

103420

SAMENVATTING

Verzoek voorlopige voorziening BVE

Het UWV heeft de werknemer na een periode van arbeidsongeschiktheid aan het einde van de wachttijd in het kader van de WIA geschikt geacht voor het verrichten van haar eigen werk. De werknemer is bereid werkzaamheden als docente creatief vak X te hervatten maar acht andere aangeboden docentwerkzaamheden, namelijk lessen Taalondersteuning en CMV en leerlingbegeleiding, niet passend. Werkgever meent dat er weigering is om passend werk te verrichten en schort eerst de betaling van het salaris op en zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst op wegens plichtsverzuim, bestaande uit werkweigering.

De Voorzitter overweegt dat niet gebleken is dat het UWV de belasting van de werknemer in andere docenttaken niet passend acht. De Voorzitter ziet in de weigering om het aangeboden passend werk te verrichten reden voor de werkgever om het salaris in te houden. Wel had de werkgever met regelmatige tussenpozen na moeten gaan of de werknemer nog steeds aan de weigering vasthield dan wel had de werkgever het overleg op enigerlei wijze dienen te hervatten. Billijke risicoverdeling leidt tot toewijzing van de voorlopige voorziening tot doorbetaling van de helft van het overeengekomen salaris tot op 01-2-2007, aangezien de werknemer ter zitting van 31-01-2007 heeft aangegeven bereid te zijn de aangeboden werkzaamheden te verrichten, zodat er vanaf dan geen werkweigering meer is en het volledige salaris verschuldigd is.

103420

UITSpraak IN VOORLOPIGE VOORZIENING

in het geding tussen:

A, wonende te B, verzoekster, hierna te noemen A
gemachtigde: mr. A.C.M. Verhoeven

en

het College van Bestuur van het C, gevestigd te D, verweerder, hierna te noemen de werkgever
gemachtigde: mr. L.R.T. Peeters

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij beroepschrift met bijlagen van 21-12-2006, ingekomen op 22-12-2006, heeft A beroep ingesteld tegen de beslissing van de werkgever d.d. 13-12-2006 om haar met ingang van 28-02-2007 te ontslaan wegens plichtsverzuim. Desgevraagd heeft A het beroep aangevuld bij schrijven van 16-01-2007. In deze aanvulling heeft A tevens beroep ingesteld tegen de beslissing van 08-11-2006 van de werkgever om de salarisbetaling aan A per die datum op te schorten. Ook heeft zij de Voorzitter van de Commissie verzocht om de werkgever bij wijze van voorlopige voorziening te gelasten het sedert 8 november 2006 ten onrechte ingehouden salaris, te vermeerderen met de wettelijke verhogingen en de wettelijke rente, aan A te voldoen tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst tussen partijen op rechtsgeldige wijze is geëindigd.

De werkgever heeft een verweerschrift met bijlagen ingediend, ingekomen op 29-01-2007.

De mondelinge behandeling van het verzoek om een voorlopige voorziening vond plaats op 31-01-2007.

A verscheen in persoon, bijgestaan door haar gemachtigde en vergezeld van de heer E.

De werkgever werd vertegenwoordigd door F, medewerker G, bijgestaan door de gemachtigde.

De inhoud van voornoemde stukken geldt als hier herhaald en ingelast.

2. DE FEITEN

De Voorzitter gaat op grond van de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht uit van de volgende, als gesteld en niet of onvoldoende weersproken en door de Voorzitter in deze procedure relevant geachte, tussen partijen vaststaande feiten.

A is sinds 01-01-2000 als docent werkzaam bij het C in een vast dienstverband met een betrekkingsomvang van 0.8 fte. Eerder was zij van april 1983 tot 01-11-1998 bij het C en haar rechtsvoorgangers werkzaam. Op de arbeidsverhouding is van toepassing de CAO-BVE. In de periode juli 2001 tot medio 2004 heeft A werkzaamheden als docent X verricht bij de opleiding H. Omdat deze opleiding onvoldoende bestaansrecht had, is deze in 2004 opgeheven. De werkgever heeft in overleg met A in juni 2004 besloten dat zij werkzaamheden als leerlingbegeleider en als coördinator zou gaan verrichten. Per 6 september 2004 is A arbeidsongeschikt geraakt ten gevolge van spanningsklachten. Het UWV heeft A aan het einde van de wachttijd in het kader van de WIA geschikt geacht voor het verrichten van haar eigen werk (de maatgevende arbeid). Op 20-10-2006 hebben partijen overlegd over het hervatten van de werkzaamheden door A. Afgesproken werd dat A contact zou hebben met de teamleiders Y en YY over het verzorgen van een aantal lessen – gerelateerd aan 0.55 fte - Taalondersteuning, Maatschappelijke en culturele vorming en Begeleiding. Het restant van de betrekkingsomvang van A, 0.25 fte, zou vooralsnog worden aangemerkt als extra voorbereidingstijd. A zou de resultaten van de gesprekken met de teamleiders terugkoppelen naar de werkgever. Op 07-11-2006 heeft A de werkgever telefonisch laten weten dat haar advocaat de werkgever van haar standpunt omtrent de werkhervatting op de hoogte zou brengen. Bij schrijven van 08-11-2006 heeft de raadsman van A de werkgever schriftelijk medegedeeld dat het UWV A volledig arbeidsgeschikt had verklaard voor het verrichten van haar werkzaamheden als docent X en dat A bereid is haar werkzaamheden als docent X te hervatten en dat de inspanningen van de werkgever daarop gericht dienden te zijn en niet op het zoeken naar andere (losse) werkzaamheden. De brief vermeldt voorts dat van het accepteren van de tijdens het gesprek van 22-10-2006 genoemde werkzaamheden in dit stadium geen sprake kon zijn. Deze brief heeft een brief van de werkgever d.d. 08-11-2006 aan A gekruist. In die brief deelde de werkgever mee dat A verklaard heeft het aangeboden werk niet passend te vinden en dat zij de aangeboden vacatures niet zou gaan vervullen. De werkgever vermeldde in de brief de aangeboden werkzaamheden passend te achten. De brief eindigt met de vaststelling van de werkgever dat A weigert passend werk te verrichten en met de mededeling dat de werkgever daarom met ingang van 8 november 2006 de salarisdoorbetaling opschort. In een brief van 13-11-2006 heeft de werkgever A meegedeeld van oordeel te zijn dat de arbeidsovereenkomst niet langer in stand kan blijven nu A expliciet de aangeboden passende werkzaamheden weigert te verrichten en zich alleen maar beschikbaar houdt voor werkzaamheden als docent X. Op grond daarvan, zo vermeldt de brief, besluit de werkgever de arbeidsovereenkomst wegens plichtsverzuim op te zeggen met ingang van 01-03-2007. In het beroepschrift geeft A aan dat de werkgever haar bij brief van 08-12-2006 heeft medegedeeld dat de brief van 13-11-2006 gelezen dient te worden als een voornemenbeslissing als bedoeld in artikel H-45 CAO en dat A zich tegen het ontslagbesluit kan verweren. Hieruit leidt A af dat het ontslagbesluit niet is ingetrokken. Ter zitting hebben partijen verklaard dat A op 17-01-2007 mondeling verweer ten overstaan van de werkgever heeft gevoerd.

3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

Wat betreft de ontvankelijkheid van het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening merkt A op dat de werkgever het ontslag niet heeft ingetrokken, dat daarom de beroepszaak nog immer bij de Commissie aanhangig is en dat zij daarom kan worden ontvangen in haar verzoek. A stelt dat het UWV haar geschikt geacht heeft voor het weer verrichten van de maatgevende functie, namelijk docent X. De werkgever had, alvorens haar andere werkzaamheden aan te bieden, dienen na te gaan welke mogelijkheden er waren A werkzaamheden als docent X aan te bieden. Van werkweigering is volgens A geen sprake omdat zij bereid was de overeengekomen werkzaamheden, docent X, te verrichten. Weliswaar kon van haar worden verwacht dat zij ook andere passende werkzaamheden

zou verrichten, maar dat kon volgens A pas aan de orde zijn nadat gebleken was dat de overeengekomen werkzaamheden niet voorhanden waren. Bovendien heeft de werkgever haar de andere werkzaamheden niet expliciet opgedragen, maar waren partijen nog in overleg over de werkhervatting. A vindt daarom dat zij geen plichtsverzuim heeft gepleegd door het niet aanstonds aanvaarden van de door de werkgever voorgestelde werkzaamheden. Aangezien zij steeds de bereidheid heeft uitgesproken werkzaamheden als docent X te verrichten, heeft de werkgever de opstelling van A ten onrechte aangemerkt als werkweigering zodat er geen reden was de salarisbetaling op te schorten.

A merkt het inhouden van salaris aan als het opleggen van een disciplinaire maatregel, waartegen zij eveneens beroep heeft ingesteld omdat de CAO-BVE niet voorziet in de mogelijkheid tot het opleggen van deze disciplinaire maatregel. Ter zitting van de Voorzitter heeft A tevens de bereidheid uitgesproken andere door de werkgever aangeboden passende werkzaamheden te verrichten. Zij heeft er daarbij op gewezen niet in dezelfde situatie te willen belanden als bij de aanvang van haar arbeidsongeschiktheid wegens een burn out in september 2004.

De werkgever stelt dat A als docent is aangesteld, dus niet alleen als docent X. Volgens de werkgever heeft A ook andere vakken, zoals NT en NT2, verzorgd. De in de UWV-beslissing gebruikte term "maatgevende arbeid" heeft geen arbeidsrechtelijke betekenis en betekent in ieder geval niet dat A zich uitsluitend voor werkzaamheden als docent X beschikbaar hoefde te stellen. Weliswaar heeft zij ook werkzaamheden als docent X verricht, maar daar is een einde aan gekomen bij het sluiten van de Hzaal medio 2004. Binnen de afdeling Z worden nog wel enkele expressievakken gegeven, maar daar zijn geen vacatures zodat de werkgever A daar niet te werk kan stellen. Nadat A begin september 2004 uitgevallen was wegens arbeidsongeschiktheid is vanaf 10-06-2005 actief aan haar reïntegratie gewerkt. Dit resulteerde volgens de werkgever uiteindelijk in het gesprek van 20-10-2006, waarin concrete werkzaamheden als docent met een omvang van 0.55 fte aan A zijn aangeboden. De overige 0.25 fte van haar betrekkingsomvang zou A vooralsnog kunnen besteden aan extra lesvoorbereiding en daarover zouden, zo verklaarde de werkgever ter zitting, nog nadere afspraken worden gemaakt. Gelet hierop is de werkgever van mening dat A geweigerd heeft de haar in de brieven van 08-11-2006 en 13-11-2006 aangeboden werkzaamheden met een omvang van 0.8 fte uit te voeren zodat hij terecht heeft kunnen beslissen de salarisbetalingen te staken. De werkgever heeft niet beoogd een disciplinaire maatregel van het inhouden van salaris op te leggen, maar heeft de betalingen gestaakt op grond van artikel 7:627 BW, wegens het weigeren van het verrichten van passende arbeid.

4. **OVERWEGINGEN VAN DE VOORZITTER**

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

De Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) geeft in artikel 4.1.6 aan dat het beroepsreglement van de Commissie van beroep de mogelijkheid van een voorlopige voorziening moet inhouden. Het reglement van de Commissie houdt een dergelijke bepaling in: artikel 12 van het beroepsreglement, bijlage C bij de CAO-BVE, bepaalt dat een partij in een bij de Commissie aanhangige zaak bij een met redenen omkleed verzoekschrift aan de Voorzitter van de Commissie een voorlopige voorziening kan vragen, in afwachting van de uitspraak in de hoofdzaak, indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Het C is aangesloten bij deze Commissie en A heeft bij de Commissie tijdig beroep ingesteld tegen de ontslagbeslissing van de werkgever d.d. 13-11-2006. Dientengevolge acht de Voorzitter zich bevoegd om van het verzoek om voorlopige voorziening kennis te nemen en oordeelt hij het verzoek ontvankelijk.

De verzochte voorlopige voorziening

De door A verzochte voorziening is naar het oordeel van de Voorzitter in beginsel slechts dan voor toewijzing vatbaar, indien A een spoedeisend belang heeft, indien met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat de Commissie van beroep het beroep van A in de

bodemprocedure gegrond zal verklaren en, na afweging van de belangen van werkgever en werknemer, een voorziening bij voorraad geïndiceerd is.

Ten aanzien van het spoedeisend belang van A bij het toewijzen van de verzochte voorziening overweegt de Voorzitter dat A sedert 08-11-2006 geheel van eigen inkomsten verstoken is. Ter zitting heeft zij verklaard dat haar partner vooralsnog bijspringt, doch dat diens mogelijkheden daartoe niet onuitputtelijk zijn. Gelet op het feit dat A geen aanspraak maakt op een WW-uitkering en deze naar alle waarschijnlijkheid ook geweigerd zal worden vanwege de door de werkgever gestelde werkweigerings is de Voorzitter van oordeel dat A terzake een voldoende spoedeisend belang heeft.

Wat betreft de waarschijnlijkheid van gegrondverklaring van het beroep van A overweegt de Voorzitter allereerst dat is gebleken dat de werkgever de beslissing om A te ontslaan op grond van plichtsverzuim inmiddels heeft gewijzigd in een voornemen om tot dat ontslag over te gaan. De beslissing om het salaris van A in te houden, is echter niet ingetrokken zodat A naar het oordeel van de Voorzitter voldoende belang heeft bij handhaving van haar beroep en haar verzoek voorlopige voorziening.

Voorts overweegt de Voorzitter dat op grond van de brief d.d. 08-11-2006 van de gemachtigde van A aan de werkgever en op grond van het feit dat A sedertdien feitelijk geen werkzaamheden voor de werkgever heeft verricht, voorshands voldoende vaststaat dat A op 08-11-2006 niet bereid was de aangeboden werkzaamheden, het geven van lessen Taalondersteuning en CMV en het verzorgen van leerlingbegeleiding, met een omvang van 0.55 fte te verrichten. A is benoemd als docent en heeft vóór zij arbeidsongeschikt werd onder meer X gedoceerd. Om die reden is de arbeidskundige van het UWV ervan uitgegaan dat A de functie van docent X had. Het verzorgen van het vak X was echter een taak die A binnen haar functie van docent kon worden opgedragen. Binnen de functie van docent zijn echter in beginsel alle docenttaken binnen het MBO en BVE als passend aan te merken. Niet gebleken is dat het UWV de belasting van A in andere docenttaken niet passend acht. Uit de rapportage van de arbeidskundige blijkt niet dat de belasting is ingeschat op basis van de taken voor het verzorgen van specifiek het vak X en niet voor andere docenttaken.

De Voorzitter ziet in de weigering van A om het aangeboden passend werk te verrichten reden voor de werkgever om het salaris op grond van artikel 7:7627 BW in te houden. Omdat die weigering geen betrekking had op de volledige omvang van haar dienstbetrekking, doch slechts op 0,55 fte en er over 0,25 fte nog overleg plaats zou vinden, is de werkgever het salaris over 0,25 fte onverkort aan A schuldig gebleven, ook na 08-11-2006. Voorts had de werkgever naar het oordeel van de Voorzitter met regelmatige tussenpozen na 08-11-2006 bij A na moeten gaan of zij nog steeds aan de weigering vasthield dan wel had de werkgever het overleg met A op enigerlei wijze dienen te hervatten. Voor dat laatste was temeer reden nu de genoemde 0.25 fte nog niet nader ingevuld was. De Voorzitter ziet hierin reden het financiële risico van het niet verrichten van werkzaamheden door A niet volledig bij haar te leggen. Een billijke risicoverdeling brengt de Voorzitter tot het oordeel dat de werkgever aan A van 08-11-2006 tot en met 31-01-2007 de helft (50%) van het overeengekomen salaris dient te betalen. Daarbij verstaat de Voorzitter dat de werkgever met ingang van 01-02-2007 weer het volledige salaris aan A dient te betalen gelet op de bereidverklaring ter zitting van A om ook de op 08-11-2006 door de werkgever aangeboden of andere passende werkzaamheden te gaan verrichten, waardoor er van het weigeren van het verrichten van passende werkzaamheden geen sprake meer is.

5. OORDEEL

De Voorzitter van de Commissie van beroep bve, recht doende bij wijze van voorlopige voorziening

- wijst de door A verzochte voorlopige voorziening tot doorbetaling van het salaris in zoverre toe dat de werkgever over de periode 08-11-2006 t/m 31-01-2007 aan A 50% van het overeengekomen salaris dient te betalen;
- wijst af het hetgeen anders of meer is verzocht,
- en verstaat dat met ingang van 01-02-2007 het volledige salaris verschuldigd is behoudens nieuwe omstandigheden.

Aldus gedaan te Utrecht op 22 februari 2007 door mr. W.H.B. den Hartog Jager, in aanwezigheid van mr. M. Smulders, secretaris.

mr. W.H.B. den Hartog Jager
voorzitter

mr. M. Smulders
secretaris