

## SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

**Kenmerk: 09/10**

De enkelvoudige kamer van het Scheidsgerecht, waarin zitting hebben mr. A. Hammerstein, wonende te Arnhem, voorzitter, en mr. A.T.B. de Vries, griffier, heeft het navolgende vonnis gewezen in de zaak van:

1. **A.**  
wonende te Z.
2. **B.**  
wonende te Y.
3. **C.**  
wonende te X.
4. **D**  
wonende te W.  
eisers,  
gemachtigde: mr. N.M. Don

tegen:

**Stichting E.**  
gevestigd te V.,  
verweerster,  
gemachtigde: mr. W.K. Bischof

---

Partijen worden aangeduid als “eisers” of “de maatschap”, en “de stichting”.

### **1. De procedure**

- 1.1 De gemachtigde van de maatschap heeft bij brief van 15 mei 2009 het geschil aanhangig gemaakt en op 22 juni 2009 de memorie van eis met 35 producties ingediend. Eisers vorderen, samengevat:
  - a. te bepalen dat de stichting aan de maatschap een schadevergoeding van € 39.228,42 zal betalen, althans een door het Scheidsgerecht in redelijkheid te bepalen bedrag, met rente vanaf 15 mei 2009;
  - b. te bevelen dat de stichting zal bevestigen aan de maatschap dat aan eiser sub 1 vanaf 1 september 2009 iedere woensdag een OK met de daarbij behorende ondersteuning ter beschikking wordt gesteld op straffe van een dwangsom van € 1.000,-- per dag;
  - c. te bepalen dat de stichting de kosten van deze procedure zal dragen.
- 1.2 De stichting heeft bij memorie van antwoord van 2 september 2009, met twaalf producties, verzocht de vorderingen af te wijzen en eisers in de kosten te veroordelen.

- 1.3 Bij brief van 22 september 2009 hebben eisers nog nadere producties toegezonden (producties 36-43).
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 25 september 2009. Aanwezig waren: eisers, allen in persoon, bijgestaan door hun gemachtigde, en namens de stichting F., voorzitter van de raad van bestuur, en G., manager AIZ, bijgestaan door haar gemachtigde.
- 1.5 Aan het slot van de mondelinge behandeling is met partijen afgesproken dat zij een minnelijke regeling zouden beproeven en, als deze niet tot stand mocht komen, schriftelijk hun standpunten nader zouden toelichten. Bij brief van 6 oktober 2009 heeft de gemachtigde van de maatschap meegedeeld dat een schikking niet tot stand is gekomen. De griffier heeft aan de gemachtigden van partijen bij brief van 6 oktober 2009 bevestigd dat de procedure wordt voortgezet in overeenstemming met het voorstel van partijen in de brief van mr. Don.
- 1.6 De stichting heeft een akte overlegging producties ingediend d.d. 27 oktober 2009. Deze akte bevat een toelichting, een bewijsaanbod en de producties 13 tot en met 18.
- 1.7 Bij brief van 18 november 2009 heeft mr. Don de memorie van repliek met producties 44 tot en met 50 ingediend. Bij brief van 10 december 2009 heeft mr. Bisschot de memorie van dupliek ingediend, met de producties 19 en 20.

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

- 2.1 Eisers zijn op basis van een toelatingsovereenkomst als orthopeden werkzaam in het ziekenhuis van de stichting. Zij vormen samen de maatschap orthopedie.
- 2.2 De maatschap bestond aanvankelijk uit eisers 2 tot en met 4. In de periode van oktober 2007 tot mei 2008 zijn uitvoerige besprekingen gevoerd over de toelating van een vierde orthopeed. Eiser sub 1 is met ingang van 1 mei 2008 toegelaten tot het ziekenhuis van de stichting en tot de maatschap toegetreten. De maatschap beschikt in het ziekenhuis over twee werkkamers en had aanvankelijk zeven dagdelen OK- tijd. In verband met de komst van de vierde orthopeed verzocht zij onder meer om uitbreiding met twee (bij voor keur op woensdag te bepalen) dagdelen tot negen, voldoende bedden capaciteit en een “backoffice”. De stichting heeft pas in mei 2009 aan eiser sub 1 twee vaste OK-dagdelen toegekend . De maatschap heeft de stichting op 5 januari 2009 schriftelijk aansprakelijk gesteld voor de schade die zij lijdt als gevolg van het uitblijven van de vaste OK-tijd.
- 2.3 Tussen partijen bestaat een geschil over de vraag of de stichting in het bijzonder ten behoeve van eiser sub 1 tijdig voldoende OK-faciliteiten ter beschikking heeft gesteld. Eisers beantwoorden deze vraag ontkennend en menen dat de stichting in haar verplichtingen toerekenbaar is tekortgeschoten en daarom schadeplichtig is. De stichting betwist dit en stelt dat zij volledig aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat, mocht dit anders worden beoordeeld, sprake is van overmacht aan haar zijde, en eigen schuld en ontbreken van schade aan de zijde van eisers.

- 2.4 Partijen zijn het erover eens geworden dat de stichting in de periode van 1 mei 2008 tot en met 31 mei 2009 in totaal 88,75 OK sessies niet aan de maatschap heeft toegekend. Een sessie is een dagdeel van vier uren. Uiteindelijk heeft de maatschap 48 sessies niet kunnen benutten. Het gaat dan steeds om sessies ten behoeve van eiser sub 1, die voor de overige sessies vervanging heeft gevonden door verschuivingen in het rooster.

### **3. Bevoegdheid van het Scheidsgerecht**

Deze volgt uit de met eisers gesloten toelatingsovereenkomsten en staat tussen partijen vast.

### **4. Boordeling van het geschil**

- 4.1 De grondslag van de vordering tot schadevergoeding is dat de stichting toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichting ten opzichte van eisers naar vermogen ruimte, outillage en personeel ter beschikking te stellen, en hun de gelegenheid moet verschaffen hun klinische en poliklinische werkzaamheden in het ziekenhuis te verrichten, een en ander als bedoeld in artikel 5.3 van de tussen partijen gesloten toelatingsovereenkomsten. Naar vermogen wil in dit verband zeggen dat van de stichting niet méér kan worden verlangd dan waartoe zij redelijkerwijs in staat moet worden geacht. De omvang van de verplichtingen wordt jaarlijks vastgelegd in nadere afspraken tussen de stichting, de medische staf en de zorgverzekeraars over de te verlenen zorg enerzijds en de daartoe beschikbare middelen anderzijds.
- 4.2 Uitgangspunt is dat medisch specialisten erop moeten kunnen rekenen dat de aan hen ingevolge die afspraken toegekende faciliteiten beschikbaar zijn, maar niet iedere afwijking van de afspraken daaromtrent levert wanprestatie van een van partijen op. Het betreft hier immers over en weer een afspraak op basis van een begroting en de afspraken met zorgverzekeraars omtrent de door de medisch specialist te verlenen zorg (productieomvang) en de daarvoor door de stichting in het ziekenhuis te verlenen faciliteiten, waarvan echter niet zeker is dat deze ook kunnen worden gerealiseerd. Dat is de reden waarom, zoals hierna in 4.4 wordt vermeld, naast een globale halfjaarlijkse planning, ook een planning op basis van het werkelijke aanbod noodzakelijk is, terwijl uiteraard steeds pas achteraf blijkt in hoeverre de zorg ook werkelijk is verleend. Het bekostigingsstelsel en de verhouding tussen een ziekenhuis en de daarin toegelaten medisch specialist brengen, behoudens uitdrukkelijke vastlegging van garantieverplichtingen, niet mee dat achteraf op basis van de afgesproken en de werkelijk geleverde prestaties een definitieve afrekening wordt gemaakt. Beide partijen zijn gehouden zich in te spannen om de over en weer afgesproken prestaties zo goed mogelijk te leveren, doch afwijkingen leiden niet tot betalingsverplichtingen tenzij de afwijking berust op een toerekenbare tekortkoming.
- 4.3 Wat de modaliteiten van de door een ziekenhuis aan een medisch specialist te leveren faciliteiten betreft geldt dat het Scheidsgerecht daarover alleen marginaal kan oordelen, omdat deze modaliteiten mede afhankelijk zijn van de verplichtingen ten aanzien van andere betrokkenen en van hun belangen, terwijl deze mede bepaald worden door tal van omstandigheden die “in de complexiteit van een ziekenhuisorganisatie” ook nog eens

veranderlijk kunnen zijn. Aan het bestuur van een instelling komt in dit opzicht een ruime mate van vrijheid van beoordeling toe.

- 4.4 Met betrekking tot de planning van de OK-tijd wordt in het ziekenhuis van de stichting gewerkt met drie begrippen:
- a. de facilitering van OK-tijd in het kader van de Masterplanning, die tweemaal per jaar bepaald wordt op basis van historische gegevens en beschikbare fte's. In deze planning zijn kennelijk nog niet de afspraken met de zorgverzekeraars, die uiteindelijk bepalend zijn voor de omvang van de te verlenen zorg, verwerkt
  - b. de toekenning van OK-tijd in het kader van de Rollingplanning, zijnde een zeswekelijkse toekenning van OK-tijden aan vakgroepen, gebaseerd op de productieafspraken met zorgverzekeraars in combinatie met feitelijk productieaanbod en de aanwezigheid van medisch specialisten;
  - c. de daadwerkelijke benutting van de in de Rollingplanning toegekende tijd door de vakgroepen (op grond van het oproepen en inplannen van patiënten).
- Partijen zijn het erover eens dat tussen de onder a) en b) bedoelde toekenning in de periode tot en met 31 mei 2009 een verschil is ontstaan van 88,75 sessies ten nadele van de maatschap en dat uiteindelijk daarvan 48 sessies in werkelijkheid ook zijn gemist. Daarvoor verlangt de maatschap schadevergoeding.
- 4.5 Het bij conclusie van dupliek (nr. 3.2) gevoerde verweer van de stichting dat in het aantal van 48 gemiste sessies 11 sessies vallen in de periode dat eiser sub 1 nog geen volledige praktijk had, gaat niet op, reeds omdat bij het vaststellen van de feitelijke gegevens uitgegaan moet worden van de aan de maatschap (naar de stichting heeft erkend: "in overleg, naar rato uitgebreid" bij de komst van eiser sub 1) toegekende sessies. Het feit dat eiser sub 1 nog een praktijk moest opbouwen, wordt wel in beperkte mate hierna in 4.11 in aanmerking genomen.
- 4.6 Partijen hebben na de mondelinge behandeling het debat voortgezet over vier overgebleven geschilpunten. Daarop zal hierna worden ingegaan.
- 4.7 Het *eerste geschilpunt* houdt in dat volgens de stichting de maatschap zelf niet alle beschikbare faciliteiten heeft benut op een wijze die de stichting van haar mocht verwachten, onder meer door het niet-benutten van vrijgevallen OK-tijd van collega's en overige nog niet toegedeelde beschikbare OK-tijd. De maatschap heeft dit standpunt bestreden. Zij heeft erop gewezen dat
- i) eisers allen een aanstelling van 0,8 fte en derhalve iedere week een roostervrije dag hebben;
  - ii) de outillage van de OK beperkt is, zodat niet twee orthopeden tegelijk sessies kunnen draaien;
  - iii) de beschikbaarheid van poliruimten beperkt is, waardoor niet meer dan twee orthopeden tegelijk poli-sprekuren kunnen houden;
  - iv) het onmogelijk is gebruik te maken van de backoffice voor polidoeleinden;
  - v) rekening moet worden gehouden met piekbelasting op de afdeling. Daarbij hebben zij erop gewezen dat op donderdag eisers alleen aanwezig zijn in verband met hun dienst bij spoedeisende hulp.

Allereerst wordt in dit verband vastgesteld dat de maatschap elders overgebleven capaciteit in zoverre wel heeft benut, dat klaarblijkelijk voor 40,75 van de 88,75 niet toegekende sessies vervanging is gevonden. Voor het overige is dit geschilpunt in de kern terug te voeren op het feit dat de stichting aanvankelijk niet de woensdag als OK-dag ter beschikking heeft gesteld aan eiser sub 1, waarop de maatschap steeds had aangedrongen. Daarbij verdient opmerking dat de maatschap ermee heeft ingestemd dat eiser sub 1 pas vanaf september 2008 een vaste OK-dag zou krijgen en in de tussenliggende periode gebruik zou maken van de vaste OK-dagen van de andere orthopeden (mve onder 15). Uit de overgelegde (e-mail)correspondentie blijkt dat de maatschap in het najaar van 2008 sterk heeft aangedrongen op toekenning van een vaste OK-dag aan eiser sub 1 met een grote voorkeur voor de woensdag, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat daarover door de stichting een toezegging is gedaan. De maatschap heeft, zoals uit haar vorenvermeld standpunt blijkt, aannemelijk gemaakt dat, en waarom, de woensdag de voorkeur verdiende in verband met een evenwichtige verdeling van werkzaamheden over de week, maar heeft niet aangetoond dat een andere mogelijkheid uitgesloten was, waarbij de in punt i) bedoelde 0,8 beschikbaarheid en de indeling daarvan, naar de stichting terecht heeft doen aanvoeren, de eigen keuze van eisers is geweest, die dan ook voor hun rekening dient te blijven. Gelet op hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen, moet de conclusie zijn dat in dit geding niet kan worden geoordeeld dat de stichting door niet de woensdag aan te bieden in haar verplichting ten opzichte van de maatschap is tekortgeschoten, maar wel kan worden vastgesteld dat de stichting in de periode tot 1 mei 2009 aan de maatschap haar toezegging twee structurele OK-dagdelen ten behoeve van eiser sub 1 ter beschikking te stellen onvoldoende is nagekomen. In dit verband heeft de stichting nog als nader verweer aangevoerd dat zij in punt ii) gemakkelijk had kunnen voorzien, maar omdat de maatschap hierop niet meer heeft kunnen reageren, staat dit niet vast. Naar het oordeel van het Scheidsgerecht moet worden uitgegaan van het door beide partijen als feitelijk juist aanvaarde aantal van 48 gemiste sessies.

- 4.8 Het *tweede geschilpunt* betreft het beroep van de stichting op overmacht. Door gebrek aan gekwalificeerd personeel heeft zij gedurende lange tijd in de onmogelijkheid verkeerd een vijfde OK open te stellen. Daarnaast had zij te maken met bezwaren van de anesthesiologen tegen het opereren in vijf kamers. Dit verweer snijdt geen hout. Het gaat om omstandigheden die geheel voor rekening dienen te komen van de stichting, die er kennelijk niet is geslaagd de door haar aangeboden faciliteiten geheel ter beschikking te stellen. De maatschap voert hiertegen bovendien terecht aan dat de stichting pas een beroep op overmacht mag doen als is komen vast te staan dat zij met inachtneming van de verschillende afspraken en prioriteiten aan alle in haar ziekenhuis werkzame medisch specialisten op dezelfde of vergelijkbare wijze minder faciliteiten ter beschikking heeft gesteld en eisers dus binnen de daarvoor bestaande mogelijkheden niet ongelijk heeft behandeld. Dat heeft de stichting niet aangetoond. Het geschil betreft in de kern het onthouden van de noodzakelijke structurele OK-tijd waarop de maatschap recht had.
- 4.9 Het *derde geschilpunt* vloeit voort uit de stelling van de stichting dat de maatschap geen schade heeft geleden, omdat eisers – en in het bijzonder eiser sub 1 – de niet toegekende sessies toch niet zouden hebben benut dan wel niet hebben aangetoond dat zij deze hadden kunnen benutten op een wijze die tot de gederfde omzet als door de maatschap gevorderd had kunnen leiden. Daarbij merkt de stichting op dat de Masterplanning geen

reële weergave is van de behoefte van de maatschap aan OK-uren omdat deze op historische gegevens is gebaseerd en de Rollingplanning een goed beeld geeft van de realiseerbare productie.

Juist is dat de Rollingplanning een nauwkeuriger planning oplevert dan de Masterplanning, doch daaruit volgt niet dat de 48 gemiste sessies niet hadden kunnen zijn gerealiseerd. Op dit punt heeft de maatschap gesteld dat alleen al het bestaan van wachtlijsten aannemelijk maakt dat zij de 48 gemiste sessies had kunnen vullen en heeft zij dit ook cijfermatig onderbouwd. Het had op de weg van de stichting gelegen aannemelijk te maken waarom het aantal afgesproken sessies voor de maatschap niet haalbaar zou zijn, doch zij is daarin niet geslaagd. Tussen partijen zijn weliswaar geen productieafspraken gemaakt, doch juist dan mocht de maatschap wel uitgaan van de toegezegde OK-tijd.

- 4.10 Het *vierde geschilpunt* houdt verband met de verplichting tot schadebeperking, die volgens de stichting meebrengt dat de 48 niet toegekende sessies moeten worden verrekend met de 50 sessies die door de maatschap wel hadden kunnen worden benut, doch niet benut zijn. Bij conclusie van dupliek heeft de stichting nader aangevoerd dat in de periode van september 2008 tot en met mei 2009 in totaal 36 sessies zijn toegekend, doch niet benut. De maatschap heeft dit aan de hand van cijfermateriaal waaruit blijkt dat zij de haar toegekende OK-tijd optimaal heeft benut, betwist. Het verschil zit volgens de maatschap hierin dat de stichting ervan uitgaat dat iedere sessie voor 100% wordt benut in plaats van de 80% die bij de planning gehanteerd wordt. Hoewel van de juistheid van het door de stichting gestelde aantal niet kan worden uitgegaan, moet worden aangenomen dat eisers nog wel enige, zij het veel minder dan 36 sessies, van de beschikbare ruimte hadden kunnen benutten. Omdat hier geen exact aantal kan worden vastgesteld, wordt dit hierna in 4.11 mede in aanmerking genomen.
- 4.11 Op grond van al het vorenstaande is het Scheidsgerecht van oordeel dat enerzijds is komen vast te staan dat de stichting aan de maatschap een aantal van 48 OK-sessies heeft onthouden, doch dat dit gedeeltelijk een gevolg is geweest van omstandigheden die aan de maatschap moeten worden toegerekend, zoals haar wijze van werken en het vasthouden aan de eis dat OK-ruimte alleen op de woensdag aanvaardbaar was, en in zeer beperkte mate het onbenut laten van beschikbare OK-tijd. Nu de maatschap geen aanspraak kan maken op een vergoeding die is gebaseerd op het exacte aantal van de in het Masterplan toegekende sessies, en achteraf niet meer met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld hoeveel van de gemiste sessies daadwerkelijk hadden kunnen worden benut, gaat het Scheidsgerecht schattenderwijs ervan uit dat de helft van de 48 gemiste sessies voor rekening van de stichting komt. Bij de bepaling van de daarvoor verschuldigde vergoeding kan aansluiting worden gezocht bij de door de maatschap in productie 34 verschaft cijfers waaruit blijkt dat gemiddeld over 2008 en 2009 per dagdeel, afgerond, € 800,- aan honorarium werd verdiend. Dit bedrag is weliswaar door de stichting uitdrukkelijk betwist, doch het Scheidsgerecht acht dit ook los van de vraag of dit bedrag helemaal juist is, een alleszins redelijke maatstaf voor vergoeding van de schade die de maatschap heeft geleden als gevolg van de tekortkoming van de stichting in haar verplichting de maatschap tijdig en structureel de benodigde OK-tijd te verschaffen. Aan de maatschap wordt mitsdien met een afweging van alle goede en kwade kansen een bedrag van € 19.200,- toegekend. Omdat bij deze toekenning alle resterende

onzekerheden zijn verdisconteerd, heeft verdere bewijsvoering geen zin. Aan de bewijsaanbiedingen van partijen gaat het Scheidsgerecht voorbij, mede in aanmerking genomen de grote vrijheid van beoordeling die in deze arbitrage geldt op het gebied van bewijs.

De vordering tot toekenning van een vaste dag waarop eiser sub 1 OK- ruimte ter beschikking staat, stuit af op hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen, nog daargelaten of dit geschilpunt thans nog van betekenis is, nu de stichting heeft erkend dat eiser sub 1 een vaste, hem passende OK-dag toekomt en ook al is toegekend, terwijl aangenomen moet worden dat zij zich ook verder aan haar toezeggingen zal houden.

- 4.12 De vorenstaande beslissing leidt tot een verdeling van de kosten als hierna in 5 wordt vermeld.

## **5 Beslissing**

Het Scheidsgerecht wijst het navolgende arbitrale vonnis:

- 5.1 De stichting dient aan eisers te betalen een bedrag van € 19.200,-- met de wettelijke rente vanaf 15 mei 2009;
- 5.2 Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen;
- 5.3 De kosten van het Scheidsgerecht, vastgesteld op een bedrag van € 4.084,--, komen voor rekening van beide partijen ieder voor de helft, zodat de stichting aan eisers dient te voldoen een bedrag van € 2.042,--;
- 5.4 Voor het overige moeten partijen ieder de eigen kosten dragen.

Dit vonnis is vastgesteld te Utrecht en op 15 januari 2010 aan partijen verzonden.