

Ontslag tijdens ziekte wegens opheffing betrekking

1. Loop van de procedure

Partijen worden hierna genoemd en

Bij beroepschrift van 28 mei 2004, op dezelfde datum door de Commissie per telefax ontvangen, is in beroep gekomen van het besluit van van 21 april 2004 om het dienstverband met met inachtneming van de voor hem geldende opzegtermijn te beëindigen per 1 september 2004. Het ontslag wordt verleend op grond van het bepaalde in artikel F2.6 lid 1 aanhef en onder c van de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het primair onderwijs (CAO).

..... heeft een hersteld beroepschrift ingediend, gedateerd 29 juni 2004 en door de Commissie per telefax ontvangen op 30 juni 2004 en per post op 1 juli 2004.

..... heeft een verweerschrift ingediend, gedateerd 1 september 2004 en op dezelfde datum door de Commissie ontvangen. Op 10 september 2004 heeft de Commissie een bijlage bij het verweerschrift ontvangen, gedateerd 9 september 2004.

De zaak is mondeling behandeld ter zitting van de Commissie van 12 november 2004. Verschenen zijn mr. en voor mr. , vergezeld van mw. , personeelsfunctionaris van

Partijen hebben ter zitting hun standpunten mondeling toegelicht, mr. aan de hand van een pleitnotitie die zij heeft overgelegd.

2. De feiten

2.1 Blijkens de akte van benoeming van 21 februari 2000, door getekend op 18 april 2000, is met ingang van 1 februari 2000 voor onbepaalde tijd benoemd tot leraar aan de R.K. Basisschool te met werktijdfactor 1,0000.

2.2 is in het kader van onderwijs in allochtone levende talen (oalt) de afgelopen jaren als leraar oalt werkzaam geweest binnen, Hij heeft geen onderwijsbevoegdheid voor het primair onderwijs en is daarom niet herplaatsbaar als groepsleraar in het basisonderwijs. Hij is evenmin in het bezit van het NT2 diploma en daardoor niet bevoegd taalondersteuning te geven.

2.3 Ter uitvoering van het in haar brief van 28 mei 2003 aan de gemeenten en schoolbesturen aangekondigde voornemen om te komen tot beëindiging van de bekostiging van oalt per 1 augustus 2004, heeft de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen (de minister) in september 2003 wetsvoorstel 29019, gedateerd 1 september 2003, ingediend bij de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel strekt tot wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra en de Wet op het voortgezet onderwijs, onder meer in verband met de beëindiging van de bekostiging van oalt. Op de datum van het ontslagbesluit was het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen.

2.4 Voordat tot beëindiging van zijn dienstbetrekking wegens opheffing van de betrekking kan worden overgegaan, dient de functie van op grond van artikel 117 van het Rechtspositiebesluit WPO/WEC eerst gedurende één schooljaar geplaatst te worden in het risicodragend deel van de formatie (het rddf) als bedoeld in artikel 110 van het Rechtspositiebesluit WPO/WEC en artikel B3 van de CAO.

2.5 Bij besluit van van 19 juni 2003 is de functie van met ingang van 1 augustus 2003 in het rddf geplaatst.

2.6 is arbeidsongeschikt wegens ziekte sedert 11 augustus 2003. Hij heeft sindsdien zijn werkzaamheden niet hervat.

2.7 Naar aanleiding van het spreekuurcontact met op 20 april 2004 heeft de bedrijfsarts aan geadviseerd tot volledige hervatting van de werkzaamheden met ingang van 21 april 2004 voor gangbare arbeid buiten zijn huidige functie.

Onder 'Opmerkingen' heeft de bedrijfsarts vermeld:

"Gelet op het feit dat zijn huidige functie voor betrokkene niet meer bestaat, acht ik hem m.i.v. 21/4-04 voor alle voorkomende gangbare arbeid arbeidsgeschikt!"

In zijn brief aan van 7 september 2004 schrijft de bedrijfsarts voor zover hier van belang:

".....Wetende dat zijn huidige functie bij tegenwoordig niet meer bestaat, ben ik van mening dat hij voor alle overige passende gangbare arbeid arbeidsgeschikt is....."

2.8 Bij besluit van 21 april 2004 heeft medegedeeld dat zij het dienstverband met hem per 1 september 2004 zal beëindigen op grond van artikel F2.6 lid 1c CAO.

2.9 Op 28 mei 2004 heeft aan UWV een deskundigenoordeel aangevraagd over zijn ongeschiktheid tot werken op 21 april 2004. Bij brief van 29 juni 2004 heeft UWV zijn oordeel gegeven:

“Op grond van de resultaten van ons onderzoek zijn wij van oordeel dat u per 21-04-2004 niet geschikt bent voor het verrichten van werk.”

Als toelichting op zijn deskundigenoordeel heeft UWV vermeld:

“Op grond van ziekte is belanghebbende niet met arbeid te belasten. Hij was dit ook niet op 21 april 2004.”

2.10 is bij brief van 28 mei 2004 in beroep gekomen van het ontslagbesluit. Het beroepschrift is door de Commissie op dezelfde datum ontvangen en op 3 juni 2004 in kopie aan toegezonden.

3. Het bestreden besluit, het beroep en het verweer

3.1 Het bestreden besluit houdt in dat zich genoodzaakt ziet het dienstverband met met inachtneming van de voor hem geldende opzegtermijn per 1 september 2004 te beëindigen.

3.2 Het beroep strekt tot gegrondverklaring daarvan. Daartoe heeft gesteld dat hij zich momenteel arbeidsongeschikt acht, ondanks dat de arboarts hem per 21 april 2004 volledig arbeidsgeschikt heeft verklaard voor gangbare arbeid buiten zijn huidige functie. Hij heeft een second opinion aangevraagd bij UWV en de verzekeringsarts heeft geoordeeld dat hij volledig arbeidsongeschikt is. heeft zich op het standpunt gesteld dat zijn dienstverband niet beëindigd mag worden in verband met een opzegverbod.

Voorts heeft aangevoerd dat niet of onvoldoende blijkt dat alternatieve fondsen heeft trachten te vinden voor het voortzetten van het oalt. Hij heeft bezwaar gemaakt tegen de manier waarop de ontslaggrond is aangevuld en de herplaatsingsmogelijkheid is beoordeeld. Ook heeft erop gewezen dat het sociaal plan voor hem bijzonder nadelige consequenties heeft, omdat het sociaal plan slechts voorziet in een aanvulling op een eventueel lager te verdienen loon. Aangezien arbeidsongeschikt is zal hij bij verlies van zijn betrekking uitsluitend aanspraak kunnen maken op een WAO-uitkering. Het sociaal plan voorziet niet in een aanvullingsregeling.

3.3 bestrijdt de vordering gemotiveerd.

4 De beoordeling

4.1 Voordat de Commissie kan beoordelen of in redelijkheid op 21 april 2004 heeft kunnen besluiten tot beëindiging van de dienstbetrekking van per 1 september 2004, terwijl het wetsontwerp op 21 april 2004 nog geen wet was geworden, en of de regels met betrekking tot het ontslag op grond van opheffing van de betrekking correct heeft toegepast, dienen eerst de volgende vragen beantwoord te worden:

- was op 21 april 2004 ongeschikt voor het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte,
- heeft tijdig, dat is binnen twee maanden, een beroep gedaan op het opzegverbod bij ziekte door kennisgeving aan de werkgever,
- maakt artikel 3 lid 3 (indertijd lid 4) aanhef en onder e van het Besluit ziekte en arbeidsongeschiktheid onderwijs- en onderzoekpersoneel (BZA) het mogelijk de arbeidsovereenkomst met tijdens diens ziekte op te zeggen wegens opheffing van de betrekking, zoals door is betoogd,
- wordt door gegrondverklaring van het beroep van het evenwicht in financieel opzicht tussen openbaar en bijzonder onderwijs zoals beoogd in artikel 23 lid 7 Grondwet (Grw) verstoord, omdat het openbaar onderwijs een zieke oalt-leerkracht wel mag ontslaan wegens opheffing van de betrekking en het bijzonder onderwijs niet,
- dient een beroep op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) te worden afgewezen met een beroep op analoge toepassing van de uitzondering die is vermeld in artikel 7:670 lid 1 aanhef en onder b BW, in het geval dat betrokkene niet in beroep is gegaan van het besluit tot rddf-plaatsing,

4.2 bestrijdt dat er sprake is van een opzegverbod. Zij verwijst daarvoor naar het oordeel van de bedrijfsarts, die per 21 april 2004 volledig arbeidsgeschikt heeft verklaard. Door UWV is, blijkens het deskundigenoordeel van 29 juni 2004, weliswaar per 21 april 2004 niet geschikt voor het

verrichten van werk verklaard, maar dit oordeel is niet bindend en wordt, zoals aangegeven onder 2.7, door de bedrijfsarts niet onderschreven.

De Commissie kan hierin niet volgen. Het opzegverbod bij ziekte heeft betrekking op de situatie dat de werknemer door ziekte verhinderd is zijn arbeid te verrichten.

..... heeft zich op het opzegverbod beroepen omdat hij zich ten tijde van het ontslagbesluit door ziekte niet in staat achtte zijn arbeid te verrichten. Hij is hierin gesteund door UWV, dat in de toelichting op zijn deskundigenoordeel van 29 juni 2004 heeft verklaard dat op grond van ziekte niet met arbeid te belasten is en dit ook niet was op 21 april 2004. Daaraan doet niet af dat de bedrijfsarts van mening was dat op 21 april 2004 wel voor alle voorkomende gangbare arbeid arbeidsgeschikt was. Nu geen verder bewijs heeft bijgebracht of aangeboden omtrent de arbeidsgeschiktheid van, gaat de Commissie ervan uit dat ten tijde van het ontslagbesluit niet in staat was zijn arbeid te verrichten wegens ziekte.

4.3 Nu het beroepschrift, waarin is vermeld dat een belangrijke grondslag voor het beroep tegen het ontslagbesluit is dat zich arbeidsongeschikt acht, op 3 juni 2004 door de Commissie aan is gezonden, wordt geacht binnen twee maanden na de opzegging de nietigheid van het ontslag te hebben ingeroepen.

4.4 De vraag of artikel 3 lid 3 (voorheen lid 4) aanhef en onder e BZA het mogelijk maakt de arbeidsovereenkomst met tijdens diens ziekte op te zeggen wegens opheffing van de betrekking, wordt door de Commissie ontkennend beantwoord. De Commissie overweegt daarbij het volgende.

4.5 Het BZA (Stb.1995, 703) is een uitvloeisel van het kabinetsbesluit van 2 juli 1993 om het overheidspersoneel onder te brengen onder de werknemersverzekeringen, het zgn. OOW-besluit, en bedoeld om de rechtspositieregelingen op het gebied van ziekte en arbeidsongeschiktheid voor de gehele onderwijssector te harmoniseren. Met het BZA is niet beoogd het totaalniveau van aanspraken ingevolge ziekte en arbeidsongeschiktheid aan te tasten.

4.6 Artikel 3 van het BZA noemt in lid 3 (voorheen lid 4) onder e de mogelijkheid van beëindiging van de dienstbetrekking op grond van gewichtige redenen, waaronder de mogelijkheid om het dienstverband te doen beëindigen in verband met de opheffing van de betrekking. Uit de woorden "waaronder de mogelijkheid" mag echter niet afgeleid worden dat die mogelijkheid ook in dit geval aanwezig is. De Commissie stelt vast dat bij de CAO niet is afgeweken van het eerste lid van artikel 7:670 BW en dat ook in het BZA, in het bijzonder in artikel 3 lid 3 onder e, niet van het eerste lid van artikel 7:670 BW wordt afgeweken. In artikel 3 BZA wordt slechts gewezen op de mogelijkheid dat bij CAO of regeling van het ontslagverbod wordt afgeweken, maar dat artikel zelf is niet een regeling als bedoeld in artikel 7:670, elfde lid, BW.

In de Nota van toelichting op het BZA is door de ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij over ontslag in verband met opheffing van de betrekking in artikel 3 lid 4 (het huidige lid 3) opgemerkt: "Wel verdient nog opmerking dat, voor wat betreft het bijzonder onderwijs, het bevoegd gezag, indien het een betrokkene tijdens ziekte en arbeidsongeschiktheid wil opzeggen, onverminderd rekening dient te houden met de opzeggingsverboden van artikel 1639h van het Burgerlijk Wetboek (BW)....."

4.7 Bij Wet van 6 juni 1996, in werking getreden op 1 april 1997, is Titel 7A van Boek 7A van het BW gewijzigd in Titel 10 van Boek 7. Artikel 1639h BW is vervangen door artikel 7:670 BW.

4.8 Uit hetgeen is overwogen bij 4.5 en 4.6 blijkt dat het BZA niet heeft beoogd voor het personeel in het bijzonder onderwijs af te wijken van artikel 7: 670 lid 1 van het BW.

De Commissie is daarom van oordeel dat de arbeidsovereenkomst met niet op 21 april 2004 had mogen worden opgezegd wegens opheffing van de betrekking, omdat hij toen ongeschikt was tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte en zijn ziekte nog geen twee jaar had geduurd.

4.9 Voor wat betreft het beroep dat heeft gedaan op het in artikel 23 lid 7 Grondwet beoogde evenwicht in de bekostiging van openbaar en bijzonder onderwijs, wijst de Commissie erop dat de werkgever ten behoeve van dat evenwicht in de CAO had kunnen afwijken van artikel 7:670 lid 1 BW, maar dat niet heeft gedaan.

Hetzelfde geldt voor de door bepleite analoge toepassing van artikel 7:670 lid 1 aanhef en onder b op de rddf-plaatsing die vooraf dient te gaan aan een ontslag wegens opheffing van de betrekking.

Ook hier had werkgever de mogelijkheid bij CAO af te wijken en heeft hij van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

4.10 Het beroep van dient daarom gegrond te worden verklaard. De Commissie komt niet toe aan de beantwoording van de vraag of in redelijkheid het besluit tot opheffing van de betrekking van heeft kunnen nemen.

5. De beslissing

De Commissie verklaart het beroep van gegrond.

Deze beslissing is gewezen te Utrecht op 12 november 2004 door mr. E.S.M.Weterings-Zeegers, voorzitter, mr. R.A.C.van Rossum, J.J.H. Dezaire, W. Stoop, mr. L.A.S. Boersen, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.B.G.Derks, secretaris.