

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis van 10 oktober 2017

Kenmerk: 17/19 KG

De waarnemend voorzitter van het Scheidsgerecht,
mr. H.A.M. Pinckaers, wonende te De Bilt,
bijgestaan door mr. M.P.D. de Mönnink, griffier,

heeft het navolgende arbitraal vonnis gewezen in het kort geding van:

A.,
wonende te Z.,
eiseres,
gemachtigde: mr. L.H. Haarsma,

tegen

B.,
voorheen genaamd H.,
gevestigd te Y.,
verweerster,
gemachtigde: mr. F.H.A. ter Huurne.

De partijen worden hierna aangeduid als eiseres en de stichting.

1. De procedure

1.1 Eiseres heeft bij brief van 16 augustus 2017 de onderhavige procedure aanhangig gemaakt en een memorie van eis ingediend met producties (genummerd 1 - 6). Eiseres heeft verzocht in een spoed-procedure:

Primair:

I. *[de stichting] te veroordelen tot aanvulling van de uitkering welke [eiseres] van het UWV ontvangt uit hoofde van haar werkloosheid vanaf 1 januari 2017 tot het moment dat zij geen aanspraak meer kan maken op de activeringsregeling opgenomen in artikel 6.1. AMS, vermeerderd met de wettelijke rente over de reeds opengevallen maandtermijn vanaf datum opeisbaarheid tot aan de dag der algehele voldoening;*

Subsidiar:

II. *[de stichting] te veroordelen tot betaling aan [eiseres] van een bedrag groot € 74.716,61 aan reeds vervallen termijnen tot en met 1 augustus, althans [de stichting] te veroordelen tot een door Uw Scheidsgerecht in goede justitie te bepalen bedrag, alsook tot het betalen van de termijnen welke vanaf 1 augustus 2017 tot aan de dag dat [eiseres] geen meer kan maken op de activeringsregeling opgenomen in artikel 6.1 AMS, vermeerderd met de wettelijke rente over de vervallen maandtermijnen vanaf 1 januari 2017 tot aan de dag der algehele voldoening;*

III. *[de stichting] te veroordelen in de kosten van deze procedure.*

- 1.2 Bij brief van 14 september 2017 heeft de stichting een memorie van antwoord ingediend met het verzoek de vorderingen van eiseres af te wijzen en eiseres te veroordelen in de proceskosten.
- 1.3 Bij brief van 20 september 2017 heeft eiseres een akte aanvulling eis ingediend met nadere producties, genummerd 7-13. Eiseres heeft daarbij (deels) aanvullend verzocht:

Primair:

- I. *[de stichting] te veroordelen tot aanvulling van de uitkering welke [eiseres] van het UWV ontvangt uit hoofde van werkloosheid vanaf 1 januari 2017 tot het moment dat zij geen aanspraak meer kan maken op de activeringsregeling opgenomen in artikel 6.1. van de AMS, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 lid 1 BW, te stellen op 50% over de reeds opengevallen maandtermijnen vanaf 1 januari 2017 tot aan de datum der algehele voldoening;*

Subsidiair:

- II. *[de stichting] te veroordelen tot betaling aan [eiseres] van een bedrag groot € 74.716,61 aan reeds vervallen termijnen tot en met 1 augustus 2017, althans [de stichting] te veroordelen tot een door Uw Scheidsrecht in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 lid BW, te stellen op 50%, alsook tot het betalen van de termijnen welke vanaf 1 augustus 2017 zijn opengevallen of zullen openvallen tot aan de dag dat [eiseres] geen aanspraak meer kan maken op de activeringsregeling opgenomen in artikel 6.1. AMS, vermeerderd met de wettelijke rente over de vervallen maandtermijnen vanaf 1 januari 2017 tot aan de datum der algehele voldoening;*

Tertiair:

- III. *[de stichting] te veroordelen tot het betalen van een voorschot van € 70.000,-- ten titel van voorschot op het totaal aan dr. [eiseres] toekomende bedrag uit hoofde van artikel 6.1 van de AMS, althans [de stichting] te veroordelen tot een door Uw Scheidsrecht in goede justitie te bepalen voorschot;*

Primair, subsidiair en tertiair

- IV. *[de stichting] te veroordelen in de kosten van deze procedure.*

- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 27 september 2017. Eiseres is in persoon aanwezig geweest, bijgestaan door haar gemachtigde en vergezeld door C., arts-microbioloog. Van de zijde van de stichting is als vertegenwoordiger aanwezig geweest D., voorzitter van de raad van bestuur, en als informant E., voorheen interim-directeur medische microbiologie. Zij zijn bijgestaan door de gemachtigde en diens kantoorgenoot mr. A.J.C. Theunissen. Bij aanvang van de zitting is namens de stichting verklaard dat E. niet als haar formele vertegenwoordiger maar in de hoedanigheid van informant aanwezig was. Daarna heeft eiseres het op 26 september 2017 per e-mail gemaakte bezwaar tegen de aanwezigheid laten varen. Door of namens partijen zijn de standpunten nader toegelicht en is antwoord gegeven op vragen van het Scheidsrecht. De gemachtigden hebben (mede) het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen.

2. De samenvatting van het geschil

- 2.1 De stichting verricht medisch microbiologisch onderzoek voor de ziekenhuizen, huisartsen, verloskundigen en andere zorginstellingen in de provincies Y. en X. en de regio W. (V.). De uitvoerende werkzaamheden bij de stichting zijn ondergebracht in drie divisies: de divisie huisartsenlaboratorium en trombosedienst, de divisie medische microbiologie en de divisie klinische chemie. De stichting detachert haar werknemers bij diverse zorginstellingen.

2.2 Eiseres, geboren op 24 februari 1958 en thans derhalve 59 jaar oud, is van 1 mei 1992 tot 1 januari 2017 in dienst geweest van de stichting in de functie van arts-microbioloog. Haar laatst verdiende salaris bedroeg € 14.212,75 bruto per maand inclusief alle emolumenten. Op de arbeidsovereenkomst was de AMS van toepassing.

2.3 Op 12 mei 2016 heeft eiseres zich ziek gemeld. Zij is sindsdien arbeidsongeschikt wegens ziekte.

2.4 Op 6 juni 2016 heeft de stichting aan de kantonrechter in de rechtbank U., locatie Y., gevraagd de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Het verzoek is mondeling behandeld op 7 juli 2016. In de pleitnota van de gemachtigde van de stichting bij die mondelinge behandeling is onder het kopje "ontslagvergoeding" het volgende vermeld:

"Nu er redelijke gronden zijn voor ontslag en geen opzegverbod geldt, dient de arbeidsovereenkomst te worden ontbonden. [eiseres] heeft recht op een transitievergoeding van € 191.321,76 bruto.

Daarnaast zal [eiseres] op grond van de Arbeidsvoorwaardenregeling Medisch Specialisten gedurende 34 maanden recht hebben op een aanvulling op een mogelijke WW-uitkering. De financiële gevolgen van het ontslag zijn voor [eiseres] dan ook beperkt. Als alle aanvullingen bij elkaar worden opgeteld, komt [de stichting] uit op een totale aanvulling van € 197.397,12 bruto. De mogelijke ontslagkosten, exclusief het salaris gedurende de opzegtermijn, bedragen voor [de stichting] in totaal een bedrag van € 388.718,88 bruto."

2.5 Bij beschikking van 28 juli 2016 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2017 ontbonden op de d-grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW en de stichting veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding van € 184.391,52 bruto. Daarbij is onder meer het volgende overwogen:

"3.2 Aan dit verzoek legt [de stichting] ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – disfunctioneren en/of een verstoorde arbeidsverhouding die zodanig is dat van [de stichting] redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ter onderbouwing daarvan heeft [de stichting] het volgende naar voren gebracht. (...) Uit de conclusies van dit traject volgt dat [eiseres] onvoldoende in staat is haar gedrag en houding jegens haar collega's en leidinggevenden te verbeteren. De meerderheid van de collega's van [eiseres] is inmiddels tot de conclusie gekomen dat een samenwerking met haar in redelijkheid niet meer mogelijk is. Dat maakt [eiseres] ongeschikt voor haar werk en als gevolg hiervan is voorts een structureel verstoorde arbeidsverhouding ontstaan. (...)

5.7 (...) Uit het omvangrijke dossier komt naar het oordeel van de kantonrechter van [eiseres] een beeld naar voren van een vakinhoudelijk uiterst bekwame arts-microbioloog met hart voor de zaak. [de stichting] heeft op de vakinhoudelijke kwaliteiten van [eiseres] dan ook niets aan te merken. Niet in geschil is echter dat de functie van arts-microbioloog ook andere kwaliteiten vergt, namelijk de competentie om samen te werken met de andere artsen-microbioloog binnen het team en – daarmee nauw samenhangend – op een correcte wijze met die andere teamleden te communiceren. De kantonrechter is van oordeel dat [de stichting] (...) voldoende heeft aangetoond dat het bij [eiseres] schort aan die competentie, dat zij [eiseres] meermaals heeft gewezen op die tekortkoming, dat zij [eiseres] voldoende in de gelegenheid heeft gesteld om haar functioneren op dit punt te verbeteren en dat [eiseres] desondanks niet in staat is die tekortkoming weg te nemen. (...)"

2.6 De stichting heeft aan de veroordeling tot betaling van de transitievergoeding voldaan. Eiseres heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof T. en primair herstel van de dienstbetrekking verzocht.

- 2.7 Op 21 december 2016 heeft de stichting een verweerschrift ingediend in de procedure bij het hof. Daarin staat in het kader van de door eiseres verzochte billijke vergoeding de volgende passage bij randnummer 102:
- “Indien en voor zover een billijke vergoeding zou worden toegekend, verzoekt [de stichting] rekening te houden met het feit dat [eiseres] recht heeft op een aanzienlijke transitievergoeding van € 184.391,52 en daarnaast aanspraak maakt op het activeringsbudget van het Arbeidsvoorwaardenregeling Medisch Specialisten 2016, een totale aanvulling van € 197.397,12 bruto over een periode van 34 maanden. De financiële gevolgen van het ontslag van [eiseres] zijn aldus beperkt, (...)”*
- 2.8 Omdat eiseres ziek uit dienst is gegaan heeft het UWV haar bij brief van 17 januari 2017 met ingang van 1 januari 2017 een uitkering op grond van de Ziektewet (hierna: ZW) toegekend. Bij brief van 26 januari 2017 heeft het UWV aan eiseres ook een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (hierna: WW) toegekend. Die laatste beslissing berustte op een vergissing omdat geen rekening was gehouden met de arbeidsongeschiktheid van eiseres. De uitkering van eiseres op grond van de ZW bedraagt € 3.123,87 bruto per maand.
- 2.9 Met een brief van 5 januari 2017 heeft de gemachtigde van de stichting aan de gemachtigde van eiseres bericht dat eiseres naar het oordeel van de stichting geen recht heeft op een aanvulling van haar uitkering op grond van de AMS om de reden dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan eigen schuld en toedoen is te wijten.
- 2.10 Op 31 maart 2017 heeft het hof het verzoek in hoger beroep mondeling behandeld.
- 2.11 Daarna heeft eiseres de stichting gesommeerd de aanvulling op de uitkering overeenkomstig de AMS aan haar uit te betalen. Bij brief van 20 april 2017 heeft de gemachtigde van de stichting laten weten dat eiseres op grond van de AMS geen recht op een aanvulling heeft zolang zij geen uitkering op grond van de WW ontvangt.
- 2.12 Bij beschikking van 29 mei 2017 heeft het gerechtshof T. de beslissing van de kantonrechter bekrachtigd. Het hof heeft in zijn beschikking onder meer het volgende overwogen:
- “5.5 Het hof deelt het oordeel van de kantonrechter dat sprake was van de d-grond voor ontbinding. Het hof benadrukt dat het daarbij niet gaat om de inzet en de technische vakbekwaamheid van [eiseres] als arts en haar medisch handelen, maar om tot het beroepsprofiel van een arts-microbioloog behorende communicatieve- en/of gedragscompetenties die vereist zijn voor een goede samenwerking, hetgeen ook de professionaliteit raakt. (...)”*
- 5.7 (...) Voor zover [eiseres] zich op het standpunt stelt dat de eindmeting (het hof begrijpt dat zij daarmee bedoelt: de vaststelling of zij erin is geslaagd haar functioneren op de van belang zijnde punten te verbeteren) niet eerlijk is geweest, overweegt het hof dat [eiseres] niets heeft aangevoerd waaruit moet volgen dat hetgeen onder 3.18 en 3.19 is opgenomen als observatie en oordeel van F. en E. onjuist is. Ter zitting is ook het hof gebleken dat [eiseres] niet bereid (of in staat) lijkt te zijn om te onderzoeken in hoeverre zij zelf tenminste een aandeel heeft in de verstoorde communicatie en verstandhoudingen. Haar standpunt dat die verstoorde verhoudingen binnen de groep niet (ten minste mede) veroorzaakt worden door haar, maar te wijten zijn aan onvermogen van de Stichting om de problemen op te lossen, bevestigt het voorgaande. (...)”*
- 5.9 (...) De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst dan ook terecht ontbonden op de d-grond. De grief is ongegrond.”*

- 2.13 Op 28 augustus 2017 heeft eiseres bij het gerechtshof een verzoekschrift tot herroeping van de beschikking van 29 mei 2017 ingediend. De mondelinge behandeling van dat verzoek moet nog plaatsvinden. Eiseres heeft E. ook persoonlijk aansprakelijk gesteld. Volgens eiseres heeft hij bedrog gepleegd in de ontbindingsprocedure. Eveneens op 28 augustus 2017 heeft de cassatieadvocaat van eiseres (mr. G.) namens eiseres een verzoekschrift tot cassatie ingediend. Gegriefd is onder meer over de toepassing van het bewijsrecht. Partijen hebben van de Hoge Raad bericht ontvangen dat de zaak niet op artikel 81 Wet RO zal worden afgedaan, zodat verder geprocedeerd kan worden.
- 2.14 Op 1 januari 2016 is een nieuwe versie van de AMS als onderdeel van de Cao Ziekenhuizen in werking getreden. De oude wachtgeldregeling is zowel voor het gewone personeel als voor de medisch specialisten vervallen. In hoofdstuk 6 van de AMS is de nieuwe activeringsregeling opgenomen. De tekst van deze regeling is gelijk aan de tekst van de activeringsregeling voor het overige personeel en luidt voor zover hier van belang als volgt:

Hoofdstuk 6. Activeringsregeling

Artikel 6.1. Werkingssfeer

1. *Aan de medisch specialist die voor onbepaalde tijd is aangesteld en die wordt ontslagen wegens:*

- *vermindering of beëindiging van de werkzaamheden; of*
- *reorganisatie; of*
- *onbekwaamheid c.q. ongeschiktheid voor de in de instelling te vervullen functie die niet aan zijn schuld of toedoen te wijten is,*

wordt met ingang van de dag, volgens op de dag waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, door de werkgever een activeringsregeling toegekend overeenkomstig de bepalingen uit dit hoofdstuk.

2. *De activeringsregeling bestaat uit een activeringsbudget ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding en een aanvulling op de uitkering op basis van de Werkloosheidswet. Het activeringsbudget bedraagt ten minste 5000 euro bij een voltijd dienstverband. Voor de medisch specialist met een van de voltijdnorm afwijkende arbeidsduur wordt het naar rato-beginsel toegepast.*

3. *In geval van onbekwaamheid dient de medisch specialist vijftien jaar of langer bij de werkgever in dienst te zijn. Onder onbekwaamheid wordt geen arbeidsongeschiktheid verstaan.*

4. *De activeringsregeling wordt uitsluitend toegekend indien de medisch specialist recht heeft op een uitkering op basis van de Werkloosheidswet als gevolg van ontslag wegens één van de in lid 1 genoemde redenen.*

5. *Ten aanzien van de medisch specialist die reeds voor 1 juli 2015 is ontslagen en waarbij de wachtgeldregeling uit de voorgaande Cao Ziekenhuizen is toegepast of indien reeds toezeggingen op grond van de wachtgeldregeling zijn gedaan, geldt de toepassing van de wachtgeldregeling en worden bestaande toezeggingen gerespecteerd. Voor deze medisch specialist is de activeringsregeling niet van toepassing.*

Artikel 6.2. Activeringsbudget

1. *Het activeringsbudget heeft tot doel de medisch specialist te ondersteunen bij het vinden van ander werk.*

2. *Het budget kan in overleg met de medisch specialist worden ingezet voordat er sprake is van ontslag als bedoeld in artikel 6.1.*

(...)

Artikel 6.4. Duur van de aanvulling op de WW-uitkering

1. De medisch specialist die wordt ontslagen op grond van een van de redenen genoemd in artikel 6.1 en recht heeft op een uitkering op basis van de Werkloosheidswet ontvangt een aanvulling op de WW-uitkering.

2. De duur van de aanvulling bedraagt drie maanden en wordt vermeerderd met 1 maand voor elk vol dienstjaar dat de medisch specialist langer dan drie jaar in dienst is geweest, met een maximum van 38 maanden.

3. Voor de medisch specialist die vijftien jaar of langer bij de werkgever in dienst is geweest wordt de duur van de aanvulling verhoogd met twee maanden, met dien verstande dat de maximum duur van de aanvulling 38 maanden bedraagt.

4. Voor de bepaling van het aantal dienstjaren als bedoeld in lid 2 tellen alle volle maanden tezamen aaneengesloten doorgebracht in dienst van bij de NVZ, NZf of diens rechtsvoorgangers aangesloten instellingen mee.

5. Is de duur van de WW-periode korter dan de aanvullingsperiode als bedoeld in lid 2 en 3 dan ontvangt de medisch specialist de uitkering van de werkgever.

(...)

Artikel 6.5. Hoogte van de aanvulling op de WW-uitkering

1. De hoogte van de WW-uitkering vermeerderd met de aanvulling is gerelateerd aan de duur zoals opgenomen in artikel 6.4 lid 2 en 3 en bedraagt gedurende de eerste 6 maanden de hoogte van het laatstgenoten salaris. Gedurende de daarop volgende 3 maanden 80% van het salaris. Gedurende de daarop volgende 24 maanden 75% en vervolgens 5 maanden 70% van het salaris. Voor de medisch specialist die voldoet aan de vereisten van art 6.4 lid 6 bedraagt de verlengde uitkering 70% van het salaris.

(...)

Artikel 6.7. Vermindering van de activeringsregeling

1. Op de WW-aanvulling, als bedoeld in artikel 6.5, wordt in mindering gebracht:

- uitkeringen op basis van de Ziektewet, de Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering, de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen, de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Jonggehandicapten en de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Zelfstandigen;
- een eventuele strafkorting op basis van de Werkloosheidswet;
- inkomen uit arbeid (arbeidsovereenkomst) of bedrijf.

(...)

Artikel 6.8. Vervallen van de WW-aanvulling

1. De WW-aanvulling vervalt:

- met ingang van de dag volgend op die waarop de medisch specialist is overleden;
- met ingang van de dag waarop de medisch specialist de AOW leeftijd bereikt;
- wanneer de medisch specialist aanspraak maakt op invaliditeitspensioen ingevolge het reglement van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn, uit hoofde van de dienstbetrekking waaruit het recht op de activeringsregeling is ontstaan;
- als medisch specialist niet aan de hem in artikel 6.6 opgelegde verplichtingen voldoet;

- als de uitkering op basis van de Werkloosheidswet of een van de andere in artikel 6.7 lid 1 genoemde uitkeringen worden stopgezet, omdat de medisch specialist niet al datgene doet wat noodzakelijk is voor het verkrijgen van een van deze uitkeringen.

(...)

Artikel 6.10 Uitbetaling van de activeringsregeling

1. De aanvulling op de WW-uitkering geschiedt maandelijks.
2. Het activeringsbudget wordt uitbetaald bij einde dienstverband.
3. Er kan geen sprake zijn van cumulatie van een ontbindingsvergoeding, een afkoopregeling of een uit de wet voortvloeiende vergoeding en het activeringsbudget als bedoeld in art 6.1 lid 1.

(...)

Hoofdstuk 7: Overige arbeidsvoorwaarden en bepalingen

Artikel 7.2.3 Geschillen

1. Het bestuur en de medisch specialist trachten geschillen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst en de AMS in onderling overleg op te lossen.
2. Geschillen die ontstaan naar aanleiding van de afspraken uit hoofdstuk 8 (het statuut) worden zo nodig met behulp van een in gezamenlijk overleg te benoemen bemiddelaar opgelost.
3. Indien geen vergelijk wordt bereikt, zullen de geschillen worden beslecht door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg, tenzij ten tijde van het geschil tussen bestuur en medisch specialist wordt afgesproken een beroep te doen op de civiele rechter.

- 2.15 Volgens eiseres voldoet zij aan alle voorwaarden om in aanmerking te komen voor een maandelijkse aanvulling op haar uitkering overeenkomstig de activeringsregeling. Daarnaast stelt eiseres dat de stichting de aanvulling aan haar moet betalen omdat zij in de ontbindingsprocedure, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, een onvoorwaardelijke toezegging tot uitbetaling heeft gedaan. Eiseres stelt verder dat zij een spoedeisend belang heeft bij een voorlopige voorziening omdat haar financiële reserves de afgelopen maanden zijn verdampt en zij de aanvulling op de uitkering, ook vanwege de zeer hoge kosten van rechtsbijstand, hard nodig heeft.
- 2.16 De stichting betwist dat eiseres een voldoende spoedeisend belang heeft. De stichting betwist ook dat de ingestelde vorderingen als voorlopige voorziening toewijsbaar zijn. Inhoudelijk betwist de stichting dat eiseres voldoet aan de voorwaarden van de activeringsregeling om in aanmerking te komen voor een aanvulling op haar uitkering. Volgens de stichting valt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet onder de werkingssfeer van de activeringsregeling. Voor het geval het Scheidsgerecht anders oordeelt, doet de stichting een beroep op de anticumulatiebepaling van artikel 6.10.3. AMS en bestrijdt zij dat de activeringsregeling een recht op aanvulling van een uitkering op grond van de ZW geeft. De stichting ontkent dat zij in de procedure bij de kantonrechter en het hof onvoorwaardelijk aan eiseres heeft toegezegd dat zij een aanvulling op de uitkering zal betalen.

3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht en de beoordelingsmaatstaf

De bevoegdheid van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg om in dit geschil in kort geding bij arbitraal vonnis te beslissen berust op artikel 7.2.3 van de AMS, en staat tussen partijen niet ter discussie. Op grond van artikel

25 van het arbitragereglement beslist het Scheidsgerecht naar de regelen des rechts, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen. Dat laatste is hier niet het geval.

4. De beoordeling van het geschil

- 4.1 De door eiseres gevraagde voorlopige voorziening is in de kern een veroordeling van de stichting tot betaling van een geldvordering. Eiseres heeft een spoedeisend belang bij die voorziening. De maandelijkse aanvulling op grond van de activeringsregeling vertegenwoordigt immers een aanzienlijk bedrag. De hoofdsom aan vervallen termijnen bedroeg op 2 augustus 2017 al € 74.716,61 bruto en loopt iedere maand verder op. Voor toewijzing van een geldvordering in kort geding is geen voorwaarde dat degene die meent recht te hebben op een geldbedrag in serieuze problemen komt bij het uitblijven van betaling. Wel dienen het bestaan en de omvang van de geldvordering in hoge mate aannemelijk te zijn.
- 4.2 De gevraagde voorziening kan niet worden toegewezen op de grondslag van een toezegging. Uit de hiervoor geciteerde passages in de pleitnota's van de gemachtigde blijkt namelijk niet dat de stichting een onvoorwaardelijke toezegging heeft gedaan om een uitkering op grond van de ZW aan te vullen. Eiseres heeft de gestelde toezegging alleen gegrond op de passages in de pleitnota's. Zij heeft geen andere feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan een onvoorwaardelijke toezegging kan worden aangenomen.
- 4.3 Of de voorziening op de grondslag van de activeringsregeling toewijsbaar is, hangt af van het antwoord op de vraag of eiseres aan alle voorwaarden voldoet om een aanvulling op haar uitkering overeenkomstig die regeling te krijgen. Daarover verschillen partijen van mening. Zij zijn het niet eens over de vraag of de ontbinding op de d-grond in dit geval kwalificeert als een ongeschiktheidsontslag in de zin van de werkingsfeerbepaling van artikel 6.1. Zij zijn het ook niet eens over de vraag of een uitkering op grond van de ZW voor de toepassing van artikel 6.1.4 moet worden gelijkgesteld aan een uitkering op grond van de WW. Daarnaast verschillen partijen van mening over de uitleg van de anticumulatiebepaling van artikel 6.10.3. Volgens de stichting heeft eiseres geen recht meer op aanvulling van enige uitkering omdat de stichting een ontbindingsvergoeding of een uit de wet voortvloeiende vergoeding in de zin van artikel 6.10.3 heeft betaald.
- 4.4 Het Scheidsgerecht neemt tot uitgangspunt dat de bepalingen van de AMS moeten worden uitgelegd volgens de zogenoemde cao-norm. Dat betekent dat in beginsel de bewoordingen van die bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van de cao, van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het in dit geval aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de AMS omdat een schriftelijke toelichting niet beschikbaar is. Bij deze uitleg kan onder meer acht worden geslagen op de elders in de Cao Ziekenhuizen gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.
- 4.5 Tijdens de mondelinge behandeling heeft de stichting als eerste haar beroep op de anticumulatiebepaling toegelicht. Volgens de stichting is het begrip "activeringsbudget" in hoofdstuk 6 van de AMS gebruikt als verzamelterm voor de wettelijke transitievergoeding (1) en de aanvulling op de uitkering op grond van de WW (2). Eiseres heeft deze uitleg betwist. Volgens eiseres is het begrip "activeringsregeling" gebruikt als verzamelterm voor het activeringsbudget (1) en de aanvulling op de uitkering (2) en blijkt uit de tekst van de regeling dat met het activeringsbudget de wettelijke transitievergoeding is bedoeld (met een ondergrens van € 5.000). De uitleg die de stichting bepleit is naar het oordeel van het Scheidsgerecht niet juist. Die uitleg is namelijk in strijd met de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarmee het begrip activeringsregeling in artikel 6.1 lid 2 is gedefinieerd. Door het

gebruik van de woorden "bestaat uit" in die definitiebepaling direct na het woord "activeringsregeling" moet op grond van de letterlijke betekenis van de gebruikte bewoordingen "bestaat uit" worden aangenomen dat de activeringsregeling is samengesteld uit de twee daarna genoemde delen: het activeringsbudget ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding (1) en de aanvulling op de uitkering (2). Als partijen bij de cao zouden hebben willen vastleggen dat de activeringsregeling een activeringsbudget is, dat is samengesteld uit twee delen, dan had het voor de hand gelegen dat zij de woorden "bestaat uit" hadden geplaatst na het woord "activeringsbudget". Ook uit de leden 1 en 2 van artikel 6.10 volgt dat de aanvulling op de WW-uitkering (lid 1) geen onderdeel is van het activeringsbudget (lid 2) omdat verschillende tijdstippen van uitbetaling zijn vastgelegd: voor de aanvulling op de WW-uitkering maandelijks, voor het activeringsbudget ineens bij einde dienstverband. Verder past ook het gebruik van de kopjes in hoofdstuk 6 niet bij de uitleg die de stichting aan het begrip activeringsbudget in de zin van artikel 6.10.3 geeft. Artikel 6.2 heeft als kopje "Activeringsbudget", artikel 6.7 "Vermindering van de activeringsregeling" en artikel 6.10 "Uitbetaling van de activeringsregeling". Het is niet aannemelijk dat partijen bij de AMS de begrippen activeringsregeling en activeringsbudget in de kopjes boven de artikelen willekeurig door elkaar heen hebben gebruikt. Verder geldt dat de tekstinterpretatie van de stichting tot een onaannemelijk rechtsgevolg leidt. Werknemers die in een ontbindingsprocedure veroordeling vragen tot betaling van de wettelijke transitievergoeding op grond van de wet verliezen volgens de stichting hun aanspraak op aanvulling van de WW-uitkering, werknemers die veroordeling tot betaling van dezelfde vergoeding vragen op grond van de AMS niet. Dat rechtsgevolg is ongerijmd en is in ieder geval zo onredelijk dat het niet aannemelijk is. De stelling van de stichting dat eiseres op grond van artikel 6.10.3 geen recht heeft op een aanvulling gaat dus niet op.

- 4.6 Het Scheidsgerecht komt dus toe aan de beoordeling van de vraag of de ontbinding op de d-grond in dit geval voorshands kwalificeert als een ongeschiktheidsontslag in de zin van de activeringsregeling. Eiseres heeft haar stelling dat dit het geval is voldoende onderbouwd met de beschikkingen van de kantonrechter en het hof. De d-grond is immers een neutrale ontslaggrond waaraan verwijtbaarheid niet inherent is. Van schuld of toedoen kan sprake zijn indien het tekortschieten in het functioneren aan eiseres kan worden toegerekend en het wel binnen haar vermogen heeft gelegen hierin verbetering aan te brengen. Het Scheidsgerecht volgt voor de invulling van de begrippen schuld en toedoen de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over vergelijkbare regelingen. Op de stichting rustte in ieder geval de verplichting om haar besluit tot weigering van de activeringsregeling zorgvuldig met feiten en omstandigheden te onderbouwen. Zij heeft immers in de pleitnota in eerste aanleg in het kader van de beslissing over een billijke vergoeding nog aangevoerd dat eiseres na ontbinding op de d-grond wel recht zou krijgen op de activeringsregeling. Ook uit de pleitnota van de stichting in hoger beroep valt niet op te maken dat zij toen meende dat de ontbinding op de d-grond aan schuld of toedoen van eiseres viel te wijten. De stichting heeft haar besluit tot afwijzing op grond van de werkingssfeerbepaling van artikel 6.1 lid 1 eigenlijk alleen gemotiveerd met de verwijzing naar de overweging van het hof dat eiseres niet bereid of in staat is geweest om te verbeteren. Die overweging is zo vaag dat de stichting daarmee onvoldoende heeft onderbouwd dat het binnen het vermogen van eiseres heeft gelegen om op de "zachte" competenties te verbeteren, maar dat zij daartoe niet bereid is geweest.
- 4.7 De stichting heeft in verband met de werkingssfeer van de activeringsregeling ook gesteld dat de eerste drie aandachtsstrepen van artikel 6.1 lid 1 in onderling verband moeten worden uitgelegd. Volgens de stichting betekent dit dat de activeringsregeling uitsluitend moet worden toegekend als sprake is van een wijziging in de organisatorische omstandigheden. Een ontslag op de d-grond op grond van omstandigheden gelegen in de persoon valt volgens de stichting niet binnen de werkingssfeer. Voor deze uitleg heeft de stichting verwezen naar het vonnis van de kantonrechter Rotterdam van 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8588. Eiseres heeft de uitleg van de stichting betwist.

Het Scheidsgerecht volgt het betoog van de stichting ook niet. In de tekst van de activeringsregeling is geen aanwijzing te vinden voor de stelling dat alleen ongeschiktheidsontslagen die een gevolg zijn van organisatorische omstandigheden onder de werkingsfeer vallen. Een dergelijke aanwijzing staat ook niet elders in de toepasselijke Cao Ziekenhuizen. Wel valt op dat de activeringsregeling alleen van toepassing is verklaard op ongeschiktheidsontslagen wanneer de betreffende werknemer vijftien jaar of langer in dienst is geweest. Een periode van vijftien jaar is zo lang dat tijdens het dienstverband altijd wel organisatorische veranderingen zullen hebben plaatsgevonden. In zoverre is er dus wel enige samenhang tussen de werkingsfeerbepaling in al haar onderdelen en organisatorische wijzigingen. Uit de tekst van de activeringsregeling blijkt echter niet dat bij ieder ongeschiktheidsontslag getoetst moet worden of het ontslag (hoofdzakelijk) is terug te voeren op de tijdens het dienstverband opgetreden organisatorische veranderingen of op (gewijzigde) omstandigheden gelegen in de persoon. Een dergelijke toetsing is bij lange dienstverbanden niet eenvoudig. Dat die toetsing zou moeten plaatsvinden is om die reden niet aannemelijk.

- 4.8 Uit het voorgaande volgt dat het voor de vraag of eiseres voldoet aan de voorwaarden van hoofdstuk 6 van de AMS aankomt op de vraag of de activeringsregeling ook recht geeft op een aanvulling op een ZW-uitkering. In artikel 6.1 lid 4 staat expliciet dat de activeringsregeling uitsluitend (onderstreping Scheidsgerecht) wordt toegekend indien de medisch specialist recht heeft op een uitkering op basis van de WW. Ook uit de kopjes boven een aantal artikelen blijkt dat de regeling een WW-aanvulling inhoudt. Een recht op een WW-uitkering heeft eiseres naar de letter van de WW niet. Een ZW-uitkering is op grond van artikel 19 van de WW namelijk een uitsluitingsgrond die tot gevolg heeft dat geen recht op een uitkering op basis van de WW ontstaat, of dat een eerder ontstaan recht door het optreden van de uitsluitingsgrond eindigt. Dat betekent niet dat voor eiseres nooit een recht op WW kan ontstaan of dat een recht op uitkering op grond van de WW definitief is vervallen. Zodra eiseres zal zijn hersteld en weer beschikbaar zal zijn voor de arbeidsmarkt zal het recht op WW ontstaan. De duur van de periode waarin eiseres een ZW-uitkering heeft ontvangen wordt niet in mindering gebracht op de duur van een uitkering op grond van de WW. Door of namens beide partijen is tijdens de mondelinge behandeling ook erkend dat het ontvangen van een uitkering op grond van de ZW leidt tot verplaatsing in de tijd van het recht op WW. Volgens eiseres heeft de stichting vanwege de verplaatsing in de tijd geen redelijk belang bij het weigeren van een aanvulling op een ZW-uitkering, terwijl zij wel een spoedeisend belang heeft bij aanvulling van haar inkomen. Die stelling gaat naar het oordeel van het Scheidsgerecht echter niet op. Tijdens de mondelinge behandeling is met partijen besproken dat eiseres na twee jaar ziekte (onder voorwaarden) recht kan krijgen op een arbeidsongeschiktheidspensioen (lang geleden genaamd invaliditeitspensioen) op grond van het pensioenreglement van Pensioenfonds Zorg en Welzijn (PFZW). Uit artikel 6.8 lid 1 volgt dat de stichting geen aanvulling hoeft uit te betalen wanneer PFZW een arbeidsongeschiktheidspensioen betaalt. Uitstel van de aanvulling kan in het geval van ziekte dus leiden tot afstel. Daarin is een belang van de stichting gelegen. Daar komt dan nog bij dat eiseres, zoals tijdens de zitting aan de orde gesteld, mogelijk op grond van het pensioenreglement verplicht is om bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd in februari 2018 haar ouderdoms- of flexpensioen te laten ingaan.
- 4.9 Eiseres stelt terecht dat in de tekst van de activeringsregeling ook aanwijzingen zijn te vinden voor haar standpunt dat een aanvulling op grond van de regeling kan samengaan met een ZW-uitkering. In artikel 6.7.1 is immers vermeld dat een uitkering op basis van de ZW in mindering wordt gebracht op de aanvulling op de WW. In artikel 6.8.1 staat dat de WW-aanvulling vervalt wanneer de medisch specialist aanspraak maakt op invaliditeitspensioen ingevolge het reglement van PFZW uit hoofde van de dienstbetrekking waaruit het recht op de activeringsregeling is ontstaan. Tussen partijen is niet in geschil dat een werknemer of gewezen werknemer die aanspraak reglementair pas als recht verkrijgt nadat hij twee jaar ziek is geweest. Partijen hebben tijdens de zitting geen voorbeelden kunnen geven van een situatie waarin aanvankelijk recht heeft bestaan op een aanvulling op een WW-uitkering en

vervolgens, zonder dat sprake is geweest van een periode waarin recht op een uitkering op grond van de ZW heeft bestaan, aanspraak kan worden gemaakt op arbeidsongeschiktheidspensioen op grond van het reglement van PFZW. Verder valt ook niet eenvoudig in te zien waarom een werkzoekende zijn recht op de aanvulling verliest indien hij na een periode van werkloosheid meer dan dertien weken arbeidsongeschikt is (en een recht op een ZW-uitkering krijgt in plaats van recht op een WW-uitkering). In de tekst van de voorheen geldende wachtgeldregeling van de AMS (dat was de wachtgeldregeling van hoofdstuk 14 van de Cao Ziekenhuizen) was in artikel 14.2 lid 3 met zoveel woorden bepaald dat een wachtgeldgerechtigde die op de dag dat het wachtgeld zou ingaan in plaats van een WW-, een ZW- of WIA-uitkering genoot, ook een aanvulling zou krijgen tot de hoogte en de duur van het wachtgeld. Een vergelijkbare bepaling ontbreekt echter in de nieuwe activeringsregeling. Eiseres heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat een vergelijkbare bepaling als in de wachtgeldregeling kan worden ingelezen. Daarom wordt voorshands geoordeeld dat de activeringsregeling geen recht geeft op een aanvulling op een ZW-uitkering.

- 4.10 Het Scheidsgerecht realiseert zich dat vooral werknemers met een hoog inkomen, zoals veel medisch specialisten, in geval van langdurige ziekte onder de nieuwe activeringsregeling duidelijker slechter af zijn dan onder de oude wachtgeldregeling. In de tekst van de activeringsregeling zijn echter geen aanknopingspunten te vinden voor het oordeel dat partijen bij de cao dat niet hebben beoogd. Partijen hebben ook geen beroep gedaan op passages elders in de Cao Ziekenhuizen waaruit van een ander oogmerk zou kunnen blijken.
- 4.11 Uit het voorgaande volgt dat het verzoek niet kan worden toegewezen. Eiseres zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het Scheidsgerecht worden veroordeeld. Deze kosten worden begroot op € 4.659,79. Partijen dienen elk de eigen kosten van rechtsbijstand te dragen.

5. De beslissing

Het Scheidsgerecht:

- 5.1 wijst de vorderingen af;
- 5.2 veroordeelt eiseres in de kosten van het Scheidsgerecht; begroot deze kosten op € 4.659,79 en bepaalt dat dit bedrag zal worden verhaald op het door eiseres gedeponeerde voorschot; bepaalt dat partijen voor het overige elk de eigen kosten dragen.

Aldus vastgesteld te Utrecht en op 10 oktober 2017 aan de partijen verzonden.