

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis van 16 juni 2022

Kenmerk: SG 22/02

Het Scheidsgerecht, samengesteld als volgt:
mr. R.J.B. Boonekamp, wonende te Arnhem, voorzitter,
dr. A.L. van Rijn-Klink MSc, wonende te Oegstgeest,
mr. R.P.D. Kievit, wonende te Mijnsheerenland,
bijgestaan door mr. F. Diepraam, griffier,
heeft het navolgende vonnis gewezen

A,
wonende te Z,
eiseres,
gemachtigde: mr. M.J.H. Ruijters

tegen:

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
B,
gevestigd te Y,
verweerster
gemachtigde: mr. M.A.M. Euverman

Partijen worden hierna aangeduid als eiseres en B.

1. De procedure

- 1.1 Eiseres heeft met een brief van 8 februari 2022 deze procedure aanhangig gemaakt. Met een memorie van eis van diezelfde datum heeft zij het Scheidsgerecht verzocht om bij arbitraal vonnis:
- 1) B te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan eiseres over de maanden februari en maart 2021 de 13^e maand ad € 628,80 per maand te betalen, te vermeerderen met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 lid 1 BW en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 lid 1 BW;
 - 2) voor recht te verklaren dat de door eiseres verrichte diensten moeten worden beschouwd en betaald als inconvenientendiensten conform de AMS, qua frequentie 4% en op basis van het voltijdssalaris;

- 3) B te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, waaronder mede begrepen een vergoeding van de kosten van rechtsbijstand ter hoogte van € 1.000,-.

Bij deze memorie zijn 9 producties (genummerd 1-9) gevoegd.

- 1.2 B heeft met een memorie van antwoord, gedateerd 11 maart 2022, verweer gevoerd. Bij deze memorie zijn 4 producties (genummerd 1-4) gevoegd.
- 1.3 Met een brief van 2 juni 2022 heeft de gemachtigde van B een nadere producties, genummerd 5, ingezonden.
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 10 juni 2022. Eiseres is daar in persoon verschenen, met haar gemachtigde. Aan de zijde van B waren aanwezig: dr. C, voorzitter van de raad van bestuur van B, (verder: C) D, lid van de raad van bestuur van B, en de gemachtigde van B.

2. De vaststaande feiten

- 2.1 B is een door C in 2011 opgerichte kliniek die is gespecialiseerd in dermatologische, gynaecologische en flebologische zorg. Het medisch team van B bestaat uit vier dermatologen, 3 gynaecologen, één chirurg, één fleboloog, twee vaatlaboranten en twee huidtherapeuten.
- 2.2 Eiseres is op 1 juni 2014 als medisch specialist, dermatoloog, in dienst getreden van B, aanvankelijk voor bepaalde tijd en vanaf 1 juni 2016 voor onbepaalde tijd.
- 2.3 Bij e-mail van 28 april 2014 heeft C aan eiseres een voorstel voor indiensttreding gedaan. Daarin staat voor zover hier van belang:

*"Aanvang dienstverband in overleg, jaarcontract vlgs voorwaarden AMS
Loonschaal 6 (10.821,-/maand bij full-time dienstverband excl 8% vakantiegeld
en excl 13e maand)"*

- 2.4 Per e-mail van 9 augustus 2014 heeft C een concept arbeidsovereenkomst aan eiseres gestuurd met de vraag om te kijken of alles klopt. Eiseres heeft vervolgens geantwoord dat het volgens haar allemaal klopt.
- 2.5 Bij de stukken bevindt zich een door beide partijen ondertekende arbeidsovereenkomst gedateerd 1 juni 2014. Daarin staat voor zover hier van belang:

"Artikel 2. Duur en aard arbeidsovereenkomst en toepasselijkheid AMS

(...)

2. Op deze arbeidsovereenkomst is de AMS van toepassing. Alle samenhangende regelingen in de zin van artikel 1.2.2 AMS vormen met deze arbeidsovereenkomst één geheel.

(...)

Artikel 5. Salaris

De medisch specialist wordt ingedeeld in trede 6. Het salaris bedraagt met ingang van deze arbeidsovereenkomst en met in acht name van artikel 4 € 4328,40 per maand, exclusief 8% vakantietoeslag.

Artikel 6. Toeslagen diensten

De medisch specialist neemt deel aan de avond-, nacht-, en weekenddiensten, waarvoor een toeslag geldt van 2%.

(...)

Artikel 11. Geschillenbeslechting

De beslechting van geschillen uit deze arbeidsovereenkomst vindt plaats overeenkomstig het bepaalde in artikel 7.5.3. AMS door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg."

- 2.6 Partijen bij de AMS zijn de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ), De Landelijke vereniging van Artsen in Dienstverband (LAD) en de Federatie Medisch Specialisten (FMS). In de AMS is onder andere het volgende bepaald:

"Ziekenhuis

Het ziekenhuis is de instelling die een samenhangend pakket van medisch specialistische zorg biedt en waarmee de medisch specialist een dienstverband heeft. Onder ziekenhuis worden eveneens revalidatie-, categorale instellingen en zelfstandige behandelcentra verstaan."

(...)

Artikel 1.1 Werkingssfeer AMS

(...)

2. Alle medisch specialisten in dienst van het ziekenhuis en werkzaam in de functie van medisch specialist, vallen onder de werking van de AMS.

3. In overleg tussen bestuur en medisch specialist kan ten gunste van de medisch specialist worden afgeweken van de AMS.

(...)

Artikel 1.2 Werkingssfeer AMS

1. De AMS maakt als hoofdstuk 15 Arbeidsvoorwaardenregeling Medisch Specialisten deel uit van de CAO Ziekenhuizen met dien verstande dat de AMS een volledige arbeidsvoorwaardelijke regeling is.

(...)

3.3 Toeslagen

Artikel 3.3.1 Algemeen

1. De toeslagen worden berekend over het voor de medisch specialist geldende salaris.

2. Met betrekking tot de toeslagen voor medisch specialisten met een deeltijd dienstverband, wordt het naar rato beginsel toegepast tenzij in de AMS anders is bepaald.

3. Inconveniëntentoeslagen worden berekend over het voltijd salaris.

(...)

Artikel 3.3.2 Inconveniëntentoeslagen

1. Het bestuur kent aan de medisch specialist een maandelijkse toeslag toe voor het verrichten van avond-, nacht- en weekenddiensten, waarvoor de

medisch specialist bereikbaar en/of aanwezig moet zijn. De hoogte van de toeslag wordt gebaseerd op de frequentie en de intensiteit van avond-, nacht- en weekenddiensten.

(...)”

- 2.7 In artikel 3.3.2 van de AMS is verder met tabellen uitgewerkt welke toeslagpercentages gelden afhankelijk van frequentie en intensiteit van de diensten.
- 2.8 Vanaf de indiensttreding van eiseres heeft B aan haar jaarlijks een 13e maand uitbetaald. Begin 2021 heeft B aangekondigd dat zij de jaarlijkse uitbetaling van deze 13e maand met ingang van dat jaar wilde stopzetten.
- 2.9 Bij brief van 26 februari 2021 heeft eiseres de arbeidsovereenkomst opgezegd. Het dienstverband is geëindigd per 1 april 2021.

3. Standpunten van de partijen

- 3.1 Eiseres stelt zich op het standpunt dat tussen haar en B een 13e maand is overeengekomen, zoals ook neergelegd in de e-mail van 28 april 2014. Volgens B berustte de verwijzing naar een 13e maand in die e-mail op een vergissing. In de ondertekende arbeidsovereenkomst is geen 13e maand opgenomen. De AMS kent ook geen 13e maand. Dat vanaf 2014 tot en met 2020 wel telkens een 13e maand aan eiseres is betaald, berustte volgens B op coulance.
- 3.2 Eiseres stelt zich verder op het standpunt dat zij overeenkomstig artikel 3.3.2 van de AMS recht had op 4% toeslag voor avond-, nacht- en weekenddiensten gelet op de frequentie daarvan, terwijl haar maar 2% is betaald. B stelt dat de diensten binnen de kliniek niet avond-, nacht- en weekenddiensten zijn, maar consignatiediensten. Aangezien de regeling van de AMS alleen ziet op avond-, nacht- en weekenddiensten stond het B vrij met eiseres in de individuele arbeidsovereenkomst voor die consignatiediensten een van artikel 3.3.2 van de AMS afwijkende regeling te treffen. Bovendien stelt B als kleine kliniek niet onder de werkingssfeer van de AMS te vallen.

4. De bevoegdheid en de beslissingsmaatstaf

- 4.1 In artikel 11 van de arbeidsovereenkomst is overeengekomen dat beslechting van geschillen uit de arbeidsovereenkomst plaatsvindt door het Scheidsgerecht Gezondheidszorg overeenkomstig artikel 7.5.3 van de AMS. Bedoeld is artikel 7.2.3 AMS waarin geschilbeslechting aan het Scheidsgerecht is opgedragen. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht is tussen de partijen niet in geschil. Volgens artikel 25 van het Arbitragereglement van het Scheidsgerecht worden beslissingen gegeven in de vorm van een arbitraal vonnis en volgens de regelen des rechts tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, wat hier niet het geval is.

5. Beoordeling van het geschil

- 5.1 Niet kan worden aangenomen dat de 13^e maand als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden is overeengekomen. Hoewel de e-mail van 28 april 2014 de indruk kon wekken dat ook een 13^e maand tot de arbeidsvoorwaarden zou behoren, is een 13^e maand in de arbeidsovereenkomst niet opgenomen. Ook de van toepassing verklaarde AMS kent geen 13^e maand. Eiseres heeft de arbeidsovereenkomst in concept

voorgelegd gekregen en die akkoord bevonden en later ondertekend. Zij kon zien dat daarin geen 13^e maand was opgenomen en zij had ook in de AMS kunnen zien dat daarin geen 13^e maand voorkomt. Blijkens in de memorie van antwoord geciteerde (maar niet overgelegde) e-mailcorrespondentie waarvan de inhoud niet is betwist, heeft eiseres op 14 december 2014 geïnformeerd waar haar 13^e maand bleef. C heeft toen geantwoord dat de AMS bij haar weten geen 13^e maand heeft. Ook op 6 januari 2016 heeft eiseres aan B gevraagd wanneer haar 13^e maand (kennelijk over 2015) zou worden uitbetaald. C heeft haar toen bericht: *Volgens de CAO heb je geen recht op een 13^e maand (AMS). Vorig jaar heb je hem per abuis gekregen. Daar zijn we recent achter gekomen, ik heb het gelaten omdat ik het niet na een jaar wilde verrekenen. Ik had dat moeten melden maar is er niet van gekomen.* B nam dus ook na het sluiten van de arbeidsovereenkomst het standpunt in dat een 13^e maand niet als arbeidsvoorwaarde was overeengekomen, wat in lijn was met het ontbreken van een 13^e maand in de ondertekende arbeidsovereenkomst en de AMS.

- 5.2 Gebleken is echter dat B de 13^e maand ook na 2014 ieder jaar is blijven uitkeren tot en met het jaar 2020. Er is dus wel sprake geweest van een gedurende die hele periode gevolgde gedragslijn. Daaruit kan voortvloeien dat die 13^e maand is geworden tot een de arbeidsovereenkomst aanvullende arbeidsvoorwaarde. Of dat in het gegeven geval zo is moet worden uitgemaakt aan de hand van de omstandigheden genoemd in HR 23 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976. In dit geval moet worden geconstateerd dat B gedurende zeven jaar ieder jaar een 13^e maand aan eiseres heeft uitgekeerd. Alleen ten aanzien van 2014 en 2015 heeft B als haar standpunt aan eiseres kenbaar gemaakt dat dit niet is overeengekomen. Desondanks heeft zij toen uitbetaald. In de jaren daarna is telkens uitbetaald zonder verdere correspondentie daarover, zo is namens B ter zitting verklaard. Er is dus geen sprake geweest van betaling onder protest van gehoudenheid. Verder wordt in aanmerking genomen dat een 13^e maand een betrekkelijk gebruikelijke arbeidsvoorwaarde is en dat in de e-mail van 28 april 2014 ook aan een 13^e maand was gerefereerd. Onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat de 13^e maand als aanvullende arbeidsvoorwaarde tussen eiseres en B is gaan gelden. B kan zich daaraan niet zomaar onttrekken. Daarom zal zij die 13^e maand alsnog moeten uitbetalen over de maanden februari en maart 2021 ad € 628,60 per maand zoals gevorderd en niet weersproken. Ook de wettelijke verhoging daarover en de wettelijke rente zullen worden toegewezen, met dien verstande dat de wettelijke verhoging billijkheidshalve zal worden gematigd tot 25% in verband met de onduidelijkheid over de vraag of een 13^e maand was overeengekomen.
- 5.3 Ten aanzien van de diensten overweegt het Scheidsgerecht als volgt. De kern van het verweer van B is dat de diensten die binnen B worden gedaan, ook door eiseres, consignatiediensten zijn en dat dit andere diensten zijn dan de avond-, nacht- en weekenddiensten die in de AMS zijn geregeld. Volgens B stond het haar daarom vrij in de arbeidsovereenkomst een regeling te treffen voor diensten waarvoor de AMS geen regeling bevatten. Dat standpunt kan niet worden gehonoreerd. In artikel 6 van de arbeidsovereenkomst komt de term consignatiedienst niet voor, maar alleen avond-, nacht- en weekenddiensten zonder verdere omschrijving daarvan. Eiseres hoefde uit artikel 6 niet af te leiden dat het om andere diensten zou gaan dan de avond-, nacht- en weekenddiensten waarvoor ook de AMS een regeling bieden. Volgens B gaat het binnen B feitelijk om veel lichtere diensten waarin de medisch specialist alleen in noodgevallen in actie moet komen en is daarom een geringere vergoeding op haar plaats. Bepalend is echter niet wat die diensten feitelijk inhielden, maar wat tussen

partijen is overeengekomen en wat eiseres uit de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs heeft mogen afleiden. Aantekening verdient hierbij dat in de beloningsstructuur voor diensten in de AMS ook rekening wordt gehouden met de intensiteit, dat wil zeggen hoe vaak de medisch specialist ook werkelijk in actie moet komen tijdens een dienst. De zwaarte van de dienst wordt in de AMS dus ook meegewogen voor de beloning.

- 5.4 Verder heeft B nog het standpunt ingenomen dat zij niet gebonden is aan de AMS en er daarom vanaf mocht wijken. Dat heeft B verder niet uitgewerkt. Voor zover zij zich op het standpunt stelt dat zij daarom voor avond-, nacht en weekenddiensten zoals in de AMS geregeld een andere, lagere vergoeding mocht overeenkomen dan in de AMS, wordt als volgt overwogen. Gebleken is dat B niet is aangesloten bij een van de contracterende partijen van de AMS. B was dus niet verplicht om de AMS toe te passen. Zij heeft die vrijwillig van toepassing verklaard. Zij zou daarom kunnen overeenkomen dat onderdelen van de AMS buiten toepassing blijven en daarvoor een andere regeling in de arbeidsovereenkomst kunnen overeenkomen. Het is een vraag van uitleg of daarvan hier sprake is. Het Scheidsrecht beantwoordt die vraag ontkennend. In artikel 2 van de arbeidsovereenkomst zijn de AMS geheel van toepassing verklaard, zonder dat bepaalde onderdelen zijn uitgezonderd. In artikel 6 valt niet te lezen dat de bedoeling is geweest de daar genoemde regeling in de plaats te stellen van de gunstiger regeling in de AMS. Volgens artikel 1.1 lid 3 AMS mag alleen ten gunste van de medisch specialist worden afgeweken van de AMS. Als in een geval als dit de werkgever ten nadele van de medisch specialist wil afwijken van de onverkort van toepassing verklaarde AMS zal hij dat zo moeten doen dat dit duidelijk is voor de medisch specialist. Eiseres hoefde dat uit de bepalingen van de arbeidsovereenkomst, bezien in onderling verband en samenhang niet te begrijpen. Geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit afgeleid moet worden dat zij dit uit verklaringen of gedragingen van B bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst wel heeft moeten begrijpen.
- 5.5 B heeft niet weersproken dat eiseres qua frequentie van haar diensten volgens de AMS op 4 % toeslag aanspraak heeft. Uit de AMS volgt dat die toeslag berekend moet worden over het voltijds salaris. De gevraagde verklaring voor recht is daarom toewijsbaar zoals gevorderd. Bij deze uitkomst moet B de kosten van het Scheidsrecht dragen. Die worden bepaald op € 7.936,36 en zullen op het gedeponeerde voorschot worden verhaald. B zal worden veroordeeld om dit bedrag aan eiseres te betalen. B zal daarnaast worden veroordeeld om aan eiseres een bedrag van € 1.000,- voor kosten van rechtsbijstand te betalen, zoals door eiseres gevorderd.

6. De beslissing

Het Scheidsrecht wijst het volgende arbitrale vonnis naar de regels van het recht:

- 6.1 B wordt veroordeeld aan eiseres ten titel van 13^e maand te betalen een bedrag van € 628,60 per maand over de maanden februari en maart 2021, te vermeerderen met de wettelijke verhoging van 25% daarover en te vermeerderen met de wettelijke rente over de hoofdsommen en de wettelijke verhoging daarover telkens vanaf de eerste dag van de maand volgende op die waarop de vergoeding betrekking heeft.

- 6.2 Voor recht wordt verklaard dat de door eiseres verrichte diensten moeten worden beschouwd en betaald als inconvenientendiensten conform de AMS, qua frequentie 4% en op basis van voltijds salaris.
- 6.3 De kosten van het Scheidsgerecht worden vastgesteld op € 7.936,36 en zullen worden verhaald op het door eiseres gestorte voorschot. B moet die kosten dragen en wordt daarom veroordeeld om een bedrag van € 7.936,36 aan eiseres te betalen.
- 6.4 B wordt veroordeeld om ter zake van kosten van rechtsbijstand aan eiseres een bedrag te betalen van € 1.000,-.

Aldus vastgesteld te Utrecht en op 16 juni 2022 aan de partijen verstuurd.