



SAMENVATTING

104467 - Beroep tegen een ontslag wegens arbeidsongeschiktheid; HBO

Werkneemster is sedert 2002 arbeidsongeschikt en ontvangt een WAO-uitkering naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 45-55%. De functie van werkneemster is sedert 2003 opgeheven. Vanaf 2004 verricht werkneemster vanuit haar eigen bedrijf werkzaamheden voor de voormalige commerciële contract-activiteitenpoot van de hogeschool.

Tussen partijen was met name in geschil of er al dan niet reële herplaatsingsmogelijkheden voor werkneemster bij de werkgever zijn. Gezien de concrete omstandigheden is de Commissie van oordeel dat er geen reële herplaatsingsmogelijkheden voor werkneemster zijn en dat is voldaan aan de vereisten van artikel 20 lid 2 ZAHBO.

Beroep ongegrond.

UITSPRAAK

in het geding tussen:

mevrouw A, wonende te B, hierna te noemen A
gemachtigde: mr. J.M.L.B. Rensen-van Wissen

en

het College van Bestuur van C, gevestigd te D, verweerder, hierna te noemen de werkgever

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij beroepschrift met bijlagen van 12 februari 2010, ingekomen op 15 februari 2010 en aangevuld bij brieven met bijlagen van 11 maart 2010, 25 mei 2010 en 2 juni 2010, heeft A beroep ingesteld tegen de beslissing van de werkgever d.d. 12 januari 2010 om de arbeidsovereenkomst met haar per 1 april 2010 te beëindigen op grond van artikel Q-2 lid 1 sub d CAO-HBO, zijnde blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer van meer dan 35% vastgesteld op grond van de ZAHBO dan wel de WAO/WIA.

De werkgever heeft een verweerschrift met bijlage ingediend, gedateerd 12 april 2010, ingekomen op 13 april 2010.

De mondelinge behandeling vond plaats te Utrecht op 7 juni 2010.

A verscheen in persoon.

De werkgever werd vertegenwoordigd door de heer mr. E, hoofd juridische zaken en mevrouw F, coördinator transferpunt P&O.

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



2. DE FEITEN

A is sinds 1 februari 1993 werkzaam als docent/opleider/trainer bij de post HBO-poot van C genaamd G, in een vast dienstverband met een betrekkingssomvang van 0,8 fte. Naast dit dienstverband heeft A haar eigen bedrijf, bureau A Mediation.

Op de arbeidsverhouding is van toepassing de CAO-HBO.

A is op 7 oktober 2002 arbeidsongeschikt geworden vanwege psychische overbelasting. A ontvangt sedert einde wachttijd, 5 april 2004, een WAO uitkering naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 55-65%. Sinds 2003 heeft C de aandelen in de dochtermaatschappij G overgedragen aan een derde, waarna deze maatschappij door het leven gaat als G BV.

Bij brief van 15 april 2003 heeft de werkgever A medegedeeld dat zij formatief wordt ondergebracht bij het mobiliteitscentrum van C. Als reden wordt gesteld dat er een dertiental medewerkers is met een aanstelling bij de hogeschool dat al sinds lange tijd wordt ingezet voor de commerciële activiteiten van de hogeschool. Na de aandelenoverdracht van de dochtermaatschappij G worden de medewerkers, naar behoefte, ingezet op basis van een uurtarief.

Naar verwachting zullen de uren die G BV nodig heeft niet de volledige aanstellingsomvang van de desbetreffende medewerkers dekken waardoor er een groep medewerkers resteert, waaronder A, die geen aanstelling hebben bij een instituut of dienst en die niet voor hun volledige werktijd worden ingezet. Indien er geen passend werk zou worden gevonden, zou het dienstverband per maart 2004 worden beëindigd, aldus de brief. Dit is vanwege de arbeidsongeschiktheid van A niet gebeurd.

In augustus 2004 is A in het kader van reïntegratie gestart voor 0,3 fte bij de opleiding Bouwkunde. Vanwege organisatorische problemen is zij daar november 2004 mee gestopt. Bij brief van 2 augustus 2005 heeft de werkgever A ontslag aangezegd vanwege blijvende arbeidsongeschiktheid. Dit ontslag is niet geëffectueerd nadat UWV in het functieongeschiktheidsadvies van 27 september 2005 partijen adviseerde om met elkaar in gesprek te gaan inzake de reïntegratiemogelijkheden binnen de hogeschool.

Vervolgens heeft A met medeweten van de werkgever werkzaamheden voor G BV verricht vanuit haar eigen bedrijf.

Bij beslissing van 26 augustus 2009 heeft UWV A medegedeeld dat zij ingaande 1 januari 2006 en 1 januari 2007 ingedeeld werd in de arbeidsongeschiktheidsklasse 15-25% respectievelijk de klasse 34-45%. Nadat A hiertegen op 22 september 2009 bezwaar had ingediend, heeft het UWV bij beslissing van 8 februari 2010 het bezwaar gegrond verklaard en geoordeeld dat A onveranderd 55 tot 65% arbeidsongeschikt wordt geacht.

A heeft bij e-mailbericht van 10 september 2009 de werkgever verzocht om een gesprek aan te gaan over eventuele mogelijkheden binnen de hogeschool. In deze e-mail heeft A aangegeven nog steeds gedeeltelijk werkzaam te zijn voor G BV en dat zij daarnaast nog salaris van de hogeschool ontvangt. Bij brief gedateerd 16 november 2009, A aangeboden per aangetekende post op 8 december 2009, heeft de directeur P & O A medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst met haar wordt opgezegd tegen 1 april 2010.

Bij brief van 12 januari 2010 heeft de werkgever de beslissing om de arbeidsovereenkomst met A per 1 april 2010 te beëindigen herhaald en daarbij als opzeggingsgrond vermeld artikel Q-2 lid 1 onder d CAO-HBO, zijnde blijvende arbeidsongeschiktheid van de werknemer van meer dan 35% vastgesteld op grond van de ZAHBO dan wel de WAO/WIA.

Tegen deze beslissing keert zich het onderhavige beroep.



3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

A is van mening dat de ontslagbeslissing strijdig is met artikel 20 ZAHBO waarin de voorwaarden zijn omschreven waaraan moet zijn voldaan om tot een ontslag te komen na langdurige arbeidsongeschiktheid. In ieder geval is niet voldaan aan de voorwaarde dat er geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn. Er heeft door de werkgever geen enkel onderzoek dienaangaande plaatsgevonden en A is ervan overtuigd dat er wel degelijk herplaatsingsmogelijkheden zijn. A noemt als voorbeeld werkzaamheden voor ondersteunende diensten als P&O, het geven van bijscholing en/of trainingen aan docenten en de functie van ombudsman. Het standpunt van de werkgever dat A vrijwel uitsluitend in het contractonderwijs heeft gewerkt is niet juist evenals de stelling dat zij niet zou kunnen aarden in het reguliere onderwijs. A heeft sedert haar indiensttreding vele andere werkzaamheden dan contractonderwijs verricht. Bij het contractonderwijs is jarenlang sprake geweest van mismanagement: in drie jaar waren er vijf interim-directeuren. Voorts is er nooit een goede analyse gemaakt van wat er fout ging terwijl alle docenten in het contractonderwijs werden ontslagen. Dit heeft geleid tot haar arbeidsongeschiktheid, aldus A. De werkgever wist dat A nog werkzaamheden in haar eigen bedrijf verrichtte en zij heeft steeds aangeboden de inkomsten te verrekenen mits zij in dienst kon blijven van de hogeschool.

Desgevraagd verklaart A ter zitting dat zij graag weer vanuit de werkgever gedetacheerd zou willen worden bij G BV, dit teneinde meer financiële en rechtspositionele zekerheid te hebben. In de huidige situatie is sprake van rechtsongelijkheid ten opzichte van collega's die nog wel vanuit de hogeschool bij G BV werkzaam zijn. A geeft aan twaalf uur per week, gelijk aan de uren die zij eigenlijk voor de hogeschool zou moeten werken, te werken voor G BV. Daarnaast verricht zij gemiddeld 1 dag per week nog vanuit haar eigen bedrijf werkzaamheden waardoor zij in totaal circa 20 uur per week werkt.

De werkgever voert aan dat de aanzegging van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst weliswaar niet vlekkeloos is verlopen maar dat A heel goed begrijpt op welke grond de opzegging plaatsvond. De hogeschool heeft in het verleden veel, niet bekostigde, contractactiviteiten ontwikkeld. Aan de bloei van dit contractonderwijs is een einde gekomen toen bleek dat bepaalde vormen van contractonderwijs niet waren toegestaan, hetgeen de 'HBO-fraude' is gaan heten. Ook C werd hiermee geconfronteerd en zag zich genoodzaakt maatregelen te treffen. Het contractonderwijs werd afgestoten, aanvankelijk naar een dochtermaatschappij van de hogeschool, G, maar ook deze aandelen zijn na enige tijd, omstreeks 2003, overgedragen aan een derde. A verrichtte haar werkzaamheden voornamelijk voor het contractonderwijs en later ook voor de dochtermaatschappij G. Vanuit de hogeschool zijn thans geen medewerkers meer gedetacheerd bij G BV. Het dienstverband met A zou al per maart 2004 worden beëindigd omdat er geen passend werk beschikbaar was, maar omdat zij arbeidsongeschikt was, is dat niet geëffectueerd. Gezien de eerdere negatieve reïntegratie-ervaringen van A in het reguliere onderwijs leek het de werkgever beter de reïntegratiewerkzaamheden in het eigen bedrijf van A te doen plaatsvinden, ook om een nieuwe toekomst buiten de hogeschool op te bouwen. A heeft de nevenwerkzaamheden die zij altijd al had ook daadwerkelijk uitgebreid en verder tot bloei gebracht. De werkgever is daarin zeer coulant geweest voor A. Het wordt daarom tijd afscheid van elkaar te nemen, aldus de werkgever. Inmiddels is A meer dan twee jaar arbeidsongeschikt en ontvangt zij een WAO-uitkering waardoor zij voldoet aan de voorwaarden van artikel Q-2 lid 1 sub d CAO-HBO. Binnen de hogeschool is geen reële herplaatsingsmogelijkheid voor A omdat de hogeschool nagenoeg geen contractonderwijs (meer) kent en omdat is gebleken dat zij in het reguliere onderwijs duidelijk niet kon aarden. Overigens is A weinig concreet over de herplaatsingsmogelijkheden. A heeft er al die jaren nog nooit blijk van gegeven serieuze belangstelling te hebben voor een van de vele functies die door de werkgever worden aangeboden en waarop zij als interne kandidaat zou kunnen solliciteren, aldus de werkgever.



4. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

Aangezien de instelling is aangesloten bij deze Commissie en het beroep is gericht tegen één van de beslissingen, genoemd in artikel 4.7 lid 1 WHW, is de Commissie bevoegd van het beroep kennis te nemen en is het beroep in zoverre ontvankelijk.

A heeft het beroep gericht tegen de brief van de werkgever van 12 januari 2010. Uitgaande van voornoemde datum is het beroep tijdig ingediend. De werkgever heeft A echter bij brief van 16 november 2009 reeds medegedeeld het dienstverband met haar per 1 april 2010 te zullen beëindigen. Op grond van artikel 14 lid 1 van het beroepsreglement van de Commissie, laat de Commissie niet-ontvankelijkverklaring wegens termijnoverschrijding achterwege indien de werknemer aantoonbaar dat hij het beroep heeft ingesteld, zo spoedig mogelijk als redelijkerwijze verlangd kon worden.

Aangezien in de brief van 16 november 2009 noch de ontslaggrond noch de beroepsclausule was opgenomen, A destijds nog niet werd bijgestaan door haar gemachtigde en zij bij brief van 14 december 2009 bij de werkgever bezwaar heeft gemaakt tegen het ontslag, acht de Commissie de termijnoverschrijding verschoonbaar en A ontvankelijk in haar beroep.

Het ontslag

A is ontslagen op grond van blijvende arbeidsongeschiktheid als bedoeld in artikel Q-2 lid 1 CAO-HBO. Van toepassing is de Ziekte en arbeidsongeschiktheidsregeling Hoger Beroepsonderwijs (ZAHBO). Op grond van artikel 20 lid 2 ZAHBO kan de werkgever een werknemer die op grond van ziekten of gebreken is geraakt in een toestand van blijvende ongeschiktheid om aan de in zijn functie gestelde vereisten te voldoen, ontslaan mits:

- a) deze blijvende ongeschiktheid onafgebroken 2 jaar heeft geduurd en
- b) herstel binnen een periode van zes maanden na afloop van die 2 jaar redelijkerwijs niet is te verwachten en
- c) er bij de werkgever voor betrokkene geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn en
- d) de werknemer niet voor 35 % of minder arbeidsongeschikt is bevonden en
- e) het UWV na 2 jaar ziekte een positieve beschikking geeft op de aanvraag van de WIA-uitkering.

A is arbeidsongeschikt sedert 7 oktober 2002 zodat zij op het moment van de ontslagaanzegging, 16 november 2009, ruim 2 jaar onafgebroken arbeidsongeschikt was. Aan het vereiste onder a is daarmee voldaan.

A ontvangt vanaf 5 april 2004 een WAO-uitkering naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 45-55%. A is derhalve voor meer dan 35% arbeidsongeschikt zodat ook is voldaan aan het vereiste in artikel 20 lid 2 onder d ZAHBO.

Gelet op het verstrekken van een positieve WAO-beschikking en recentelijk nog de beslissing op bezwaar van UWV van 8 februari 2010 alsmede de lange duur van de arbeidsongeschiktheid is voorts niet te verwachten dat herstel binnen zes maanden redelijkerwijs te verwachten is, zodat ook voldaan is aan het vereiste onder b.

Ten aanzien van het vereiste onder e overweegt de Commissie dat artikel 20 lid 3 aanhef en onder c ZAHBO bepaalt dat niet is voldaan aan de voorwaarde genoemd in lid 2 sub e indien de betrokkene beroep instelt jegens het ontslagbesluit door de werkgever.



De Commissie heeft reeds in een eerdere uitspraak overwogen dat de redactie en inhoud van artikel 20 ZAHBO doorzichtiger had kunnen zijn, maar dat de bepaling van artikel 20 lid 3 sub c ZAHBO tezamen met artikel 20 lid 4 ZAHBO in zijn praktische uitwerking als volgt beoordeeld dient te worden. Indien een werkgever geconfronteerd wordt met een WAO/WIA-beschikking ten aanzien van een van zijn werknemers, welke beschikking een arbeidsongeschiktheidspercentage vaststelt dat ligt boven 35%, verdient het aanbeveling in overleg te treden met deze werknemer over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden genoemd in artikel 20 lid 2 ZAHBO. Afhankelijk van dit overleg kan de werkgever nadere actie, gericht op voortzetting dan wel beëindiging van het dienstverband ondernemen.

Indien de werknemer vervolgens wordt ontslagen en daartegen beroep instelt, zal de werkgever ingevolge de bepaling van artikel 20 lid 4 ZAHBO het deskundigenoordeel Overheid & Onderwijs van het UWV ter zake van de mogelijkheid tot ontslag aan moeten vragen.

De Commissie constateert dat de werkgever heeft nagelaten een dergelijk deskundigenoordeel bij het UWV te vragen. Omdat A reeds op 22 september 2009 bij UWV bezwaar had ingediend tegen de beslissing om haar arbeidsongeschiktheidpercentage te verlagen en het UWV bij beslissing van 8 februari 2010, derhalve na datum opzegging, nog geoordeeld heeft dat A onveranderd 55-65% arbeidsongeschikt is, is de Commissie van oordeel dat het aanvragen van een deskundigenoordeel achterwege kon blijven.

De werkgever heeft hiermee weliswaar niet geheel conform de geldende regels gehandeld, maar de Commissie acht dit in de gegeven - hiervóór geschetste - omstandigheden verschoonbaar.

Hierdoor is tevens voldaan aan het vereiste in artikel 20 lid 2 onder e ZAHBO.

Tussen partijen is met name in geschil of voldaan is aan de voorwaarde genoemd onder c, namelijk of er bij de werkgever geen reële herplaatsingsmogelijkheden zijn.

Op grond van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting constateert de Commissie dat de werkzaamheden van A bij de toenmalige dochtermaatschappij van de hogeschool in 2003 zijn beëindigd en dat partijen nadien zijn overeengekomen de reïntegratiewerkzaamheden in het eigen bedrijf van A te doen plaatsvinden. A heeft de afgelopen jaren gemiddeld naar eigen zeggen twaalf uur per week, gelijk aan de uren die zij voor de werkgever inzetbaar is, als ZZP-er bij G BV gewerkt. Niet gebleken is dat er na 2004 nog getracht is A passende werkzaamheden op de hogeschool aan te bieden noch dat A op haar beurt heeft gereageerd op vacatures dan wel anderszins heeft verzocht om weer op de hogeschool werkzaam te zijn. Beide partijen hebben de situatie waarin A zowel inkomsten van de hogeschool als van G BV ontving, lang laten voortduren. Onder deze omstandigheden kan de werkgever niet verweten worden geen herplaatsingsonderzoek te hebben verricht. Voorts is niet aannemelijk geworden dat er bij de werkgever reële herplaatsingsmogelijkheden zijn. Niet gebleken is dat er voor de door A genoemde functies daadwerkelijke vacatures zijn en dat deze werkzaamheden passend te maken zijn. De Commissie oordeelt dat hiermee eveneens is voldaan aan het vereiste onder c.

Alles overziende is de Commissie van oordeel dat de werkgever op juiste gronden heeft kunnen beslissen om het dienstverband met A op te zeggen op grond van blijvende arbeidsongeschiktheid als bedoeld in artikel Q-2 lid 1 CAO-HBO.

Dientengevolge zal de Commissie het beroep ongegrond verklaren.



5. OORDEEL

Op grond van bovenstaande overwegingen verklaart de Commissie het beroep ongegrond.

Aldus gedaan te Utrecht op 13 juli 2010 door mr. T.M.J. Smits, voorzitter, mr. E.M.W.P. Hermans, mr. C.H. Kemp-Randewijk, drs. P. Koppe en mr. K.P. Piena, leden, in aanwezigheid van mr. R.M. de Bekker, secretaris, bij afwezigheid van deze laatste ondertekend door mr. M. Smulders, secretaris.

mr. T.M.J. Smits
voorzitter

mr. M. Smulders
secretaris