

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Kenmerk: 14/17

Het Scheidsgerecht, samengesteld als volgt:
mr. H.A.M. Pinckaers, wonende te De Bilt, voorzitter,
mr. drs. L.E. Garmers, wonende te Haarlem, en
mr. H.J.M. Steen MHA, wonende te Castricum,
bijgestaan door mr. M.C.A. van Heek, griffier,

heeft op 25 februari 2015 het navolgende vonnis gewezen in de zaak van:

1. **A.**, wonende te Z.,
2. **B.**, wonende te Y.,
3. **C.**, wonende te Z.,
4. **D.**, wonende te X.,

eisers,
gemachtigde: mr. J. Niezen,

tegen

de besloten vennootschap **E.**,
gevestigd te Z.,
verweerster,
gemachtigden: mr. C.S. Kehrler-Bot en mr. P.J. Huys.

1. De procedure

1.1 Eisers hebben met een brief van 27 mei 2014 het geschil tussen partijen aanhangig gemaakt bij het Scheidsgerecht. Zij hebben op dezelfde datum een memorie van eis (met producties, genummerd 1 tot en met 65) ingezonden. Zij verzoeken – samengevat – het Scheidsgerecht om:

Ten behoeve van eiser sub 1 ("A.")

- I. te oordelen dat de opzegging door verweerster van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is;
- II. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van € 948.395,40 bruto zijnde de schadevergoeding ex artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, te vermeerderen met de

wettelijke rente daarover vanaf 1 januari 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

- III. te oordelen dat verweerster, tot de dag van betaling, gehouden is tot betaling van € 6.516,98 ter zake buitengerechtelijke kosten; en
- IV. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van de kosten van deze procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van de uitspraak, en – voor het geval voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

Ten behoeve van eiser sub 2 ("B.")

- I. te oordelen dat de opzegging door verweerster van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is;
- II. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van € 1.011.568,20 bruto zijnde de schadevergoeding ex artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 januari 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;
- III. te oordelen dat verweerster, tot de dag van betaling, gehouden is tot betaling van € 6.775, -- ter zake van buitengerechtelijke kosten; en
- IV. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van de kosten van deze procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van de uitspraak, en – voor het geval voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

Ten behoeve van eiser sub 3 ("C.")

- I. te oordelen dat de opzegging door verweerster van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is;
- II. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van € 731.282,38 bruto zijnde de schadevergoeding ex artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 januari 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;
- III. te oordelen dat verweerster, tot de dag van betaling, gehouden is tot betaling van € 5.431,41 ter zake buitengerechtelijke kosten; en
- IV. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van de kosten van deze procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van de uitspraak, en – voor het geval voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

En ten behoeve van eiser sub 4 ("D.")

- I. te oordelen dat de opzegging door verweerster van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is;
- II. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van € 144.532,-- bruto zijnde de schadevergoeding ex artikel 7:681 Burgerlijk Wetboek, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 januari 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

- III. te oordelen dat verweerster, tot de dag van betaling, gehouden is tot betaling van € 1.985,47 ter zake buitengerechtelijke kosten; en
- IV. te oordelen dat verweerster gehouden is tot betaling van de kosten van deze procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van de uitspraak, en – voor het geval voldoening van de proceskosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.
- 1.2 Verweerster heeft op 16 september 2014 bij memorie van antwoord, onder overlegging van producties (genummerd 1 t/m 14), verweer gevoerd en geconcludeerd tot onbevoegdverklaring van het Scheidsgerecht, althans niet ontvankelijk verklaring van eiseres D., althans afwijzing van de vordering van eisers, althans matiging van de vordering van eisers, met veroordeling van eisers in de kosten van het geding, onder bepaling dat eisers de wettelijke rente over deze kosten verschuldigd zullen zijn wanneer zij deze kosten niet binnen veertien na het ten deze te wijzen vonnis zullen hebben voldaan.
- 1.3 Met een brief van 17 november 2014 heeft de gemachtigde van eisers aanvullende producties 66 t/m 76 toegezonden.
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 24 november 2014. Eisers zijn in persoon verschenen, A. en C. vergezeld door hun partners. Verder zijn aan de zijde van eisers verschenen: de heer mr. F. (van de G.), de gemachtigde van eisers en haar kantoorgenoten mrs. S. van der Velde en L. van den Heuvel. Aan de zijde van verweerster zijn verschenen: de heer H. (bestuurder van verweerster), mevrouw I. (teamleider HR en HR Business Partner bij verweerster) en de heer J. (voorzitter van de medische staf van verweerster), met bijstand van de gemachtigden van verweerster en hun kantoorgenoot mr. G. van der Voet. Beide partijen hebben ter zitting het woord gevoerd aan de hand van pleitaantekeningen.

2. De feiten

- 2.1 K. (hierna: K.) exploiteerde te Z. een regionaal basisziekenhuis (hierna: het L.) voor de inwoners van de eilanden W. en V. en de gemeente U. en de T. deelgemeente S.. K. is op 24 juni 2013 op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard. Tot die datum waren eisers op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als medisch specialist werkzaam in het L.. De curator heeft op 24 juni 2013 alle arbeidsovereenkomsten, dus ook de arbeidsovereenkomsten met eisers, opgezegd.
- 2.2 Enig aandeelhouder van verweerster is de R. (hierna: "de R."), een samenwerkingsverband van drie stichtingen (hierna: de C-ziekenhuizen) die respectievelijk het Q. ("het Q.") te T., het P. ("het P.") te T. en het O. ("het O.") te M. in stand houden.
- 2.3 Verweerster (in oprichting) heeft op 24 juni 2013 de activa uit de boedel van K. van de curatoren gekocht voor een bedrag van 6 miljoen euro. Zij heeft vanaf die datum het L. feitelijk voortgezet en vervolgens omgevormd naar een doordeweeks behandelcentrum onder de naam Z. (het E.). Het voorlopige zorgprofiel van het E. is als volgt geformuleerd:

"Het E. is een medisch centrum voor electieve en chronische zorg dat vijf dagen per week geopend is voor laag-complexe, planbare klinische en poliklinische zorg. Laag complexe acute zorg (niet klinisch of OK behoeftig) wordt, alleen na verwijzing door de huisarts, tussen 7:00 en 21:00 uur geboden tijdens werkdagen."

- 2.4 Verweerster heeft met ingang van 24 juni 2013 de heren N. en Aa. als nieuwe directeur en adjunct-directeur aangesteld. Deze bestuurders zijn later opgevolgd door anderen.
- 2.5 Verweerster heeft aan alle medisch specialisten die werkzaam waren geweest in het L., op vier na, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden. Aan die vier is in het geheel geen arbeidsovereenkomst aangeboden. De medisch specialisten waren voor het overgrote deel op basis van een toelatingsovereenkomst werkzaam geweest. Slechts negen van hen, onder wie eisers, werkten in het L. in loondienst.
- 2.6 Op 2 juli 2013 heeft E. een voorlichtingsbijeenkomst gehouden voor alle medisch specialisten. Bij de uitnodiging voor die bijeenkomst was een concept arbeidsovereenkomst gevoegd.
- 2.7 Eisers hebben het aanbod om voor bepaalde tijd in dienst te treden aanvaard. Zij hebben allen een arbeidsovereenkomst met verweerster ondertekend voor de bepaalde tijd van 24 juni 2013 tot 1 januari 2014. Verweerster heeft voor of bij de ondertekening geen toezegging gedaan over een vervolg.
- 2.8 In de arbeidsovereenkomsten is in artikel 16 het volgende vastgelegd:
- "De beslechting van geschillen uit dezer arbeidsovereenkomst vindt plaats door de relevante kamer van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg."*
- 2.9 A., geboren op 3 januari 1954, heeft van 1 mei 1995 tot 24 juni 2013 als kinderarts in loondienst in het L. gewerkt. Hij is voor de volledige werktijd in dienst getreden van verweerster. Het laatstgenoten salaris bedraagt € 10.821,00 bruto exclusief emolumenten en toeslagen. Verweerster heeft hem op 28 oktober 2013 laten weten dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd.
- 2.10 B., geboren op 20 april 1958, heeft van 15 maart 1995 tot 24 juni 2013 als kinderarts in loondienst in het L. gewerkt. Hij is voor 22,5 uur per week in dienst getreden van verweerster. Het laatstgenoten salaris bedraagt € 5.410,50 bruto exclusief emolumenten en toeslagen. Verweerster heeft hem op 29 oktober 2013 laten weten dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd.
- 2.11 C., geboren op 24 maart 1953, heeft van 1 september 1999 tot 24 juni 2013 als kinderarts in loondienst in het L. gewerkt. Hij is voor de volledige werktijd in dienst getreden van verweerster. Het laatstgenoten salaris bedraagt € 10.821,00 bruto exclusief emolumenten en toeslagen. Verweerster heeft hem op 28 oktober 2013 laten weten dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd.
- 2.12 D., geboren op 6 september 1968, heeft van 3 november 2005 tot 1 november 2007 als anesthesioloog in loondienst gewerkt in het L.. Zij heeft met ingang van 7 januari 2013 werkzaamheden als anesthesioloog in het L. verricht op basis van een voorovereenkomst. Zij werd elke maand door toezending van het maandrooster opgeroepen. Op 24 juni 2013

is D. voor de volledige werktijd in dienst getreden van verweerster. Haar laatstgenoten salaris bedraagt € 10.821,-- bruto exclusief emolumenten en toeslagen. Verweerster heeft D. op 28 oktober 2013 laten weten dat haar arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd.

2.13 De C-ziekenhuizen hebben in december 2012 samen met de zorgverzekeraars CZ en Achmea in een intentieverklaring vastgelegd dat het L. geen toekomst meer had als zelfstandig ziekenhuis, maar mogelijk wel als satellietziekenhuis waarbij de kernfuncties gerealiseerd zouden worden door middel van samenwerking in de regio. Tegen deze achtergrond hebben de C-ziekenhuizen toen de intentie uitgesproken het L. te willen overnemen als na inhoudelijk, financieel en juridisch onderzoek zou blijken dat dit mogelijk en verantwoord was. In het voorjaar van 2013 hebben de C-ziekenhuizen op grond van een door Hh.uitgevoerd onderzoek de conclusie getrokken dat zij niet in staat waren de kosten voor de overname te dragen zonder de eigen continuïteit in gevaar te brengen. De intentie tot een zogenoemde "warme doorstart" heeft daarom geen vervolg gekregen.

2.14 Begin juni 2013 was voorzienbaar dat K. niet in staat zou zijn op 24 juni 2013 de salarissen te betalen. K. was toen in onderhandeling met Bb. over een doorstart na faillissement, een zogenoemde "koude doorstart". Op 5 juni 2013 heeft de rechtbank Cc. op verzoek van K. twee stille bewindvoerders benoemd, om te bezien of een doorstart vanuit faillissement tot de mogelijkheden behoorde. Daarmee nam een zogenaamde pre-pack een aanvang met de (latere) curatoren als stille bewindvoerders van K.. In het verzoek aan de rechtbank had K. medegedeeld dat de onderhandelingen met de doorstartkandidaat gebaat zouden zijn bij de betrokkenheid van een stille bewindvoerder.

2.15 De rechtbank heeft het doel van de pre-pack omschreven als het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van K. alsmede het beperken van maatschappelijke schade. Op pagina 4 van het faillissementsverslag is onder meer opgenomen:

"Verder heeft de rechtbank er op gewezen dat [K.] gehouden is om volledige medewerking te verlenen aan de stille bewindvoerder. Zo bestaat er onder meer de verplichting om de stille bewindvoerder gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen en inzicht te geven in de administratie."

2.16 Tussen 5 juni 2013 en 24 juni 2013 is aanvankelijk alleen met Bb. onderhandeld. Later hebben ook de C-ziekenhuizen zich gemeld als kandidaat voor een koude doorstart. Beide kandidaten hebben een bieding gedaan.

2.17 Op 24 juni 2013 hebben de curatoren de activa uit de boedel van K. aan verweerster in oprichting verkocht. De curatoren hebben voor een transactie met verweerster gekozen omdat de door haar geboden koopprijs duidelijk hoger was dan het door Bb. geboden bedrag.

2.18 De artikelen 9.3 en 9.4 van de overnameovereenkomst luiden:

"9.3 Direct na ondertekening van deze overeenkomst zal [verweerster] een selectieproces organiseren om te bepalen welke personeelsleden zij in dienst zal nemen." en

"9.4 De personeelsleden die in dienst zullen treden van [verweerster] zullen een dienstverband aangeboden krijgen, ingaande op 1 juli 2013."

- 2.19 E. heeft in oktober 2013 het zorgprofiel als doordeweeks behandelcentrum definitief vastgesteld. Zij heeft de klinische kindergeneeskunde en klinische verloskunde afgestoten. Door deze wijzigingen waren er minder kinderartsen nodig. Verweerster heeft alle arbeidsplaatsen voor kinderartsen laten vervallen en aan de C-ziekenhuizen gevraagd de zorg op de afdeling kindergeneeskunde in te richten door daarvoor mensen vanuit de eigen vakgroepen op parttime basis volgens een roulatieschema ter beschikking te stellen. Dat is ook gebeurd. Het O. heeft mevrouw Dd. ter beschikking gesteld, het P. mevrouw Ee. en mevrouw Ff., en het Q. mevrouw Gg.. Deze kinderartsen zijn niet in dienst van E..
- 2.20 Verweerster heeft C. en A. op 28 oktober 2013 bericht dat hun arbeidsovereenkomsten niet zouden worden verlengd. Zij heeft B. op 29 oktober 2013 bericht dat zijn arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. De vierde kinderarts die op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het E. werkte was mevrouw Dd.. Zij heeft het aanbod van het O. aanvaard om met ingang van 1 januari 2014 voor 0,8 fte bij het O. in dienst te treden. Zij werkt sindsdien zowel op de afdeling kindergeneeskunde van het O. als op de kinderpoli in het E..
- 2.21 Verweerster heeft ook de arbeidsplaatsen voor anesthesisten laten vervallen en besloten de tijdelijke arbeidsovereenkomsten met deze medisch specialisten, waaronder D., niet te verlengen. Met ingang van 1 januari 2014 is de anesthesie ingevuld vanuit het O.. De maatschap van anesthesisten in dat ziekenhuis stelt parttime en op roulatiebasis vijf personen ter beschikking aan het E.. Deze anesthesisten zijn niet in loondienst van verweerster.
- 2.22 Verweerster heeft in oktober 2013 aan eisers medegedeeld dat de betrokken vakgroepen van de C-ziekenhuizen hadden bericht dat eisers geen kans maakten bij een sollicitatie naar een arbeidsovereenkomst of toelatingsovereenkomst in één van de C-ziekenhuizen. Zij heeft voorts medegedeeld dat zij in het kader van de doorstart met deze vakgroepen heeft afgesproken dat deze zelf mochten beslissen met welke medisch specialisten zij gelet op de manier van werken en de persoonlijkheden invulling wilden geven aan de zorg in het E..
- 2.23 Na 1 januari 2014 is geen van de eisers nog werkzaam geweest in het E.. De toekomst voor eisers is onzeker. Eisers voorzien in hun levensonderhoud met waarnemingen en tijdelijke aanstellingen. Zij zijn in ieder na 1 januari 2014 gedurende perioden (van enige maanden tot in het geval van B. een jaar) zonder werk als medisch specialist geweest.

3. De vordering en het verweer

Het standpunt van eisers

- 3.1 Eisers stellen dat de arbeidsovereenkomsten tussen partijen geëindigd zijn door opzegging door het E.. Zij stellen dat deze opzegging kennelijk onredelijk was en vorderen verweerster te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:681 BW.
- 3.2 De onderbouwing van het standpunt dat de arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd door opzegging is tweeledig. In de eerste plaats stellen eisers dat de overdracht door K. van de ziekenhuisactiviteiten aan verweerster kwalificeert als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW e.v. Alle verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tussen eisers en K. zijn per 24 juni 2013 overgegaan naar verweerster, waardoor ook tussen eisers en verweerster arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn blijven bestaan. De uitzondering van artikel 7:666 BW is niet van toepassing, omdat de pre-pack was gericht op het voortzetten van de onderneming en niet op de vereffening van het vermogen van K.; artikel 7:666 BW is niet verenigbaar met Richtlijn 2001/23/EG. In het Verenigd Koninkrijk is geoordeeld dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op een pre-pack.
- 3.3 In de tweede plaats, voor zover geen sprake is van overgang van onderneming, moet verweerster als opvolgend werkgever van K. worden beschouwd in de zin van artikel 7:668a BW, als gevolg waarvan eisers allen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben met verweerster. Eisers waren zowel voor als na 24 juni 2013 werkzaam als medisch specialist en de nieuwe arbeidsovereenkomst eiste dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden. Verweerster, althans de C-ziekenhuizen, heeft daarnaast vóór de pre-pack onderzoek gedaan in verband met een eventuele overname en kennisgenomen van de personeelsdossiers van werknemers van K.. Tussen de stichtingen en K. bestond voor 24 juni 2013 bovendien een nauw samenwerkingsverband. Tussen verweerster en K. bestonden zodanige banden dat het door K. verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van eisers moet worden toegerekend aan verweerster. Ook als verweerster, althans de C-ziekenhuizen, niet daadwerkelijk inzage heeft gehad in de personeelsdossiers, moet de kennis met betrekking tot de werknemers worden toegerekend aan verweerster. Eisers verzoeken het Scheidsgerecht bovendien te anticiperen op de Wet werk en zekerheid en het nieuwe artikel 7:668a BW die per 1 juli 2015 in werking zullen treden.
- 3.4 De mededeling van verweerster dat zij de arbeidsovereenkomsten met eisers niet wilde voortzetten, moet worden beschouwd als een opzegging van de arbeidsovereenkomst. De opzegging van de arbeidsovereenkomsten is kennelijk onredelijk; de vereiste toestemming van het UWV WERKbedrijf ontbreekt, voor de opzegging is geen geldige reden gegeven, de opzegging van de arbeidsovereenkomsten van B., C. en A. is in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie en de op het moment van de opzegging te verwachten gevolgen van de opzegging zijn voor eisers te nadelig in vergelijking met het belang van verweerster bij de opzegging.

- 3.5 B., C. en A. vorderen een schadevergoeding die het verlies aan inkomen tot aan de pensioenleeftijd dekt. D. heeft de hoogte van de gevorderde schadevergoeding berekend aan de hand van hoelangwerkloos.nl.

Het standpunt van verweerster

- 3.6 Het standpunt van verweerster kan als volgt worden weergegeven.
- 3.7 Een essentieel verschil tussen de Engelse pre-pack en de Nederlandse pre-pack is dat in de Nederlandse situatie pas na faillissement overeenstemming over de koop van activa wordt bereikt. De vergelijking van eisers en verwijzing naar Engelse jurisprudentie gaat dan ook niet op. Artikel 7:666 BW bepaalt dat de regels voor overgang van onderneming niet gelden bij faillissement. Uit rechtspraak van het Europese Hof van Justitie volgt dat de met Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming van werknemers niet wordt gerealiseerd in geval van faillissement. Toepassing van de Richtlijn in geval van een faillissement zou haar doel voorbijschieten doordat het potentiële doorstarters zou afschrikken. De parallel die eisers trekken tussen de pre-pack en de surseance van betaling gaat niet op, aangezien in geval van surseance van betaling de onderneming wordt voortgezet door de schuldenaar.
- 3.8 Verweerster kan niet worden beschouwd als opvolgend werkgever van K. in de zin van artikel 7:668a BW. Verweerster, noch de leden van de R., hebben op enig moment inzicht gekregen in de personeelsdossiers van K.. Nimmer is gesproken over de kwaliteiten van het personeel. Vanwege tijdsdruk is slechts onderhandeld over de prijs voor de activa. De leden van de R. en K. waren concurrenten van elkaar. De Wet werk en zekerheid is nog niet van toepassing. Op de onderhavige situatie is voor de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap nog de engere toets uit het "Van Tuinen-arrest" van toepassing. Anticipatie op de Wet Werk en zekerheid is niet aan de orde, nu in het overgangsrecht bij artikel 7:668a BW met zoveel woorden is opgenomen dat sprake is van eerbiedigende werking voor arbeidsovereenkomsten aangegaan voor 1 januari 2015.
- 3.9 Voor D. geldt dat, ook in geval van opvolgend werkgeverschap, toepassing van de ketenregeling er niet toe leidt dat haar arbeidsovereenkomst is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Er zijn slechts twee schakels in de keten en de arbeidsovereenkomst heeft minder dan 36 maanden geduurd. D. moet om die reden niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen.
- 3.10 Er is geen sprake van opzegging van de arbeidsovereenkomsten en er is geen sprake van kennelijke onredelijke opzegging. Er bestaat geen grond voor toekenning van de gevorderde schadevergoeding of vergoeding van buitengerechtelijke kosten. De financiële situatie van het E. is nog steeds slecht. Het is nog maar zeer de vraag of de doorstart gaat lukken. Toewijzing van de vordering zet ook de werkgelegenheid van de huidige werknemers op het spel.

4. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht

- 4.1 De bevoegdheid van het Scheidsgerecht vloeit voort uit de arbeidsovereenkomsten van eisers en artikel 7.5.3. van de Arbeidsvoorwaarden Medisch Specialististen (AMS) zoals opgenomen in hoofdstuk 16 van de CAO Ziekenhuizen.
- 4.2 Verweerster meent desondanks dat het Scheidsgerecht geen bevoegdheid toekomt. De aan deze clausule ten grondslag liggende ratio geeft volgens haar de aan de bevoegdheidsclausule verbonden grenzen aan. Die ratio is volgens verweerster de specifieke deskundigheid van arbiters omtrent aan de gezondheidszorg gerelateerde aspecten in het algemeen en de aan de meeste geschillen gekoppelde medische aspecten in het bijzonder. Volgens verweerster zijn in deze zaak geen medisch inhoudelijke, maar complexe juridische vraagstukken aan de orde met grote maatschappelijke belangen die buiten het bereik van de arbitrageclausule vallen. Dergelijke geschillen dienen volgens verweerster niet in één instantie, maar desgewenst door meerdere instanties en zo nodig zelfs door de Hoge Raad te worden beslecht. Verweerster doet een uitdrukkelijk beroep op het Haviltex-arrest van de Hoge Raad en de regel dat een schriftelijk contract meer kan omvatten dan enkel datgene wat in het contract is opgenomen. Zij doet ook een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Verweerster heeft ter toelichting verder aangevoerd dat haar voortbestaan in deze procedure op het spel staat. Het verlies over 2014 bedraagt tussen de 1,7 en 1,9 miljoen euro. Toewijzing van de vorderingen zal naar alle waarschijnlijkheid noodzakelijk maken dat verweerster haar eigen faillissement zal moeten aanvragen. Dat faillissement zal het einde zijn voor de werkgelegenheid van de 473 werknemers die op dit moment nog in dienst zijn van verweerster. Daarbij komt dan volgens verweerster nog dat op de datum van faillissement 829 werknemers in dienst waren van K. en dat een deel van deze werknemers zich mogelijk op hetzelfde standpunt als eisers zal willen gaan stellen.
- 4.3 Eisers houden vast aan de overeengekomen arbitrage. Zij betwisten dat het niet de bedoeling van partijen bij de arbitrageclausule is geweest om juridisch complexe vraagstukken met grote maatschappelijke belangen door het Scheidsgerecht te laten beslechten. Zij stellen verder dat de arbiters vanwege hun specifieke deskundigheid en ervaring juist bij uitstek geschikt zijn het onderhavige geschil te beslechten. Eisers doen overigens ook een beroep op het arbitragebeding in de cao en stellen dat bij de uitleg van de cao in beginsel niet de bedoeling van partijen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen doorslaggevend is.
- 4.4 Het beroep van verweerster op de uitleg van de arbitrageclausule wordt verworpen. Met artikel 16 zijn partijen een ruime arbitrageclausule overeengekomen die er gezien de gekozen bewoordingen toe strekt alle geschillen tussen partijen naar aanleiding van de arbeidsovereenkomsten door het Scheidsgerecht te laten beslechten. Verweerster heeft met artikel 16 haar bevoegdheid om de overheidsrechter te raadplegen duidelijk en ondubbelzinnig prijsgegeven. Er is geen aanwijzing dat partijen juridisch complexe geschillen met grote financiële en maatschappelijke belangen hebben willen uitzonderen van arbitrage.
- 4.5 Het beroep van eisers op de arbitrageclausule is ook niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Aan de kant van eisers is sprake van een aannemelijk en gerechtvaardigd belang om hun vorderingen door een gespecialiseerd college in één

instantie te laten beslechten. Daar tegenover staat het belang van verweerster om deze zaak desgewenst in twee feitelijke instanties en in cassatie te kunnen laten beslissen. Het Scheidsgerecht onderkent dat in deze procedure grote belangen op het spel staan, zowel aan de kant van eisers als aan de kant van verweerster. De omstandigheid dat zelfs het voortbestaan van verweerster op het spel staat is echter niet zodanig bijzonder dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat eisers verweerster aan de overeengekomen geschilbeslechting in één instantie houden. Dat wordt ook niet anders doordat de pre-pack nog niet bij wet is geregeld en over de vraag of een pre-pack moet worden gekwalificeerd als overgang van onderneming in de zin van de artikel 7:662 BW e.v. nog geen uitspraak door de Hoge Raad is gedaan.

5. De verdere beoordeling

- 5.1 In deze procedure moet in de eerste plaats de vraag worden beantwoord of verweerster een beroep kan doen op de uitzondering van artikel 7:666 BW. In dat artikel is bepaald dat de artikelen 7:662 tot en met 665 BW niet van toepassing zijn op een overgang van onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Volgens eisers vallen doorstartsituaties die zijn voorbereid door middel van een pre-pack in het algemeen niet onder deze uitzondering.
- 5.2 Naar het oordeel van het Scheidsgerecht is dat wel het geval. Het staat namelijk vast dat verweerster de activa van de curatoren heeft gekocht. Dat deze verkoop door middel van een niet in de wet geregelde pre-pack is voorbereid vóór het faillissement maakt dit niet anders. Eisers hebben hun ontslagbescherming verloren als gevolg van het faillissement, niet als gevolg van de doorstart.
- 5.3 Eisers hebben betoogd dat artikel 7:666 BW op grond van Richtlijn 2001/23/EG buiten toepassing moet blijven omdat de intentie van partijen bij de pre-pack was gericht op continuering van het L.. Zij hebben voor dit standpunt een beroep gedaan op rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, onder andere op het Abels-arrest van 7 februari 1985, NJ 1985, 900. Verweerster heeft betwist dat haar intentie was gericht op continuering van het L.. Zij heeft aangevoerd dat zij van meet af aan van plan is geweest om het oude L. om te vormen naar een dagbehandelingscentrum en dat zij aan dat plan ook voortvarend uitvoering heeft gegeven. Het Scheidsgerecht stelt vast dat de opdracht van de rechtbank aan de stille bewindvoerders/curatoren ook is geweest het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers. Gelet hierop hield de verkoop van de activa vanuit de failliete boedel mede de liquidatie van het vermogen van de failliet ten behoeve van de schuldeisers in. Dit brengt mee dat op grond van de richtlijn en de duidelijke tekst van artikel 7:666 BW de regels voor overgang van onderneming niet van toepassing zijn. Het arrest van het Britse Court of Appeal van 20 december 2011, waarop eisers een beroep hebben gedaan, kan ook niet tot een ander oordeel leiden. Dit arrest heeft volgens eisers betrekking op bewindvoeringsprocedures naar Engels recht. Deze procedures kunnen niet gelijk gesteld worden met een faillissement naar Nederlands recht waaraan een voorbereiding door middel van een pre-pack is voorafgegaan. Eisers hebben het betoog dat dit wel het geval is, ook onvoldoende toegelicht.

- 5.4 De feiten rechtvaardigen ook niet de conclusie dat verweerster misbruik heeft gemaakt van het faillissement. Voor dat oordeel is van belang dat de C-ziekenhuizen niet vereenzelvigd kunnen worden met K.. De enkele omstandigheid dat ieder van de C-ziekenhuizen (althans één of meer van de vakgroepen binnen die ziekenhuizen) vóór het faillissement in meer of mindere mate heeft samengewerkt met het L., hetgeen eisers hebben aangevoerd, is onvoldoende om vereenzelvinging aan te nemen. Verder geldt dat de C-ziekenhuizen voor de doorstart een nieuwe vennootschap hebben opgericht waaraan zij de activa hebben overgedragen, dat zij nieuwe bestuurders hebben aangesteld om het E. te gaan leiden en over de arbeidsplaatsen te gaan beslissen, en dat zij samen met zorgverzekeraar CZ bereid zijn geweest om te investeren in het nieuwe dagbehandelingscentrum. Hiermee is voldaan aan de eisen voor een aanvaardbare doorstart (vergelijk: W.J. Slagter in Ondernemingsrecht 2014/134 en J.J. van Hees in Ondernemingsrecht 2014/134). Dat de C-ziekenhuizen met de doorstart via verweerster mogelijk ook eigen concurrentie- of andersoortige belangen hebben gediend maakt ook niet dat zij misbruik hebben gemaakt van het aanvragen van faillissement door K..
- 5.5 In deze zaak komt het naar het oordeel van het Scheidsgerecht dan ook aan op de vraag of verweerster moet worden aangemerkt als opvolgend werkgever van eisers als bedoeld in artikel 7:668a lid 2 BW. Partijen hebben de eigen standpunten hierover toegelicht met een beroep op jurisprudentie, literatuur en opinies over dit onderwerp. Volgens eisers zijn de arbeidsovereenkomsten die zij voor bepaalde tijd met verweerster hebben gesloten op grond van voormeld artikel geconverteerd in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Als die stelling als juist zou worden aanvaard is het gevolg daarvan dat de arbeidsovereenkomsten met A., B. en C. niet door het verstrijken van de bepaalde tijd maar door opzegging zijn geëindigd. Mogelijk geldt ditzelfde dan ook voor de arbeidsovereenkomst met D..
- 5.6 Het Scheidsgerecht verwierpt het standpunt van eisers dat het nieuwe artikel 7:668a BW, dat als onderdeel van de Wet werk en zekerheid op 1 juli 2015 in werking zal treden, moet worden toegepast. In de nieuwe wet wordt de regeling van opvolgende arbeidsovereenkomsten, de zogenoemde ketenregeling, namelijk aangescherpt en ingrijpend gewijzigd. Dat staat in de weg aan anticipatie. Op grond van het overgangsrecht wordt het nieuwe recht pas van toepassing op een keten van arbeidsovereenkomsten als op of na 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan. Eisers baseren hun vordering bovendien op de huidige wettelijke regeling van het kennelijk onredelijk ontslag. Die regeling komt per 1 juli 2015 geheel te vervallen.
- 5.7 In het huidige artikel 7:668a BW is in lid 2 bepaald dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. De achtergrond van dit artikel is de wens om draaideurconstructies en andere vormen van ontduiking van de met de ketenregeling geboden werknemersbescherming tegen te gaan. In het Boekenvoordeel-arrest (HR 14 juli 2006, JAR 2006/190) heeft de Hoge Raad overwogen dat het artikel op meer ziet dan alleen op misbruikssituaties en bijvoorbeeld ook van toepassing *kan* zijn bij een doorstart na faillissement. De Hoge Raad heeft in dat arrest niet toegelicht wanneer dat precies het geval is. Voor de beantwoording van die vraag moet worden teruggegrepen op de jurisprudentie over de proeftijd. Dat heeft de Hoge Raad beslist in het Van Tuinen-arrest van 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV 9603, onder meer geannoteerd door G.W. van der

Voet in AR Updates 2012, 0470. In het Van Tuinen-arrest zijn twee voorwaarden voor opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW genoemd. De eerste voorwaarde is dat de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de oude arbeidsovereenkomst. De tweede voorwaarde is dat tussen de beide werkgevers "zodanige banden" bestaan dat het door de eerste werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheden van werknemer in redelijkheid moet worden toegerekend aan de tweede werkgever. Dit "zodanige banden"-criterium sluit aan bij de maatstaf zoals geformuleerd in het arrest Slijkoord/Hekkema (HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293) met het oog op de beantwoording van de vraag of het proeftijdbeding rechtsgeldig is aangegaan. Het gaat bij de proeftijd volgens de Hoge Raad namelijk om de afweging van dezelfde belangen als bij de ketenregeling. Verder is van belang dat uit de wetsgeschiedenis van de nieuwe Wet werk en zekerheid blijkt dat de regering van mening is dat de huidige wettelijke regeling van opvolgend werkgeverschap en het "zodanige banden"-criterium van de Hoge Raad tot een enge uitleg van opvolgend werkgeverschap leidt. De regering heeft, nadat zij eerst aansluiting had gezocht bij het "zodanige banden"-criterium, later medegedeeld, en in de nieuwe wetstekst vastgelegd, dat zij aan de nieuwe regeling een ruimer bereik wenst te geven. Het Scheidsgerecht verwijst naar *Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr. 8, pagina 14 en 15* (nota van wijziging).

- 5.8 Tegen voormelde achtergrond is de enkele omstandigheid dat eisers na indiensttreding bij verweerster dezelfde werkzaamheden zijn gaan verrichten als voorheen in dienst van K. onvoldoende om opvolgend werkgeverschap aan te nemen. Het komt aan op de vraag of "zodanige banden" bestaan tussen beide werkgevers. Het criterium is dus niet of de onderneming, of een deel van de onderneming, na de overdracht van de activa haar identiteit heeft behouden. Hiervoor is al overwogen dat verweerster en/of de leden van haar aandeelhouder niet zijn te vereenzelvigen met K. en dat zij ook geen misbruik hebben gemaakt van het faillissement. Ook overigens zijn er naar het oordeel van het Scheidsgerecht geen "zodanige banden" gebleken dat verweerster als opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW moet worden gekwalificeerd.
- 5.9 Volgens eisers is wel aan het "zodanige banden"-criterium voldaan omdat de drie C-ziekenhuizen in het kader van de intentie om een warme doorstart mogelijk te maken in het voorjaar van 2013 inzicht hebben gehad, of hadden kunnen hebben, in de personeelsdossiers van eisers. Eisers stellen verder dat de C-ziekenhuizen ook inzicht hebben gehad in de periode dat zij met de stille bewindvoerders hebben onderhandeld. Bovendien is volgens eisers van belang dat de C-ziekenhuizen en het L. elkaar in de jaren die voorafgingen aan het faillissement niet meer beschouwden als concurrenten maar als partners die elkaar konden versterken door op bepaalde terreinen samen te werken. Eisers hebben in dit verband gesteld dat de vier ziekenhuizen in 2009 zijn gaan samenwerken op het gebied van de intensive-carezorg, dat het Q. in 2012 de intentie heeft uitgesproken om deze samenwerking met het L. uit te breiden, alsmede dat sommige vakgroepen van de ziekenhuizen vergevorderde plannen hebben gemaakt om regiomaatschappen op te richten op basis van gelijkwaardigheid en dat zij daarom over en weer inzage hebben gehad in financiële informatie. Eisers hebben meer specifiek aangevoerd dat de afdeling kindergeneeskunde van het L. al sinds 2009 samenwerkte met het Q.. Zij hebben verder gesteld dat de maatschap anesthesiologie in mei 2012 uit het L. is vertrokken en dat daarna anesthesiologen uit het Q. en het O. ook werkzaamheden in het L. zijn gaan verrichten.

- 5.10 Naar het oordeel van het Scheidsgerecht is het doen van onderzoek naar een warme doorstart en het jarenlang op verschillende terreinen samenwerken onvoldoende om aan te nemen dat tussen de C-ziekenhuizen en K. "zodanige banden" hebben bestaan dat zij als opvolgend werkgever zijn aan te merken in de zin van het thans geldende artikel 7:668a BW. Daarvoor is meer nodig dan de feiten die eisers hebben gesteld.
- 5.11 Ten overvloede wordt nog het volgende overwogen. Verweerster heeft betwist dat zij in het kader van de voorbereiding van de warme of koude doorstart inzage heeft gehad in de personeelsdossiers van eisers. Zij heeft aangevoerd dat het onderzoek naar de administratie van het L. in het voorjaar van 2013 is uitgevoerd door Hh. en dat de relevante stukken vanwege juist de concurrentiegevoelige gegevens zijn bewaard in een zogenaamde "safe-room". Nu eisers dit niet gemotiveerd hebben betwist en het aan het Scheidsgerecht ook overigens aannemelijk voorkomt dat het onderzoek van de administratie in het voorjaar van 2013 van de nodige waarborgen is voorzien, kan niet worden aangenomen dat de C-ziekenhuizen inzage hebben gehad in de personeelsdossiers van eisers. Dat zij toen al zijn begonnen het selectieproces van het personeel te organiseren en in dat opzicht misbruik zouden hebben gemaakt van het faillissement is niet gesteld en overigens ook niet aannemelijk. Verweerster is met de curatoren overeengekomen dat zij onmiddellijk een selectieproces zou gaan organiseren om te bepalen welke personeelsleden zij in dienst zou nemen. Daaruit blijkt ook niet dat zij daarmee al eerder was begonnen. Verweerster heeft uitvoering gegeven aan de overeenkomst met de curatoren door op vier na aan alle medisch specialisten een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden, derhalve niet alleen aan de negen specialisten die ook voorheen in loondienst werkzaam waren, maar aan alle medisch specialisten die werkzaamheden hadden verricht in het L.. Dat is ook een selectieproces, namelijk een proces waarvoor enige tijd wordt verkregen in de vorm van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, en is niet in strijd met de overeenkomst met de curator.
- 5.12 Verweerster heeft overigens onweersproken aangevoerd dat de C-ziekenhuizen niet de enige partijen zijn geweest met wie is gesproken over een warme doorstart. Volgens verweerster heeft K. met meer dan tien partijen gesproken.
- 5.13 Tijdens de zitting bij het Scheidsgerecht hebben eisers medegedeeld dat het hun steekt dat de collega's in het Q., het O. en het P. met wie zij langere tijd samen hebben gewerkt niet bereid zijn geweest eisers zelfs maar te laten solliciteren naar een plaats in hun maatschap of een arbeidsovereenkomst met één van de C-ziekenhuizen. Het Scheidsgerecht begrijpt dat dit voor eisers moeilijk te verteren moet zijn. Tussen partijen is niet in geschil dat eisers goede medisch specialisten zijn met een goede naam bij hun patiënten en de verwijzende huisartsen. De afwijzing door hun collega's is echter een omstandigheid die in beginsel voor hun risico komt. Ook verweerster is met die afwijzing geconfronteerd. Er is geen rechtsregel op grond waarvan verweerster de arbeidsplaatsen van eisers in het E. had moeten handhaven of had moeten bewerkstelligen dat eisers een vaste aanstelling zouden krijgen in één van de C-ziekenhuizen. Het Scheidsgerecht behoeft dus ook niet te onderzoeken of eisers met de werkzaamheden in het E. hun BIG-registratie zouden hebben kunnen behouden. Dat is volgens verweerster vanwege het ontbreken van klinische werkzaamheden niet het geval, volgens eisers wel.

- 5.14 Uit het voorgaande volgt dat de arbeidsovereenkomsten met eisers door het verstrijken van de bepaalde tijd zijn geëindigd op 1 januari 2014. Het Scheidsgerecht komt dus niet toe aan de beoordeling van de vraag of sprake is geweest van een kennelijk onredelijke opzegging door verweerster. Het Scheidsgerecht hoeft ook niet te onderzoeken of D. vanwege de beperkte duur van haar dienstverband met K. wel een beroep kan doen op de bescherming die de huidige ketenregeling biedt.
- 5.15 Partijen zijn over en weer in het ongelijk gesteld, verweerster op het formele geschilpunt van de bevoegdheid, eisers op de materiële geschilpunten. In die omstandigheid ziet het Scheidsgerecht aanleiding om te bepalen dat iedere partij de eigen kosten van rechtsbijstand draagt, daaronder begrepen de kosten die zijn gemaakt voorafgaande aan deze procedure. Eisers dienen de kosten van het Scheidsgerecht te voldoen. Deze kosten worden begroot op € 7.371,28 en zullen worden verhaald op het door eisers betaalde voorschot. Het restant zal aan hen worden terugbetaald.

6. De beslissing

- 6.1 Het Scheidsgerecht wijst de vorderingen af.
- 6.2 De kosten van het Scheidsgerecht, ten bedrage van € 7.371,28, komen ten laste van eisers en worden verrekend met het door eisers betaalde voorschot. Het restant van dit voorschot wordt aan eisers terugbetaald.
- 6.3 Afgezien van het in 6.2 vermelde draagt elke partij de eigen proceskosten.

Aldus vastgesteld te Utrecht en aan de partijen verzonden op 25 februari 2015.