

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis van 8 februari 2021

Kenmerk: SG 20/14

Het Scheidsgerecht, samengesteld als volgt:

mr. S.C.P. Giesen, wonende te Nijmegen, voorzitter,

dr. S.Y. de Boer, wonende te Zutphen,

dr. M. van Ooijen MBA-H, wonende te Gennep,

bijgestaan door mr. H.G. van Soolingen, griffier,

heeft het navolgende vonnis gewezen in de zaak van:

de stichting **A.**,

gevestigd te Z.,

eiseres,

gemachtigde: mr. drs. A.J.P. van Beurden, advocaat te Y.,

tegen:

B.,

wonende te Y.,

verweerder,

gemachtigde: mr. W.F. Seijbel, advocaat te Zwolle.

Partijen worden hierna aangeduid als het ziekenhuis en verweerder.

1. De procedure

- 1.1 Het ziekenhuis heeft met een brief van 11 september 2020 deze procedure aanhangig gemaakt. Met een memorie van eis van die datum heeft hij het Scheidsgerecht verzocht bij arbitraal vonnis *primair* toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst met verweerder op te zeggen, *subsidiar* de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden onder toekenning van een transitievergoeding van € 50.062,64 en *meer subsidiar* een uitspraak in goede justitie te doen.
Bij deze memorie zijn veertien producties (genummerd 1-14) gevoegd.
- 1.2 Verweerder heeft met een memorie van antwoord, gedateerd 5 oktober 2020, verweer gevoerd. Bij deze memorie zijn veertien producties (genummerd 1-14) gevoegd.
- 1.3 Met een brief van 12 november 2020 heeft de gemachtigde van verweerder nadere producties (genummerd 15-17) ingezonden.
- 1.4 Met een e-mail van 13 november 2020 heeft de gemachtigde van het ziekenhuis een nadere productie (genummerd 17) ingezonden. Met een e-mail van 19 november 2020 heeft de gemachtigde van het ziekenhuis nog een nadere productie (genummerd 18) ingezonden.

- 1.5 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Y. op 20 november 2020. Aan de zijde van het ziekenhuis waren aanwezig: C. (voorzitter RvB van het ziekenhuis), D. (voorzitter van het bestuur van het MSB), E. (voorzitter van het bestuur van de vakgroep Chirurgie), F. (gemachtigde van het MSB), G. (hoofd HRM van het ziekenhuis) en de gemachtigde van het ziekenhuis. Aan de zijde van verweerder waren aanwezig: verweerder, H. (echtgenote van verweerder), I. (chirurg), J. (poli-assistente), K. (toehoorder), L. (toehoorder) en de gemachtigde van verweerder. De gemachtigden van partijen hebben het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen. Partijen hebben daarna vragen van het Scheidsgerecht beantwoord en gereageerd op elkaars standpunten.
- 1.6 De zaak is aangehouden voor overleg tussen partijen. Partijen hebben op 28 en 29 januari 2021 laten weten dat geen minnelijke regeling tot stand is gekomen.

2. Samenvatting van het geschil

- 2.1 Verweerder, geboren op xxx, is op 1 mei 2011 in dienst getreden van het M. in de functie van chirurg. Het M. is in 2017 in financiële problemen komen te verkeren. Een aantal partnerziekenhuizen in de regio heeft om een faillissement af te wenden capaciteit en personeel overgenomen. Het ziekenhuis heeft op 1 oktober 2017 twaalf medisch specialisten van het M. overgenomen, onder wie vier chirurgen. Verweerder is een van die chirurgen. Het ziekenhuis heeft met verweerder en met de andere drie chirurgen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. Het laatstgenoten loon van verweerder bedraagt € 11.941,- bruto per maand, exclusief emolumenten. Verweerder werkt in het ziekenhuis als algemeen en gastro-enterologisch chirurg (GE-chirurg). De andere drie chirurgen zijn mamma-chirurgen. Praktisch is verweerder na zijn indiensttreding van het ziekenhuis een aanzienlijk deel van de tijd (80 %) in het M. blijven werken.
- 2.2 In het ziekenhuis zijn de vrijgevestigde medisch specialisten, waaronder leden van de vakgroep Chirurgie, verenigd in het Coöperatief Medisch Specialistisch Bedrijf N. U.A. (hierna: MSB). Het ziekenhuis en het MSB hebben in 2015 en in 2017 samenwerkingsovereenkomsten gesloten. Uit de overeenkomsten blijkt dat het ziekenhuis alle medische behandelingen die tot de vakgebieden van de leden van het MSB behoren, exclusief aan het MSB heeft uitbesteed (hierna: het exclusiviteitsbeding). Verweerder is, als medisch specialist in loondienst, geen lid van het MSB.
- 2.3 In een brief van de vakgroep Chirurgie van 11 december 2017 aan de leden van het bestuur van het MSB en de RvB van het ziekenhuis staat:
*"(...) Via deze brief willen wij onze zorgen uiten over de dreigende falende integratie met de leden van de vakgroep chirurgie in het voormalig M..
Per 1 januari 2018 dreigt er een onwerkbare situatie te ontstaan, daar de kaders waarbinnen beide vakgroepen kunnen acteren bij ons niet bekend zijn. Om de toekomstige integratie tot een succes te maken zouden wij derhalve op zeer korte termijn met jullie willen spreken, om deze kaders nader in te vullen."*
- 2.4 Tijdens een overleg op 19 december 2017 tussen de RvB, de vakgroep Chirurgie en het bestuur van het MSB is besproken dat de integratie met professionele ondersteuning dient te gebeuren en dat er werkinhoudelijke en zakelijke kaders moeten worden afgesproken. Verder wordt aangegeven dat eind 2018 de balans wordt opgemaakt: *"Aan de hand van de Logex gegevens wordt bepaald hoeveel FTE extra het opnemen van de vakgroep voormalig M. genereert. Is er ruimte voor uitbreiding extra chirurgen in het MSB N.? Naast de financiële ruimte is het individueel*

functioneren ook van groot belang voor opname in het MSB. Vakgroep chirurgie/BMSB behoudt recht om te bepalen welke chirurgen definitief worden opgenomen binnen MSB (bijvoorbeeld op grond van gewenste profiel) en RvB neemt verantwoordelijkheid voor financiële gevolgen met betrekking tot medisch specialisten die definitief niet worden opgenomen binnen MSB."

2.5 In notulen van een vakgroepvergadering staat onder andere:

"V. xxx 9 (alleen chirurgen N.)

Punt 16: manpowerplanning en differentiatie

1,0 a 1,2 FTE uitonderhandelen waarbij we zelf mogen invullen hoe we dat willen doen tijdsplan kan ook in onderling overleg"

2.6 In het rapport "Toekomstvisie Vakgroep Chirurgie" van xxxx heeft een Advies- en Begeleidingscommissie van de Nederlandse Vereniging voor Heelkunde (hierna: de Adviescommissie) op verzoek van de vakgroep Chirurgie onderzoek gedaan naar, kort samengevat, de gevolgen voor de vakgroep Chirurgie van de komst van vier chirurgen en de integratie van die chirurgen. Enkele adviezen luiden:

"(...)

- Snelle betrokkenheid van M.-chirurgen in diensten kan bevorderd worden door het tijdelijk instellen van een parallelle dienst (...)

- Met in acht nemen van de geldende regels dienen de M.-chirurgen zo snel mogelijk betrokken te worden bij de aanwezige P-opleiding Heelkunde (...)

- In de komende tijd zal de resterende -praktijk grootte in het A. door het aantal geopende DOT's worden vastgesteld. Maar behalve het aantal DOT's zullen meer factoren, zoals disutility, praktijkorganisatie en bestuursstructuur meebepalend moeten zijn bij het vaststellen van het uiteindelijk benodigde aantal chirurgen

- Overweeg voor intredende M.-chirurgen ook andere mogelijkheden dan een fulltime 'standaard MSB-contract'. Voor alle (A. en M.)-chirurgen zijn ook andere contracten denkbaar, zoals parttime werken, vervroegde uittreding, dienstverband bij MSB, etc. (...)"

2.7 Het ziekenhuis heeft met de Vereniging Medische Staf van het ziekenhuis (VMS) en het MSB afspraken gemaakt met het oog op de integratie van onder meer de vier van het M. overgenomen chirurgen in het MSB. De afspraken zijn beschreven in een document van 22 februari 2018 (hierna: het inbeddingsdocument) dat is ondertekend op 28 juni 2018. In dit document staat onder andere:

"Aanleiding/huidige stand van zaken

(...) Er zijn dokters en medewerkers vanuit het voormalig M. overgekomen naar partnerziekenhuizen in de M., waaronder het A.. De medewerkers zijn opgenomen in de ziekenhuisorganisatie. De medisch specialisten eveneens. Voor het merendeel van de overeengekomen medisch specialisten is een dienstverband met het ziekenhuis ongebruikelijk: gebruikelijk is dat de specialist toetreedt tot de vakgroep en onderdeel wordt van het MSB. Gezien de bijzondere achtergrond van het M.-dossier is hiervan afgeweken en zijn dokters in dienst van het ziekenhuis gekomen. Dit is een hybride situatie die "het voorportaal" is genoemd. De term voorportaal drukt uit dat toetreden tot de vakgroep/maatschap in principe het doel is. Zolang er een MSB-structuur bestaat is het niet de bedoeling dat het ziekenhuis zelf de medisch specialistische zorg gaat aanbieden die ook in het MSB is opgenomen. Ook geeft de term "voorportaal" aan dat het een tijdelijke situatie betreft. Door de raad van bestuur is aangegeven dat in 2018 de hybride situatie, het voorportaal, als overgangperiode wordt gehanteerd om tot afronding te komen per 1/1/2019. Er is vervolgens aangegeven dat voor betrokken dokters en het MSB duidelijkheid moet bestaan over hoe de transitie vorm krijgt. Hoe wordt door wie op basis waarvan bepaald of een X-specialist toetreedt tot de vakgroep en het MSB. Op welke wijze krijgt de verschuiving van het werkgeverschap van het ziekenhuis naar het MSB gestalte?"

Uitgangspunten

1^e maximale wederzijdse inspanning

Ziekenhuis, MSB en vakgroepen/maatschappen zetten zich maximaal in om integratie te laten lukken. Voor het MSB en medisch specialisten uit het voormalig M. is dat een inspanningsverplichting. Er is nadrukkelijk afgesproken dat vakgroepen/maatschappen zich sociaal en ontvankelijk opstellen. Van de inkomende artsen wordt verwacht zich ook flexibel op te stellen. Onder andere worden de inkomende artsen in staat gesteld productie te genereren.

2^e geen financiële belemmeringen

De RvB heeft financiële afspraken gemaakt met het MSB die er in de kern op neer komen dat er geen belemmeringen zijn voor MSB/vakgroepen om de M.-dokersop te nemen en te integreren. Verdunning wordt voorkomen en er zijn garanties afgegeven. Verdunning is in beginsel een reden om de definitieve integratie niet te effectueren. Ook dit met wederzijdse creativiteit.

3^e voorgangsgesprekken en collegiale toetsing

Met individuele M.dokters worden door de RvB gestructureerde voortgangsbesprekingen gevoerd. In deze gesprekken komt de inbedding in de organisatie, de samenwerking en de productie aan de orde van de individuele dokter. Er worden vanuit de VMS 360 graden beoordelingen georganiseerd.

4^e leren en ontwikkelen

Wanneer iemand niet de juiste skills heeft, wordt een ontwikkelprogramma aangeboden.

5^e Geen gedwongen toetreding tot het MSB/de vakgroep

Het ziekenhuis kan en wil geen toetreding van een individuele dokter afdwingen. De vakgroep behoudt haar eigen autonomie. Hierbij is het van groot belang dat uitgangspunt 1 wordt toegepast.

6^e Zorgvuldig werkgeverschap

Het ziekenhuis is verplicht tot zorgvuldig werkgeverschap naar de betrokken specialisten en wil deze verplichting ook nakomen. Indien de situatie zich voordoet dat een betrokken specialist niet ingepast kan worden in de vakgroep zal het gesprek daarover worden gevoerd met vakgroep en MSB.

7^e Samenwerking op het M.-dossier moet aansluiten op de samenwerkingsovereenkomst die A. en MSB hanteren

Het M.-dossier moet aansluiten op de geest van de samenwerking tussen A. en het MSB resp. de vakgroepen. Het A. heeft het financiële risico voor de overeenkomst van het M.-dossier genomen. In de geest van de SOK past het dat er zoveel mogelijk naar wederzijdse belangen wordt gestreefd binnen ieders rol en verantwoordelijkheden."

Bij deze afspraken is verweerder niet betrokken.

- 2.8 Op 26 juni 2018 heeft een IFMS-gesprek plaatsgevonden tussen de voorzitter van het MSB, een vertegenwoordiger van de RvB en verweerder. De uitkomst daarvan is dat de collega's van de vakgroep over het algemeen zeer positief over verweerder zijn. Over de productie heeft verweerder aangegeven dat de hoeveelheid werk in de M. poli, waar verweerder uitsluitend werkt, minder wordt omdat er minder naar het M. wordt verwezen en dat verweerder diverse activiteiten heeft ondernomen om de verwijzingen naar het M. te behouden. Verweerder werkt 80% van zijn tijd op de locatie van het M. en 20% in de OK van het ziekenhuis. Uitbreiding van de tijd in het ziekenhuis vindt de vakgroep Chirurgie niet wenselijk. Op de vraag of verweerder deel wil uitmaken van het MSB heeft verweerder aangegeven hiermee geen ervaring te hebben maar graag in het ziekenhuis te willen blijven werken. Door de voorzitter van het MSB is daarop aangegeven dat het bestuur een rol kan spelen in de gesprekken hierover en om de integratie verder te helpen, waarbij wordt vermeld dat het initiatief bij verweerder ligt.
- 2.9 In een memo 'Processtappen besluit rondom M.-artsen' van 7 september 2018 staat:
"Processtappen:
1. Via Logex en dienst Control zullen per vakgroep de productiecijfers worden verzameld (...). Van

belang is hoeveel fte noodzakelijk is om de productie te kunnen doen (normfte) en een vergelijk te maken tussen de periode zonder M.-artsen en met.

2. Zo mogelijk worden deze cijfers besproken door de RvB met het bestuur VMS/MSB voordat het gesprek met de vakgroep is (...).

3. De RvB maakt een overzicht wie o.b.v. anciënniteit aangewezen is om te blijven, indien er sprake is van afvloeiing.

4. De gesprekken met de vakgroepen zijn al gepland. De vakgroep zal daarin worden gevraagd met objectieve argumenten te komen waarom men een M.-collega wel of niet geschikt acht tot de vakgroep toe te treden. De RvB zal duidelijk zijn in welke consequenties welke beslissing heeft.

5. Op basis van al deze verzamelde informatie zal (door de RvB) besloten worden wat de volgende stap moet zijn."

- 2.10 Met een brief van 27 februari 2020 heeft het bestuur van het MSB aan het ziekenhuis meegedeeld dat hij heeft besloten verweerder niet tot het MSB toe te laten. In de brief staat als motivering van dit besluit onder andere:

" Wij hebben kunnen vaststellen dat de productie uit het M. voor chirurgen zeer beperkt was en is gebleven. (...) Voor dit argument doen wij een beroep op de hiervoor al genoemde notitie waarin tekortschietende omzet genoemd is als een van de redenen waarom een specialist niet opgenomen wordt in het MSB. (...) Aan de hand van deze gegevens is vastgesteld dat er binnen de vakgroep een ruime vertegenwoordiging is aan GE-chirurgen. (...) Aan de andere kant is er een ondervertegenwoordiging van trauma- en mammachirurgen binnen de vakgroep. (...) Voor wat [verweerder] betreft is betekenis toegekend aan het feit dat hij als oncologisch chirurg niet beschikte over ervaring of deskundigheid op de beide hiervoor genoemde gebieden en dat hij gedurende de periode dat hij werkzaam is in het ziekenhuis, niet heeft laten blijken zich in een van die richtingen te willen bekwamen, als dat praktisch al mogelijk zou zijn. Op basis van deze argumenten meent ons bestuur dat het gerechtvaardigd is de heer B. niet te laten toetreden tot het MSB. In die beslissing is het MSB gesterkt door bevindingen over het functioneren van [verweerder] in die zin dat niet kan worden gezegd dat [verweerder] disfunctioneert in de zin die medisch specialisten aan die term geven, maar dat hij getuigt van een ander, lager ambitieniveau en een ander, lager niveau van functioneren waarvan de vakgroep heeft aangegeven dat dat niet past bij wat de vakgroep voor ogen staat. (...) [Verweerder] praktiseert ook vandaag de dag nog een smal GE/onco-palet (...) en voert hiernaast algemene chirurgie zoals liesbreukchirurgie uit. In de afgelopen 2 jaar heeft hij geen aantoonbare interesse getoond om voortrekker of actief participant in een van de deelgebieden van de GE-chirurgie te worden. Ook niet wanneer hem in een vergadering de mogelijkheid geboden wordt, toont hij niet de assertiviteit of wil om dit op zich te nemen. Ook eerder aangeboden mogelijkheden om de deelgebieden buikwandchirurgie of (advanced) proctologie over te nemen van collegae (...) zijn door hem afgewezen. (...)"

- 2.11 Op 3 maart 2020 heeft de RvB aan verweerder tegen de achtergrond van de voornoemde brief van het MSB medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst met verweerder niet wordt voortgezet. Na herhaald aandringen van verweerder is op 14 maart 2020 de voornoemde brief van het MSB aan verweerder verstrekt.

- 2.12 In een e-mail van 25 maart 2020 (verzonden 22.59 uur) heeft verweerder uitvoerig en voorzien van documentatie gereageerd op de brief van het MSB. Zo heeft verweerder onder meer toegelicht dat hem niet is toegestaan colorectale en complexe buikwandoperaties te blijven doen en hij tot juni 2018 geen patiënten heeft mogen behandelen die op naam van het ziekenhuis binnenkwamen. De productie die volgens het ziekenhuis met de overgang van de 'M.-dokters' naar het ziekenhuis is meegekomen, is niet juist gemeten. Er is 2,5 fte groei door de komst van de M.-dokters naar het ziekenhuis, waarvan slechts 1,5 fte is toebedeeld aan de M.-dokters. Verder bestrijdt verweerder dat hem mogelijkheden zijn geboden voortrekker te

worden dan wel dat dit door de bestaande vakgroep werd gewenst.

- 2.13 Het ziekenhuis heeft in een e-mail van 26 maart 2020 (verzonden 9:31 uur) aan verweerder laten weten:
- "Ik heb nu een stapel stukken gekregen. Daarin lees ik geen antwoord op de vraag die N. en ik je, als RvB, stelden. Wij nemen als eerder gezegd ter zake de conclusie van de brief van het bestuur van het MSB als vertrekpunt. Dit hebben we uitgebreid toegelicht. Derhalve hebben we je de vraag gesteld, nu op basis van die conclusie onze wegen zich moeten scheiden, of je de voorkeur hebt voor de route via de rechter ed. of dat je in gezamenlijkheid aan de slag wilt met ons een overeenkomst die daartoe strekt te kunnen sluiten."*

3. Het geschil

Standpunt van het ziekenhuis

- 3.1 Het ziekenhuis verzoekt *primair* om toestemming in de zin van artikel 7:671a lid 1 BW om de arbeidsovereenkomst met verweerder op de in artikel 7:669 lid 3 sub a BW genoemde grond (hierna: de a-grond) op te zeggen. Het ziekenhuis legt aan haar primaire verzoek, samengevat, het volgende ten grondslag. Het werkaanbod en de productie van de vakgroep Chirurgie is in verhouding met het aantal chirurgen te laag. In 2019 was 2,65 fte aan chirurgen boventallig en in 2020 zal dat volgens de prognose van het ziekenhuis 2,71 fte zijn. Er zijn met name teveel GE-chirurgen. Het ziekenhuis heeft geprobeerd de productie van de vakgroep Chirurgie te verhogen, maar dit is niet gelukt. Het ziekenhuis verwacht niet dat die productie in de komende tijd zal toenemen. De financiële situatie van het ziekenhuis is slecht en noopt tot het laten vervallen van de arbeidsplaats van verweerder. Verweerder heeft van de vier van het M. overgenomen chirurgen het kortste dienstverband.
- 3.2 Het ziekenhuis verzoekt *subsidiair* om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met verweerder op de in artikel 7:669 lid 3 sub h BW genoemde grond (hierna: de h-grond). Het ziekenhuis legt aan haar subsidiaire verzoek, samengevat, het volgende ten grondslag. Zij heeft zich maximaal ingespannen om verweerder te laten toetreden tot MSB. Dit is niet gelukt. De arbeidsovereenkomst van verweerder is daardoor inhoudsloos geworden. Al het werk voor chirurgen wordt immers op grond van de samenwerkingsovereenkomst door de aan het MSB verbonden leden van de vakgroep Chirurgie gedaan. Omdat het onmogelijk is om verweerder de bedongen arbeid te laten verrichten, kan van het ziekenhuis in redelijkheid niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Volgens het ziekenhuis zijn er geen reële mogelijkheden tot herplaatsing van verweerder.

Standpunt van verweerder

- 3.3 Verweerder voert, samengevat, het volgende verweer tegen het *primaire* verzoek. Het ziekenhuis heeft niet aangetoond dat er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die tot het vervallen van zijn arbeidsplaats nopen. Volgens de uitvoeringsregels van het UWV had het ziekenhuis voor het aantonen van bedrijfseconomische omstandigheden de financiële kerngegevens van de laatste drie boekjaren en van het lopende boekjaar moeten aanleveren. Het ziekenhuis heeft dat niet gedaan. Hetzelfde geldt voor een overzicht van de resultaten- en liquiditeitsontwikkeling voor de komende 26 weken bij gewijzigd en bij ongewijzigd beleid. De door het ziekenhuis wél gepresenteerde cijfers kloppen niet. De stelling dat een deel van de chirurgen boventallig is, is onvoldoende onderbouwd. Het ziekenhuis heeft verder niet aangetoond dat er onvoldoende werk voor verweerder voorhanden is. Er is tot op heden altijd voldoende werk voor verweerder beschikbaar geweest, zijn werkweken zijn volledig gevuld met

poli's en operaties. Toestemming om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te beëindigen kan tot slot op grond van art. 7:671a lid 5 BW slechts worden gegeven als overeenkomsten met ingeleende personen die hetzelfde werk doen, zijn beëindigd. Dit betekent dat het ziekenhuis eerst de samenwerking met het MSB moet beëindigen. De leden van het MSB, en dus ook de chirurgen, werken immers op basis van overeenkomsten van opdracht.

- 3.4 Verweerder voert, samengevat, het volgende verweer tegen het *subsidaire* verzoek. Het ziekenhuis heeft zich niet maximaal ingespannen om verweerder te laten toetreden tot het MSB. Die inspanningen blijken nergens uit. Het ziekenhuis is zelfs niet met het MSB en de vakgroep Chirurgie in gesprek gegaan hierover, zoals in punt 6 van het inbeddingsdocument is afgesproken. Dit had bovendien van het ziekenhuis als goed werkgever verwacht mogen worden. Het feit dat verweerder niet mag toetreden tot het MSB betekent niet dat zijn arbeidsovereenkomst met het ziekenhuis moet eindigen. Het exclusiviteitsbeding kan niet aan verweerder worden tegengeworpen. Het ziekenhuis heeft zelf het risico genomen dat het MSB verweerder mogelijk niet zou laten toetreden. Niet valt in te zien waarom deze hybride situatie niet kan worden voortgezet.
- 3.5 Verweerder heeft een groot belang bij behoud van zijn baan. De kans dat hij elders als chirurg aan de slag kan is, gelet op de arbeidsmarkt, buitengewoon klein. Verweerder verzoekt het Scheidsgerecht hem, als een van de verzoeken van het ziekenhuis wordt toegewezen, naast de transitievergoeding, een billijke vergoeding van in totaal € 657.498,26 bruto toe te kennen.

4. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht en de beslissingsmaatstaf

De bevoegdheid van het Scheidsgerecht volgt uit artikel 11 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen en staat tussen partijen vast. Op grond van artikel 25 leden 1 en 2 van het reglement beslist het Scheidsgerecht bij wege van arbitraal vonnis naar de regelen des rechts, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Dat laatste is hier niet in het geval.

5. Beoordeling van het geschil

Inleiding

- 5.1 Het ziekenhuis is een van de ziekenhuizen in de regio X. dat, om de continuïteit van de zorg en het behoud van banen van zorgmedewerkers in de regio X. zoveel mogelijk te garanderen, in 2017 heeft meegewerkt aan het overnemen van zorgpersoneel en zorgcapaciteit van het voormalig M.. Bij de andere ziekenhuizen zijn de overgenomen medisch specialisten in loondienst werkzaam geworden en gebleven of toetreden tot het MSB. De constructie waarvoor het ziekenhuis heeft gekozen bestaat uit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen het ziekenhuis en de overgenomen medisch specialist – ook wel 'het voorportaal' genoemd – met de kennelijke bedoeling dat gedurende een zekere periode kon worden bekeken of het MSB en de vakgroep Chirurgie konden instemmen met toetreding van de medisch specialist tot het MSB en de vakgroep Chirurgie. Het ziekenhuis was ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomsten gebonden aan de met het MSB overeengekomen exclusiviteit van de uitsluitend door het MSB binnen het ziekenhuis te verlenen zorg en is in de na 2017 gesloten samenwerkingsovereenkomsten opnieuw die exclusiviteit overeengekomen. Met het oog op de mogelijke toetreding van de overgenomen medisch specialisten (hierna ook genoemd: de M.-dokters) tot het MSB is na verloop van tijd in overleg met het ziekenhuis, het MSB en de vakgroep Chirurgie een inbeddingdocument opgesteld. De M.-dokters zijn daarbij en bij de constructie 'voorportaal' niet betrokken. Op enig moment - onduidelijk is wanneer precies - is de M.-dokters duidelijk geworden dat zij zouden moeten toetreden tot het MSB en dat dat kennelijk

niet voor alle vier was weggelegd. Twee van de vier overgenomen chirurgen – samen 1,5 fte – zijn tot het MSB toegetreden. Het MSB heeft kenbaar gemaakt niet met verweerder en een andere chirurg verder te willen. In deze zaak is aan de orde de vraag of de door het ziekenhuis verzochte (toestemming tot) ontbinding van de arbeidsovereenkomst met verweerder, toewijsbaar is.

a-grond: bedrijfseconomische redenen

- 5.2 Op grond van artikel 7:669 BW kan een werkgever een arbeidsovereenkomst opzeggen of laten ontbinden als daar een redelijke grond - genoemd in artikel 7:669 lid 3 sub a tot en met i BW - voor is en als herplaatsing binnen een redelijke termijn niet in de rede ligt. Artikel 7:669 lid 3 sub a BW bepaalt dat een redelijk grond aanwezig is indien sprake is van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. Wanneer een werkgever op deze grond de arbeidsovereenkomst wil ontbinden is daarvoor op grond van artikel 671a lid 1 BW toestemming nodig van het UWV of, daarover zijn partijen het kennelijk eens, ingeval van arbitrage, van (in dit geval) het Scheidsgerecht.
- 5.3 Volgens het ziekenhuis noopt allereerst de financiële situatie van het ziekenhuis tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst met verweerder. Het ziekenhuis heeft onder verwijzing naar een rapport van BDO uit 2019 (BDO-Benchmark Ziekenhuizen 2019) aangevoerd dat het ziekenhuis aan het dalen is in de ranking (het is van plaats 46 gezakt naar plaats 64). De plaats op de ranking wordt bepaald door een gewogen gemiddelde van verschillende ratio's (EBITDA, DSCR en de Solvabiliteit).
- 5.4 Die informatie is naar het oordeel van het Scheidsgerecht niet voldoende om te concluderen dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die nopen tot het treffen van maatregelen. Ook is uit de overgelegde stukken onvoldoende gebleken dat met juist het vertrek van verweerder een kennelijke verslechtering van de financiële ratio's zal worden gekeerd. Welke andere maatregelen worden genomen heeft het ziekenhuis verder ook niet aangegeven. Terecht heeft verweerder er verder op gewezen dat voor de beoordeling van de vraag of van dergelijke bedrijfseconomische omstandigheden sprake is, de financiële kerngegevens over de laatste drie boekjaren en het lopende boekjaar dienden te worden overgelegd, evenals de resultaten en liquiditeitsontwikkeling voor de komende 26 weken bij gewijzigd en ongewijzigd beleid. Die gegevens zijn niet overgelegd.
- 5.5 Het argument dat er onvoldoende productie is 'meegekomen' met de vier chirurgen van het M., de productie in het ziekenhuis gestaag afneemt en dat er daardoor in 2019 2,65 fte aan chirurgen boventallig waren en in 2020 (geprognosticeerd) 2,71 fte aan chirurgen boventallig zullen zijn, brengt - als dit zou vaststaan maar het is gemotiveerd bestreden door verweerder - evenmin mee dat er toestemming moet worden verleend voor een ontbinding op de a-grond. Verweerder is in dienst van het ziekenhuis. Strikt genomen doet daarom niet ter zake hoeveel fte er beschikbaar is binnen het MSB en de vakgroep Chirurgie omdat zij niet de werkgever van verweerder zijn. Maar zou wel betekenis moeten toekomen aan de vraag of er werk is voor verweerder binnen de vakgroep Chirurgie, dan had het ziekenhuis omgekeerd ook volledig inzicht moeten geven in de samenstelling van de vakgroep Chirurgie binnen het MSB en meer in het bijzonder hoe het verloop in die vakgroep – bijvoorbeeld door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van een vakgroepgenoot – is zodat op basis daarvan kan worden bekeken of herplaatsing mogelijk is. Dat inzicht heeft het ziekenhuis niet geboden.

- 5.6 Uit het voorgaande volgt dat geen toestemming zal worden verleend voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst met verweerder op de a-grond.

h-grond: andere omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren

- 5.7 Een redelijke grond voor ontbinding kan bestaan wanneer de omstandigheden zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het ziekenhuis heeft gewezen op het exclusiviteitsbeding, het feit dat het MSB en de vakgroep Chirurgie ondanks inspanningen van een ieder verweerder niet wil laten toetreden omdat er onvoldoende productie voor het aantal fte's is en er geen match is tussen de vakgroep Chirurgie en verweerder.
- 5.8 Het Scheidsgerecht oordeelt als volgt. Het ziekenhuis heeft ervoor gekozen om met de uit het M. overgekomen chirurgen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur te sluiten. De gedachte van het ziekenhuis was, zo heeft de gemachtigde ter zitting bepleit, dat "de chirurgen die bij het ziekenhuis binnenkwamen, tijdelijk zouden werken voor de tot het MSB behorende vakgroep Chirurgie en de kans zouden krijgen zich te kwalificeren als lid van het MSB". Verweerder is in deze gedachte, ook wel "het voorportaal" genoemd, niet gekend, althans dat is gesteld noch gebleken. Hij is niet betrokken bij afspraken over hun integratie en over het feit dat er in wezen een selectietraject aan de orde was. Hij is ook niet betrokken bij het inbeddingdocument of andere latere afspraken over de voorwaarden voor toetreding van de M.-dokters tot het MSB. Juist vanwege het zwaarwegende belang voor verweerder – hij heeft onderbouwd gesteld en het ziekenhuis heeft dat ter zitting erkend dat er voor een chirurg met zijn specialisme jaarlijks slechts enkele plaatsen vrijkomen terwijl er jaarlijks vele jonge klaren op de markt komen – bij behoud van een positie binnen het ziekenhuis, had van het ziekenhuis, als goed werkgever, verlangd mogen worden dat het van meet af aan helder en transparant was geweest naar verweerder over zijn (onzekere) positie en wat hem te doen stond om kans te maken op toetreding tot het MSB.
- 5.9 In het inbeddingsdocument staan enkele uitgangspunten waaraan het ziekenhuis, het MSB en de vakgroep Chirurgie zich met het oog op (mogelijke) toetreding van de M.-dokters hebben gecommitteerd. Als eerste uitgangspunt wordt genoemd dat het ziekenhuis, het MSB en de vakgroepen zich maximaal zullen inzetten om de integratie te laten lukken en dat de inkomende artsen in staat gesteld worden productie te genereren. Als derde uitgangspunt staat genoemd dat gestructureerde voortgangsbesprekingen gevoerd zullen worden met de individuele M.-dokters, waarbij de inbedding, de samenwerking en de productie aan de orde komen. Als vierde uitgangspunt wordt genoemd dat wanneer iemand niet de juiste skills heeft, een ontwikkelprogramma zal worden aangeboden. Als zesde uitgangspunt wordt genoemd dat het ziekenhuis het gesprek zal aangaan met het MSB als de M.-dokter volgens het MSB niet kan worden ingepast.
- 5.10 Verweerder heeft in zijn brief van 25 maart 2020 maar ook ter zitting mede met de toelichting van een aanwezige poli-assistente, toegelicht dat hem juist, zeker tot medio 2018 maar ook daarna, werd belet zijn werk volledig uit te voeren, dat er allerlei operaties uit het M. naar het ziekenhuis werden verplaatst maar dat verweerder daar, ondanks de in het ziekenhuis toenemende wachtlijsten, nauwelijks welkom was om operaties te doen. Dat geldt ook voor de operaties waarin hij bij uitstek thuis was (buikwandchirurgie en proctologie) en waarvan hem later is verweten dat hij die operaties niet wilde oppakken. Het ziekenhuis heeft deze gang van zaken niet voldoende weersproken. Tegenover het gemotiveerde verweer van verweerder, heeft het ziekenhuis onvoldoende gesteld en is onvoldoende gebleken dat het ziekenhuis voldoende

erop heeft toegezien dat verweerder door het MSB en de vakgroep Chirurgie, overeenkomstig ook het advies van de Adviescommissie, voldoende in staat werd gesteld werkzaamheden uit te voeren.

- 5.11 Met verweerder is in juni 2018 eenmaal een voortgangsgesprek gevoerd waarvan de conclusie, kort gezegd, was dat het goed ging. Dat er nog andere (voortgangs)gesprekken zijn gevoerd, is niet gebleken. Het 'voorportaal' zou, zo volgt uit het inbeddingsdocument, duren tot eind 2018. Niet is gebleken dat toen de voortgang met verweerder is besproken. Ook is niet gebleken dat en zo ja, welke andere duur van het 'voorportaal' is afgesproken. Tegen de achtergrond van het ontbreken van aanknopingspunten dat het met verweerder niet goed zou lopen, is het verrassend dat het MSB in een brief van 27 februari 2020 aan het ziekenhuis aangeeft niet verder te willen met verweerder onder meer vanwege een in die brief gegeven opsomming van kritiekpunten op het functioneren van verweerder. In het dossier is geen enkel aanknopingspunt te vinden dat er op het functioneren of de houding en het ambitieniveau van verweerder in de jaren 2017 tot en met 2020 iets aan te merken viel of aangemerkt is. Nu kennelijk toch kritiek bestaat op de 'skills' van verweerder, had van het ziekenhuis overeenkomstig het vierde uitgangspunt, verwacht mogen worden dat daarover tijdig met verweerder, het MSB en de vakgroep Chirurgie het gesprek was gevoerd waarna zo nodig een ontwikkeltraject aan verweerder aangeboden had kunnen worden. Dat is niet gebeurd.
- 5.12 Na ontvangst door het ziekenhuis van de brief van het MSB van 27 februari 2020 heeft het ziekenhuis jegens verweerder het standpunt ingenomen dat de conclusie van het MSB als vertrekpunt wordt genomen en is aan verweerder slechts gevraagd of hij vrijwillig vertrekt of niet. Het Scheidsgerecht heeft in het dossier geen aanknopingspunt aangetroffen dat het ziekenhuis voorafgaand aan die brief dan wel daarna grondig met het MSB (en de vakgroep Chirurgie) heeft gesproken over die conclusie. Uit het dossier blijkt evenmin dat het ziekenhuis voordat door het MSB de conclusie is getrokken dat verweerder niet kan toetreden, verweerder in staat heeft gesteld te reageren op de gronden waarop die conclusie berust. Het ziekenhuis heeft vervolgens, nadat verweerder uitvoerig en met documenten gestaafd, het gestelde tekort aan productie voor het aantal fte's en de gestelde verwijten wat betreft zijn persoon, heeft weerlegd, niet het gesprek gevoerd met het MSB en de vakgroep Chirurgie noch met verweerder. Het ziekenhuis heeft eenvoudigweg volstaan met het, zonder een reactie aan verweerder te vragen, overnemen van de conclusie van het MSB, ongeacht de vraag of de gronden van de conclusie deugen. Daarmee heeft het ziekenhuis niet alleen anders gehandeld dan met het zesde uitgangspunt is afgesproken, maar miskent het ziekenhuis ook dat hij de werkgever van verweerder is. Van het ziekenhuis had in die rol mogen worden verlangd dat hij in de afgelopen drie jaar er actief op had toegezien dat overeenkomstig het inbeddingsdocument werd gehandeld, dat bij strubbelingen of twijfel over voldoende skills of een dreigende te geringe productie adequaat werd ingegrepen en mocht het ziekenhuis niet simpelweg vanwege de conclusie van het MSB, zonder het horen van verweerder, besluiten dat de arbeidsovereenkomst dus moet worden ontbonden. Een en ander klemt temeer nu in het kader van het door verweerder gevoerde verweer dat hij al drie jaar prima samenwerkt in goede harmonie, van de zijde van het ziekenhuis (ter zitting mede vertegenwoordigd door de voorzitter van het MSB en de voorzitter van de vakgroep Chirurgie) desgevraagd is verklaard dat niet kan worden gezegd waar het in samenwerking of op ander gebied nu werkelijk knelt. Tegen de achtergrond van het advies van de Adviescommissie had wat betreft het gestelde – maar door verweerder gemotiveerd betwiste – ontbreken van voldoende productie voor het aantal fte's binnen de vakgroep Chirurgie – ook gekeken kunnen worden naar andere mogelijkheden dan toetredingscontracten. Dat dat is gedaan, is ook niet gebleken.

- 5.13 Uit hetgeen hiervoor is overwogen, blijkt dat het ziekenhuis naar het oordeel van het Scheidsgerecht op vele fronten jegens verweerder niet heeft gehandeld en zich niet heeft ingespannen op de wijze zoals van het ziekenhuis als werkgever van verweerder mocht worden gevergd. Om die reden, gezien in samenhang met het zwaarwegende belang dat verweerder heeft bij het kunnen blijven uitoefenen van zijn vak om zo zijn accreditatie te behouden, kan niet worden gezegd dat voorzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van het ziekenhuis kan worden gevergd. Het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de h-grond zal dan ook worden afgewezen.

De proceskosten

- 5.14 Verweerder heeft gevraagd om een veroordeling in de kosten, het salaris van de gemachtigde daaronder begrepen. Gezien de uitkomst van de beoordeling is het ziekenhuis in het ongelijk gesteld. Hij zal daarom worden veroordeeld in de kosten van het Scheidsgerecht. Bij gebreke van specificatie of toelichting van de kosten van de gemachtigde, zal het verzoek om veroordeling van het ziekenhuis tot voldoening van die kosten, niet worden toegewezen.

6. De beslissing

Het Scheidsgerecht:

- 6.1 wijst de verzoeken van het ziekenhuis af;
- 6.2 veroordeelt het ziekenhuis in de kosten van het Scheidsgerecht ad € 8.155,32, welke kosten zullen worden verhaald op het door het ziekenhuis gestorte depot.

Aldus vastgesteld te Y. en op 8 februari 2021 aan de partijen verstuurd.