



SAMENVATTING

106233 - Beroep ontslag wegens arbeidsongeschiktheid, subsidiair wegens gewichtige redenen; BVE

De werkgever heeft de arbeidsovereenkomst wegens blijvende arbeidsongeschiktheid opgezegd op het moment dat werknemer nog geen 24 maanden respectievelijk twee jaar onafgebroken arbeidsongeschikt zoals artikel H-57 sub d cao bve en artikel 20 lid 2 onder a ZAR-BVE voorschrijven. De arbeidsovereenkomst is zodoende voortijdig opgezegd. Dat werknemer eerder arbeidsongeschikt is geweest waardoor hem een WAO-uitkering is toegekend, maakt dit niet anders, omdat sprake dient te zijn van blijvende arbeidsongeschiktheid die onafgebroken twee jaar heeft geduurd. De primaire ontslaggrond houdt derhalve geen stand.

Ten aanzien van de subsidiaire ontslaggrond heeft werknemer zich beroepen op het opzegverbod wegens ziekte. Op grond van het bepaalde in artikel 7:677 lid 5 BW dient de werknemer zich binnen twee maanden bij de werkgever te beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte. Werknemer heeft dit niet rechtstreeks gedaan maar heeft zich in zijn beroepschrift een beroep gedaan op deze vernietigingsgrond. Dit beroepschrift is door de Commissie onmiddellijk doorgezonden aan de werkgever zodat deze binnen twee maanden na de opzegging kennis heeft genomen van het standpunt van de werknemer. Onder deze omstandigheid oordeelt de Commissie dat sprake is van een tijdige kennisgeving aan de werkgever in de zin van artikel 7:677 lid 5 BW. Derhalve is de opzegging door de werkgever van het dienstverband van werknemer op grond van andere redenen van gewichtige aard in strijd met artikel 7:670 lid 1 BW. Beroep gegrond.

UITSPRAAK

in het geding tussen:

de heer A, wonende te B, appellant, hierna te noemen A
gemachtigde: mevrouw mr. C

en

het College van Bestuur van het D, gevestigd te B, verweerder, hierna te noemen de werkgever
gemachtigde: de heer mr. E

1. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Bij beroepschrift met bijlagen van 28 april 2014, ingekomen op 29 april 2014, heeft A beroep ingesteld tegen de beslissing van de werkgever van 31 maart 2014 om het dienstverband met hem per 1 juli 2014 te beëindigen, primair op grond van arbeidsongeschiktheid, subsidiair op grond van gewichtige redenen.

De werkgever heeft een verweerschrift met bijlagen ingediend, gedateerd 3 juni 2014, ingekomen op 4 juni 2014.

De mondelinge behandeling van het beroep vond plaats op 5 september 2014 te B.

A verscheen in persoon, vergezeld van zijn echtgenote en een vriend, en werd bijgestaan door zijn gemachtigde.



De werkgever werd vertegenwoordigd door de heer F, afdelingsmanager G College en direct leidinggevende van A, daartoe bijgestaan door de gemachtigde. A heeft een pleitnotitie overgelegd.

2. DE FEITEN

A, is sinds 2004 werkzaam bij het D in een vast dienstverband met een volledige betrekkingssomvang. A was aanvankelijk benoemd als medewerker beroepspraktijkvorming (bpv) maar is sinds 1 augustus 2007 benoemd als bve-docent.

Op de arbeidsverhouding is van toepassing de cao bve.

Van 9 maart 2001 tot en met 1 augustus 2012 had A recht op een WAO-uitkering. Deze uitkering is lange tijd niet uitbetaald vanwege de inkomsten uit arbeid van A. A was destijds arbeidsongeschikt geworden als gevolg van een herseninfarct.

Vanwege het tekort aan docenten Nederlands heeft de werkgever A met ingang van het schooljaar 2012-2013 volledig ingezet op lesgevendende taken, waarmee zijn voorheen opgedragen "buitendienst-taken" zijn komen te vervallen. A heeft hiertegen op 9 januari 2013 bezwaar gemaakt bij de interne geschillencommissie van het ROC, welke commissie op 11 maart 2013 heeft geoordeeld dat alle aan A opgedragen taken vallen binnen de functiebeschrijving van bve-docent. De commissie zag daardoor geen aanleiding de werkgever te adviseren tot aanpassing van het takenpakket van A in de vorm van het toekennen van bpv-taken.

Op 4 februari 2013 heeft A zich ziek gemeld. Vanaf 11 februari 2013 is hij voor 50% gaan werken, waarna hij zich per 25 februari 2013 volledig hersteld heeft gemeld.

Op 11 september 2013 heeft A bezwaar ingediend bij het College van Bestuur tegen een negatieve beoordeling, welk bezwaar ongegrond is verklaard.

Op 4 november 2013 heeft A zich weer ziek gemeld vanwege de toename van de in het verleden ontstane fysieke- en psychische klachten.

Op 18 december 2013 heeft A een WAO-uitkering aangevraagd.

Bij beschikking van 21 maart 2014 heeft het UWV A met ingang van 2 december 2013 een WAO-uitkering toegekend naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 100. Er is sprake van een herleefd recht op uitkering omdat A binnen 5 jaar nadat de WAO-uitkering was gestopt, weer door dezelfde oorzaak arbeidsongeschikt is geworden.

Bij beslissing van 31 maart 2014 heeft de werkgever het dienstverband met A opgezegd per 1 juli 2014, primair op grond van arbeidsongeschiktheid, subsidiair op grond van gewichtige redenen.

Met ingang van 31 maart 2014 is A voor een aantal dagdelen per week werkzaamheden gaan verrichten ten behoeve van de intake van nieuwe leerlingen. A heeft de werkgever tijdens een gesprek op 17 april 2014 aangegeven eerder dan 1 juli 2014 met deze werkzaamheden te willen stoppen. Hierop heeft de werkgever de salarisbetaling gestaakt.

Tegen de beslissing van 31 maart 2014 is het beroep gericht.

3. STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

A stelt dat het ontslag in strijd met het opzegverbod wegens ziekte heeft plaatsgevonden omdat zijn ziekte nog geen 24 maanden heeft geduurd. De werkgever mag hem voor 4 november 2015 niet ontslaan op grond van arbeidsongeschiktheid. Toekenning van een WAO-uitkering maakt dit niet anders. Daarmee is het ontslag op onjuiste gronden verleend zodat het besluit niet in stand kan blijven. Het beroep op vernietigbaarheid van het besluit is door middel van het beroepschrift gedaan. A betwist volledigheidshalve nog dat sprake is van structurele arbeidsongeschiktheid zoals de werkgever stelt.



Zo is A nooit volledig arbeidsongeschikt geoordeeld voor de functie van docent, was zijn eerdere arbeidsongeschiktheidspercentage 35-45 en is er met ingang van 4 november 2013 sprake van een nieuw ziektegeval waardoor de telling van de ziekteperiode een nieuwe aanvang neemt. Bovendien heeft A gedurende de periode 2004–2012 geen last gehad van beperkingen wegens gezondheidsproblemen. Door de combinatie van buitendienstwerkzaamheden en lesgeven kon hij zijn werkzaamheden goed volhouden. Dit werd pas anders toen hij met ingang van het schooljaar 2012-2013 volledig werd belast met lesgevendende taken. Dat de werkgever niet op de hoogte was van zijn WAO-verleden betwist A. De op zijn arbeidsongeschiktheid betrekking hebbende stukken bevinden zich in zijn personeelsdossier.

Ten aanzien van de subsidiaire ontslaggrond voert A aan dat de voornemen-procedure niet is gevolgd. Hij is niet in de gelegenheid gesteld zich tegen het voornemen te verweren zodat ook dit besluit niet in stand kan blijven. Tevens is deze ontslaggrond niet gemotiveerd. Het belang dat A heeft bij het instellen van het beroep is gelegen in het behoud van zijn volledige loon gedurende de eerste twaalf maanden van zijn arbeidsongeschiktheid, te weten aanvulling van de hem toegekende WAO-uitkering tot 100% van zijn laatstverdiende salaris.

De werkgever voert daartegen aan dat hij eerst in een bezwaarprocedure bij de interne geschillencommissie in december 2012 heeft vernomen dat A beperkt belastbaar zou zijn. Van gezondheidsperikelen noch van zijn WAO-verleden was de werkgever op de hoogte. Tevens bleek toen dat A bij zijn vorige werkgever zou zijn ontslagen op grond van ongeschiktheid voor de functie van docent. Na enkele ziekmeldingen, ontving de werkgever uit het niets een UWV-beschikking waaruit blijkt dat aan A met ingang van 2 december 2013 op eigen verzoek een volledige WAO-uitkering is toegekend. Voorts heeft A per 16 mei 2014 eenzijdig zijn werkzaamheden neergelegd. De werkgever vraagt zich af welk (proces)belang A heeft bij dit beroep gezien zijn aanvraag voor een WAO-uitkering en zijn weigering nog langer passende werkzaamheden te verrichten. Feitelijk is sprake van structurele arbeidsongeschiktheid die al langer dan 24 maanden duurt. Hoewel de cao bve niet voorziet in de specifieke situatie dat een werknemer al eerder een WAO-uitkering heeft ontvangen, zou de Commissie, analoog aan de kantonrechter, door het opzegverbod heen kunnen breken. Voor zover het ontslag niet gedragen kan worden door blijvende arbeidsongeschiktheid, is sprake van gewichtige redenen: het dienstverband is uitzichtloos en inhoudsloos geworden. Om proceseconomische redenen is het niet goed mogelijk om de primaire en subsidiaire ontslaggrond te scheiden nu tegen de eerste ontslaggrond geen zienswijze kan worden ingebracht. Bovendien is het vaste rechtspraak dat het al dan niet in de gelegenheid stellen van een zienswijze aan de rechtsgeldigheid van de opzegging niets afdoet. De werkgever meent derhalve in redelijkheid en op goede gronden het dienstverband te hebben opgezegd.

4. OVERWEGINGEN VAN DE COMMISSIE

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

De instelling is aangesloten bij deze Commissie en het beroep is gericht tegen één van de beslissingen, genoemd in artikel 4.1.5 Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) en artikel N-1 cao bve, zodat de Commissie bevoegd is van het beroep kennis te nemen.

De Commissie volgt verweerder niet in diens standpunt dat A geen belang heeft met de onderhavige procedure. A heeft onweersproken gesteld dat hij een financieel belang heeft. Aangezien het beroep binnen de daartoe geldende termijn is ingesteld, oordeelt de Commissie A ontvankelijk in zijn beroep.



De ontslagbeslissing

Het dienstverband is door de werkgever primair opgezegd op grond van arbeidsongeschiktheid (artikel H-57 onder d cao bve) en subsidiair op grond van andere redenen van gewichtige aard (artikel H-57 sub e cao bve).

Ingevolge het bepaalde in artikel H-57 onder d cao bve en artikel 20 lid 2 Ziekte- en Arbeidsongeschiktheidsregeling Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie (ZAR-BVE) kan de arbeidsovereenkomst met een werknemer op grond van blijvende arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of gebreken worden opgezegd als deze ongeschiktheid ten minste 24 maanden respectievelijk twee jaar heeft geduurd, herstel binnen zes maanden na deze 24 maanden niet is te verwachten, en er geen reële herplaatsingsmogelijkheden bij de werkgever zijn. Hierbij dient de werkgever door een zorgvuldig herplaatsingsonderzoek aan te tonen dat deze reële herplaatsingsmogelijkheden er niet zijn (artikel 20 lid 7 ZAR-BVE).

Vaststaat dat A sinds 4 november 2013 arbeidsongeschikt is. De werkgever heeft de arbeidsovereenkomst met hem opgezegd bij brief van 31 maart 2014. Op dat moment was A nog geen 24 maanden respectievelijk twee jaar onafgebroken arbeidsongeschikt zoals artikel H-57 sub d cao bve en artikel 20 lid 2 onder a ZAR-BVE voorschrijven. De arbeidsovereenkomst is zodoende voortijdig opgezegd.

Dat A eerder arbeidsongeschikt is geweest waardoor hem een WAO-uitkering is toegekend, maakt dit niet anders, omdat sprake dient te zijn van blijvende arbeidsongeschiktheid die onafgebroken twee jaar heeft geduurd. Vast staat dat de eerdere korte periode van arbeidsongeschiktheid van A is geëindigd op 25 februari 2013. Zodoende is geen sprake van een onderbreking van minder dan 4 weken als bedoeld in artikel 20 lid 4 ZAR-BVE. Dat sprake is van structurele arbeidsongeschiktheid, zoals door de werkgever gesteld, is zodoende niet juist.

Nu de arbeidsongeschiktheid niet onafgebroken twee jaar heeft geduurd, kan de werkgever niet op deze grond het dienstverband met A opzeggen.

Ten aanzien van de subsidiaire ontslaggrond overweegt de Commissie als volgt. A heeft zich beroepen op het opzegverbod wegens ziekte (artikel 7:670 lid 1 BW). Op grond van het bepaalde in artikel 7:677 lid 5 BW dient de werknemer zich binnen twee maanden bij de werkgever te beroepen op het opzegverbod tijdens ziekte. A heeft dit niet rechtstreeks gedaan maar heeft zich in zijn beroepschrift van 28 april 2014 wel beroepen op deze vernietigingsgrond. Dit beroepschrift is door de Commissie onmiddellijk doorgezonden aan de werkgever zodat deze binnen twee maanden na de opzegging kennis heeft genomen van het standpunt van de werknemer. Onder deze omstandigheid oordeelt de Commissie dat sprake is van een tijdige kennisgeving aan de werkgever in de zin van artikel 7:677 lid 5 BW.

Derhalve is de opzegging door de werkgever van het dienstverband van A op grond van andere redenen van gewichtige aard in strijd met artikel 7:670 lid 1 BW.

Nu het dienstverband voortijdig en in strijd met het opzegverbod tijdens ziekte is opgezegd, zal de Commissie het beroep gegrond verklaren. Dientengevolge kunnen de overige gronden en weren onbesproken blijven.

5. OORDEEL

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



Onderwijsgeschillen

**Commissie van Beroep
BVE**

Aldus gedaan te Utrecht op 15 oktober 2014 door mr. W.H.B. den Hartog Jager, voorzitter, drs. A.M.M. Kooij-Blok, drs. K.A. Kool, mr. D.A.M. Schilperoord en mr. M.Th. van Wel, leden, in aanwezigheid van mr. R.M. de Bekker, secretaris.

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

mr. R.M. de Bekker
secretaris