

SCHEIDSGERECHT GEZONDHEIDSZORG

Arbitraal vonnis in kort geding van 27 december 2018

Kenmerk: KG 18/24

Het Scheidsgerecht, bestaande uit
mr. R.J.B. Boonekamp, wonende te Arnhem, fungerend voorzitter,
bijgestaan door mr. J.A.I. Wendt, griffier,
heeft het navolgende vonnis gewezen in het kort geding van

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

tegen,

de stichting
B,
gevestigd te Z,
verweester,
gemachtigde: mr. F. ter Huurne.

Partijen worden hierna aangeduid als eiser en de stichting.

1. De procedure

- 1.1 Eiser heeft met een brief van 13 december 2018 deze procedure aanhangig gemaakt. Met een daarbij gevoegde memorie van eis (met producties, genummerd 1 tot en met 9) heeft hij het Scheidsgerecht verzocht bij vonnis in kort geding, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

De stichting te bevelen de arbeidsovereenkomst met eiser op te zeggen op grond van artikel 7:669 lid 3 sub B BW in die zin dat de stichting binnen twee dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis een verzoek indient bij het UWV om de arbeidsovereenkomst met eiser wegens langdurige arbeidsongeschiktheid op te zeggen onder toezegging van een transitievergoeding ten bedrage van € 144.659,- (zegge: honderdvierenveertigduizendzeshonderdnegenvijftig euro), op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat de stichting na betekening van het in deze te wijzen vonnis nalaat aan de inhoud van dit vonnis te voldoen;

Subsidiair:

De stichting te bevelen een beëindigingsovereenkomst te ondertekenen waardoor de arbeidsovereenkomst tussen eiser en de stichting met wederzijds goedvinden wordt beëindigd per 24 december 2018, althans per een door het Scheidsgerecht in Goede Justitie te bepalen datum, onder toekenning van de transitievergoeding ten bedrage van € 144.659,- (zegge: honderdvierenveertigduizendzeshonderdnegenvijftig euro), op straffe van verbeurte van een dwangsom van

€ 5.000,- voor iedere dag dat de stichting na betekening van het in dezen te wijzen vonnis nalaat aan de inhoud van dit arbitrale vonnis te voldoen;

Primair en subsidiair:

De stichting te veroordelen in de kosten van de procedure, waaronder de kosten van de advocaat.

- 1.2 Bij brief van 18 december 2018 heeft de gemachtigde van eiser nadere producties genummerd 10 tot en met 15 toegezonden en bij brief van dezelfde datum nog een nadere productie genummerd 16.
- 1.3 De gemachtigde van de stichting heeft bij brief van 18 december 2018 producties genummerd 1 tot en met 4 toegezonden.
- 1.4 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden te Utrecht op 19 december 2018. Eiser was aanwezig in persoon, bijgestaan door zijn gemachtigde en vergezeld door C. Aan de zijde van de stichting waren aanwezig D en E, bijgestaan door de gemachtigde van de stichting met een kantoorgenoot (de heer mr. A.J.C. Theunissen).

2. Het geschil

- 2.1 Eiser (geboren 30 september 1959) heeft vanaf 1 april 1993 op basis van een arbeidsovereenkomst gewerkt als medisch specialist (...) in dienst van de stichting. Sedert 4 januari 2016 is eiser arbeidsongeschikt wegens ziekte.
- 2.2 In een verzekeringsgeneeskundige rapportage van 30 oktober 2018 staat onder andere:

'4. Conclusie

Er zijn geen duurzaam benutbare mogelijkheden als rechtstreeks en objectiveerbaar gevolg van ziekte en/of gebrek. Cliënt heeft een ernstige ziekte.'

- 2.3 Bij beslissing van het UWV van 1 november 2018 is aan eiser per 13 december 2018 een IVA-uitkering toegekend. In de begeleidende brief van het UWV van dezelfde datum (1 november 2018) staat onder andere:

'U heeft een aanvraag ingediend voor een WIA-uitkering. Uw werkgever moet tot 13 december 2018 uw loon doorbetalen, omdat hij onvoldoende had gedaan voor uw re-integratie. Daarom hebben wij gewacht met de behandeling van uw aanvraag. Bijgaand sturen wij u onze beslissing over de WIA-uitkering vanaf 13 december 2018.'

- 2.4 In de afgelopen maanden hebben de partijen gesprekken gevoerd met het oog op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Dit heeft niet tot overeenstemming geleid.

3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht en de beslissingsmaatstaf

De bevoegdheid van het Scheidsgerecht volgt uit artikel 7.2.3 van de AMS en is tussen partijen niet in geschil. Uit artikel 25 van het Arbitragereglement van het Scheidsgerecht volgt dat het Scheidsgerecht uitspraak zal doen bij arbitraal vonnis en zal beslissen naar de regelen des rechts.

4. De beoordeling van het geschil

- 4.1 Eiser is meer dan twee jaar, bijna drie jaar, arbeidsongeschikt en krijgt thans, na een door het UWV aan de stichting opgelegde verlengde verplichting tot doorbetaling van het loon, een IVA-uitkering. Eiser is definitief volledig arbeidsongeschikt. De arbeidsovereenkomst tussen eiser en de stichting is daarmee inhoudsloos geworden. Eiser is blijvend niet meer in staat de bedongen arbeid te verrichten en de stichting is niet langer gehouden tot betaling van loon. De stichting heeft geen stappen ondernomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen door opzegging of ontbinding. De partijen hebben wel gesprekken gevoerd over het beëindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden met betaling van de transitievergoeding. De stichting is daartoe uiteindelijk niet bereid gebleken en is evenmin van zins de arbeidsovereenkomst anderszins te beëindigen. Het staat vast dat de stichting in geval van opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de voet van art. 7:673 lid 1 onder a BW een transitievergoeding is verschuldigd. Tussen de partijen is niet in geschil dat die transitievergoeding € 144.659,- bedraagt. Indien eiser het initiatief neemt tot beëindigen van de arbeidsovereenkomst door opzegging of ontbinding dan heeft hij op de voet van art. 7:673 lid 1 onder b BW alleen aanspraak op een transitievergoeding indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.
- 4.2 Dit geval staat niet op zichzelf. Het is sinds de invoering van het nieuwe ontslagrecht een verschijnsel geworden dat werkgevers een arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid niet beëindigen om te voorkomen dat een verplichting tot betaling van de transitievergoeding ontstaat. Over de wenselijkheid en betamelijkheid daarvan is een maatschappelijk debat gaande. Daarover zijn naar aanleiding van een artikel in de Volkskrant reeds in 2015 Kamervragen gesteld. De minister van sociale zaken en werkgelegenheid heeft in antwoord op die vragen onder andere verklaard: "Als de enige reden voor het onbetaald in dienst houden van een werknemer is het niet willen betalen van een transitie vergoeding dan getuigt dat in mijn ogen niet van fatsoenlijk werkgeverschap." De minister wees er toen op dat de werknemer zich zelf tot de rechter kan wenden indien hij van mening is dat de werkgever zijn verplichtingen niet nakomt en dat indien de rechter tot de conclusie komt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever aanspraak bestaat op de transitievergoeding (TK 3304 Vergaderjaar 2014-2015, Aanhangsel). Pogingen van werknemers om langs die weg ontbinding met een transitievergoeding van een dergelijke 'slapende' arbeidsovereenkomst te krijgen zijn in de rechtspraak gestrand (o.a. Hof Den Haag 14 oktober 2016 ECLI:NL:GHDHA:2016:3036).
- 4.3 Inmiddels is tot stand gekomen de Wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Wet van 11 juli 2018 Stb 2018, 234), verder kortweg aan te duiden als Wet compensatie transitievergoeding. De wet voorziet in een toevoeging aan afdeling 9 van titel 10 van boek 7 BW van een artikel 673e waarin wordt geregeld dat de werkgever die wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid door ontbinding, opzegging of met wederzijds goedvinden een transitievergoeding heeft betaald, daarvoor in beginsel volledig wordt gecompenseerd door het UWV vanuit het Werkloosheidsfonds. De Wet geeft ook aanspraak op compensatie van transitievergoedingen die (sinds 2015) zijn betaald vóór de inwerkingtreding van de wet mits het verzoek om compensatie binnen bepaalde tijd na inwerkingtreding wordt ingediend. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de gedachte achter de regeling is dat werkgevers het vaak als onbillijk ervaren dat zij na twee jaar doorbetaling van loon ook nog een transitievergoeding moeten betalen. Verder blijkt uit de bespreking van de opties om daaraan tegemoet te komen dat de wetgever onverkort eraan wil vasthouden dat werknemers ook (in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst) na twee jaar arbeidsongeschiktheid recht hebben op een transitievergoeding, ongeacht of zij geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend arbeidsongeschikt zijn (MvT TK 2016-2017 34 699 nr. 3). Hoewel dat in de memorie van toelichting zelf niet met zoveel woorden is terug te vinden moet worden aangenomen dat de regeling bedoeld is om het laten voortbestaan van een 'slapende' arbeidsovereenkomst na twee jaar arbeidsongeschiktheid teneinde te voorkomen dat een transitievergoeding moet worden betaald, tegen te gaan. Dat wordt bijvoorbeeld uitgedragen op de website van de Rijksoverheid bij vragen en antwoorden over ontslag na twee jaar ziekte waarin staat dat het kabinet met de Wet compensatie transitievergoeding slapende dienstverbanden wil tegengaan en dat de maatregel

ervoor moet zorgen dat werkgevers sneller het dienstverband beëindigen na twee jaar loon doorbetalen. Ook de minister van sociale zaken en werkgelegenheid heeft in een brief van 7 november 2018 aan de Tweede Kamer bij herhaling geschreven dat de compensatieregeling de prikkel moet wegnemen om slapende arbeidsovereenkomsten in stand te houden (TK 2018-2019, 34 352, nr. 136).

- 4.4 In het licht van dit een ander moet worden aangenomen dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap (art. 7:711 BW) onder omstandigheden verplicht kan zijn om tot beëindiging van de slapende arbeidsovereenkomst over te gaan en, zo hij die verplichting niet nakomt, daartoe kan worden veroordeeld. Voor dat laatste bestaat in de bijzondere omstandigheden van dit geval grond. Eiser is ernstig ziek. (...). Het is aannemelijk dat hij nog maar kort heeft te leven, mogelijk slechts enkele maanden. Namens de stichting is verklaard dat zij geen reden heeft om daaraan te twijfelen. De stichting heeft geen enkel belang bij het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst behalve het voorkomen dat zij een transitievergoeding moet betalen. Zo dit ooit een honorabel belang is geweest, is het dat thans in beginsel niet meer omdat aangenomen moet worden dat de stichting de transitievergoeding te zijner tijd volledig krijgt vergoed op grond van de Wet compensatie transitievergoeding. De stichting heeft zich erop beroepen dat nog niet zeker is dat zij een vergoeding zal krijgen voor de betaalde transitievergoeding omdat de Wet compensatie transitievergoeding nog niet in werking is getreden. Dat laatste is op zichzelf juist. Er moet nog een koninklijk besluit worden genomen waarin de datum van inwerking-treding wordt bepaald. De overheid, waaronder het ministerie van sociale zaken en werkgelegenheid, laat er geen misverstand over bestaan dat die datum 1 april 2020 zal zijn. Ondertussen heeft de regeling al wel kracht van wet. Zij is door de Eerste en Tweede kamer aangenomen en in het Staatsblad geplaatst. De kans dat de wet in het geheel niet in werking zal treden, moet bijzonder gering worden geacht. De wet biedt ook geen enkel aanknopingspunt voor de gedachte dat een vergoeding van de betaalde transitievergoeding door het UWV zou kunnen worden geweigerd omdat de werkgever via een procedure door de rechter of een arbiter tot beëindiging door opzegging van de arbeidsovereenkomst is veroordeeld.
- 4.5 Afgezien van het voorgaande heeft de stichting geen enkele goede reden kunnen aanvoeren waarom zij niet tot beëindiging wenst over te gaan. Op grond van de overgelegde stukken is er wel grond voor de veronderstelling dat dit mede voortkomt uit een onderliggend arbeidsconflict tussen de partijen, dat kennelijk (mede) voorspruit uit het feit dat eiser het in een moeizaam arbeidsconflict tussen de stichting en een collega van eiser voor zijn collega heeft opgenomen door middel van een schriftelijke verklaring die in een van de procedures tussen de stichting en die collega is overgelegd. Duidelijk is in ieder geval dat door stilzitten van de stichting de tijd op korte termijn zijn werk zal doen. Door de dood van eiser eindigt de arbeidsovereenkomst en is geen transitievergoeding verschuldigd. Dat maakt omgekeerd dat eiser een dringend spoedeisend belang heeft om nog voor zijn overlijden de arbeidsovereenkomst beëindigd te krijgen ten einde zijn aanspraak op een transitievergoeding geldend te kunnen maken. Dat eiser in geval van uitbetaling van de transitievergoeding daarvan niet lang zelf profijt zal hebben, doet niet af aan het uitgangspunt dat ook de blijvend arbeidsongeschikte werknemer wiens dienstverband na twee jaar wordt beëindigd aanspraak heeft op een transitievergoeding. De mogelijkheid dat daarvan vooral nagelaten betrekkingen zullen profiteren is daaraan inherent. De stichting heeft zich er nog op beroepen dat eiser dan maar op korte termijn ontbinding van de arbeidsovereenkomst in een bodemprocedure had moeten vorderen. Het is maar de vraag of eiser daartoe nog voldoende tijd rest, maar het is ook de vraag of eiser aanspraak op een transitievergoeding langs de weg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van verweerster zou kunnen verwezenlijken. Bij al het voorgaande komt dan nog dat eiser er ook een emotioneel belang bij heeft dat er in zijn laatste levensfase op korte termijn duidelijkheid komt over de afwikkeling van de arbeidsovereenkomst met een werkgever voor wie hij nagenoeg zijn hele werkzame leven heeft gewerkt.
- 4.6 Het is om al deze redenen dat de stichting in de omstandigheden van dit geval op grond van goed werkgeverschap verplicht is om op korte termijn langs de weg van opzegging de arbeidsovereenkomst te beëindigen en wel zonder inachtneming van een opzegtermijn en onder de toezegging tot betaling van de transitievergoeding. Anders dan namens de stichting is betoogd, gaat een dergelijke veroordeling het kader van een (arbitraal) kort geding niet te buiten. Die veroordeling is slechts een voorlopige voorziening die geen nadeel aan de zaak ten gronde toe-

brengt. Anders dan de stichting kennelijk meent, richt het bepaalde in art. 257 Rv zich niet tot de rechter/arbiter in kort geding maar tot de bodemrechter. De (enige) betekenis daarvan is dat de bodemrechter in het geheel niet aan de voorlopige voorziening is gebonden en dus alsnog anders kan beslissen. Dat een maatregel in kort geding feitelijk onomkeerbare gevolgen heeft, staat niet aan de bevoegdheid van de kortgedingrechter/arbiter tot het treffen van die maatregel in de weg en ontnemt aan die maatregel niet het karakter van een voorlopige voorziening zoals blijkt uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (o.a. HR 8 februari 1946, NJ 1946/166, HR 11 februari 1994, NJ 1994/651 en HR 25 oktober 2013, NJ 2015/178). Ander dan de stichting meent houdt de veroordeling evenmin een niet toegestaan declaratoir vonnis in, immers niet een verklaring voor recht.

- 4.7 Gezien de houding van de stichting en de spoedeisendheid ziet het Scheidsgerecht aanleiding aan de veroordeling een dwangsom te verbinden zoals gevorderd, zij het met een maximum zoals hierna te bepalen. De stichting zal de kosten van het Scheidsgerecht moeten dragen. Die worden bepaald op € 4.557,30 en zullen worden verhaald op het door eiser gestorte voorschot. De stichting zal worden veroordeeld dit bedrag aan eiser te betalen. Daarnaast zal de stichting worden veroordeeld een bedrag van € 3.500,- aan eiser te betalen als tegemoetkoming in zijn kosten van rechtsbijstand.

5. De beslissing

De fungerend voorzitter van het Scheidsgerecht, beslissend naar de regelen des rechts, wijst het volgende arbitrale vonnis in kort geding:

- 5.1 De stichting wordt bevolen de arbeidsovereenkomst met eiser op te zeggen op grond van art. 7:669 lid 3 sub b BW in dier voege dat de stichting binnen twee werkdagen na betekening van dit vonnis een verzoek indient bij het UWV om de arbeidsovereenkomst met eiser wegens langdurige arbeidsongeschiktheid op te zeggen onder toezegging van een transitievergoeding ten bedrage van € 144.659,- op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5.000,- voor ieder dag dat de stichting nalaat aan de inhoud van dit vonnis te voldoen met een maximum van € 150.000,-.
- 5.2 De kosten van het Scheidsgerecht worden bepaald op € 4.557,30 en zullen op het gestorte voorschot worden verhaald. De stichting wordt veroordeeld tot betaling van dit bedrag aan eiser. Daarnaast wordt de stichting veroordeeld een bedrag van € 3.500,- aan eiser te betalen als tegemoetkoming in zijn kosten van rechtsbijstand.
- 5.3 Al hetgeen meer of anders is gevorderd wordt afgewezen.

Dit vonnis is vastgesteld te Utrecht en op 27 december 2018 aan de partijen verzonden.