over 1994 geen dergelijke werktijdenregeling of rooster aan de berekening van de overuren ten grondslag kan worden gelegd, komt het Scheidsgerecht de hierboven onder 4.6 gehanteerde oplossing voorshands billijk voor. Nu nadere gegevens met betrekking tot het jaar 1994 ontbreken is er onvoldoende grondslag om reeds nu tot een veroordeling tot betaling over het jaar 1994 te komen, zodat de daartoe strekkende vordering zal worden afgewezen.

4.10. Het Scheidsgerecht meent dat de Stichting in zoverre nalatig is geweest doordat zij kennelijk de onderliggende problematiek in deze zaak (o.m. dat andere specialisten in het ziekenhuis geen assistentie verlenen aan de werkzaamheden in de intensive care) heeft veronachtzaamd alsmede doordat zij eerst tot betaling van de onder 2.5 genoemde vergoeding is overgegaan nadat haar deze procedure was aangezegd. Om die reden zal de Stichting in de kosten van deze procedure worden verwezen.

## **5. Beslissing**

Het Scheidsgerecht stelt het navolgende bindend advies vast:

5.1. Het gevorderde wordt afgewezen.

5.2. De Stichting wordt verwezen in de kosten van deze procedure, begroot op *f* 6.000,= aan kosten voor het Scheidsgerecht, en op *f* 3.600,= aan kosten aan de zijde van de Intensivisten.