

## **Ontslag tijdens ziekte**

....., wonende te ....., appellant, gemachtigde: eerst mr. ....., advocaat te ....., thans mw. mr. ....., senior jurist van de Algemene Onderwijsbond te Utrecht,

tegen

....., gevestigd te ....., verweerster, gemachtigde: mw. mr. .... van Dyade Dienstverlening Onderwijs te Amsterdam.

### **1. Loop van de procedure**

Partijen worden hierna genoemd ..... en de Stichting.

Bij beroepschrift van 1 juni 2004, door de Commissie ontvangen op 2 juni 2004, is ..... in beroep gekomen van het besluit van de Stichting van 28 april 2004 om de functie van oalt-leraar per 1 augustus 2004 op te heffen en ..... per heden voor zijn betrekking met werktijdfactor 1,0000 ontslag aan te zeggen.

..... heeft een hersteld beroepschrift ingediend, gedateerd 16 juni 2004 en op 17 juni 2004 door de Commissie ontvangen.

Op 9 juni 2004 heeft de Commissie per telefax een voorlopig bezwaarschrift met datum 9 juni 2004 en op 5 juli 2004 per telefax een aanvullend bezwaarschrift met datum 5 juli 2004 ontvangen, beide van mr. .... voornoemd.

In een telefoongesprek van 9 juli 2004, op dezelfde datum door de Commissie schriftelijk aan alle betrokkenen bevestigd, heeft mr. .... voornoemd bericht dat mr. .... en zij in onderling overleg hebben besloten dat zij in het vervolg als gemachtigde van ..... zal optreden.

De Stichting heeft een verweerschrift ingediend, gedateerd 9 september 2004 en op 13 september 2004 door de Commissie ontvangen.

De zaak is mondeling behandeld ter zitting van de Commissie op 26 november 2004. Verschenen zijn ....., bijgestaan door mr. .... en voor de Stichting mr. .... voornoemd, vergezeld van mw. ...., personeelsfunctionaris van de Stichting.

Partijen hebben ter zitting hun standpunten mondeling toegelicht, beiden aan de hand van pleitnotities die aan de Commissie zijn overgelegd.

### **2. De feiten**

2.1 Blijkens de akte van benoeming van 22 juni 1999, door ..... getekend op 26 augustus 1999, is ..... met ingang van 1 augustus 1999 voor onbepaalde tijd benoemd tot leraar onderwijs in allochtone levende talen (oalt) voor Marokkaanse leerlingen aan de Basisschool ..... te ..... met werktijdfactor 1,0000.

2.2 ..... is bevoegd oalt-leraar en sinds 1 augustus 1985 als zodanig in dienst bij eerst de gemeente ..... en aansluitend vanaf 1 augustus 1999 bij de Stichting. Hij heeft geen onderwijsbevoegdheid voor het primair onderwijs en is daarom niet herplaatsbaar als groepsleraar in het basisonderwijs.

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 Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het primair onderwijs (CAO).

2.5 Bij besluit van de Stichting van 2 juli 2003 is de functie van ..... met ingang van 1 augustus 2003 in het rddf geplaatst.

2.6 ..... is arbeidsongeschikt wegens ziekte sedert 7 november 2003. Hij heeft sindsdien zijn werkzaamheden niet hervat.

2.7 Naar aanleiding van het spreekuurcontact met ..... op 24 mei 2004 heeft de bedrijfsarts in haar werkhervattingsadvies aan de Stichting bericht bij datum aanvang verzuim: 7 november 2003 en bij mate van arbeidsgeschiktheid voor de functie/betrekking: 0,0% arbeidsgeschikt vanaf 24 mei 2004.

Onder 'Toelichting' heeft de bedrijfsarts vermeld:

"Ik acht betrokkene thans nog arbeidsongeschikt voor eigen werk als gevolg van ziekte.

Advies:

Tot einde schooljaar richten op outplacement traject, voorzover haalbaar.

Geen verdere begeleiding door bedrijfsarts, aangezien er geen reïntegratie meer zal kunnen plaatsvinden in eigen of ander passend werk. Aangezien ik niet verwacht dat betrokkene per einde dienstverband arbeidsgeschikt zal zijn, dient betrokkene door de werkgever ziek uit dienst te worden gemeld bij UWV."

2.8 De Stichting heeft ..... op 28 april 2004 ontslag aangezegd. Bij brief van 1 juni 2004 aan de Stichting heeft mr. .... namens ..... de nietigheid van het ontslag ingeroepen onder verwijzing naar artikel 7:670 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

### **3. Het bestreden besluit, het beroep en het verweer**

3.1 Het bestreden besluit houdt in dat de Stichting als gevolg van het besluit van de minister genoodzaakt is de functie van oalt-leraar per 1 augustus 2004 op te heffen en ..... per heden voor zijn betrekking met werktijdfactor 1,0000 ontslag aan te zeggen. De ontslagdatum is 1 augustus 2004.

3.2 Het beroep strekt tot gegrondverklaring daarvan. Daartoe heeft ..... gesteld dat hij ziek is en dat zijn ziekte nog geen 24 maanden heeft geduurd. Hij beroept zich daarom op de nietigheid van het ontslag ex artikel 7:670 BW.

Voorts heeft ..... aangevoerd dat hij door zijn ziekte geen gebruik heeft kunnen maken van outplacement of omscholing en zich niet op de arbeidsmarkt heeft kunnen oriënteren.

..... is van mening dat het ontslag niet zorgvuldig tot stand is gekomen. De Stichting heeft zijn aanmelding voor een cursus taalondersteuning niet gehonoreerd, omdat zij van mening was dat hij eerst een coachingstraject zou moeten volgen. Nu blijkt echter dat (slechts) die oalt-leraren die de cursus taalondersteuning gevolgd hebben, in aanmerking komen voor herbenoeming als klassenassistent.

3.3 De Stichting bestrijdt de vordering gemotiveerd.

### **4 De beoordeling**

4.1 Voordat de Commissie kan beoordelen of de Stichting in redelijkheid op 28 april 2004 heeft kunnen besluiten tot beëindiging van de dienstbetrekking van ..... per 1 augustus 2004, terwijl het wetsontwerp op 28 april 2004 nog geen wet was geworden, en of de Stichting 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:

- maakt artikel 7: 670b tweede lid BW, zoals door de Stichting is betoogd, het mogelijk de arbeidsovereenkomst met ..... tijdens diens ziekte op te zeggen wegens opheffing van de betrekking;
- biedt het Besluit ziekte en arbeidsongeschiktheid onderwijs- en onderzoekpersoneel (BZA) in artikel 3 lid 3 onder e de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst met ..... tijdens diens ziekte op te zeggen wegens opheffing van de betrekking, zoals door de Stichting ter zitting is betoogd;
- kan er, indien hier niet van wordt uitgegaan, sprake zijn van rechtsongelijkheid tussen het openbaar en bijzonder onderwijs en kan de wetgever dit verschil in rechtspositie niet hebben beoogd.

4.2 De Stichting bestrijdt niet dat ..... wegens ziekte ongeschikt is om zijn werk te verrichten. Zij heeft evenwel aangevoerd dat artikel 7:670b lid 2 BW een uitzondering vormt op het opzegverbod bij ziekte ex artikel 7:670 lid 1 BW, in die zin dat het opzegverbod bij ziekte niet van toepassing is als de

opzegging geschiedt wegens beëindiging van de werkzaamheden van een onderneming of van een onderdeel van de onderneming waar de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. De Stichting heeft verwezen naar de wetsgeschiedenis van dit artikel, waaruit blijkt dat met deze uitzondering niet wordt bedoeld het opheffen van de arbeidsplaats van de werknemer. Indien echter het gehele oalt wordt opgeheven, kan naar de mening van de Stichting niet gesteld worden dat hier sprake is van de arbeidsplaats van de werknemer. Het betreft immers honderden arbeidsplaatsen. Kennelijk beschouwt de Stichting het oalt als een onderdeel van haar onderwijsinstelling. De Commissie kan de Stichting hierin niet volgen. Het oalt was een door het Rijk gefinancierde onderwijsactiviteit die plaatsvond buiten het reguliere onderwijs en waarvoor binnen haar structurele formatie geen bekostiging mogelijk was, zoals de Stichting heeft aangegeven in haar verweerschrift. Het wegvallen van deze onderwijsactiviteit kan daarom niet gelijk gesteld worden aan het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming of het onderdeel van de onderneming, waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Zoals de Stichting al heeft aangegeven, is het verminderen van activiteiten of het opheffen van de arbeidsplaats van de werknemer geen uitzondering als bedoeld in het tweede lid van artikel 7:670b BW (Kamerstukken II 1997/1998, 25 263, nr.3, p. 29).

4.3 Ter zitting heeft de Stichting zich eveneens beroepen op artikel 3 lid 3 onder e BZA, welk artikel het opzeggen van de arbeidsovereenkomst tijdens ziekte mogelijk zou maken, als de opzegging geschiedt wegens opheffing van de betrekking, waarbij artikel 3 lid 3 BZA gebruik maakt van de mogelijkheid tot afwijken van 7:670 lid 1 BW, die het negende lid van dat artikel biedt. De Commissie merkt allereerst op dat het door de Stichting genoemde lid 9 van artikel 7:670 BW thans lid 11 van dat artikel is.

4.4 Ook hierin kan de Commissie de Stichting niet volgen. 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 is 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.

4.5 Artikel 3 van het BZA noemt in lid 3 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 3 (indertijd lid 4) 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)...."

4.6 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.

4.7 Uit hetgeen is overwogen bij 4.4 en 4.5 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.

4.8 Voor wat betreft de rechtsongelijkheid en het verschil in rechtspositie tussen het openbaar en bijzonder onderwijs die zouden ontstaan als in het bijzonder onderwijs opzegging wegens opheffing van de betrekking tijdens ziekte niet mogelijk zou zijn, wijst de Commissie erop dat de werkgever ten behoeve van dat verschil in de CAO had kunnen afwijken van artikel 7:670 lid 1 BW, maar dat niet heeft gedaan.

4.9 De Commissie is van oordeel dat de arbeidsovereenkomst met ..... niet op 28 april 2004 had mogen worden opgezegd wegens opheffing van de betrekking, omdat hij toen ongeschikt was tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte.

Het beroep van ..... dient daarom gegrond te worden verklaard. De Commissie komt niet toe aan de beantwoording van de vraag of de Stichting 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 26 november 2004 door mr. E.S.M.Weterings-Zeegers, voorzitter, J.J.H. Dezaire, W. Stoop en mr. L.A.S. Boersen, leden, mr. M.E.I. Beudeker, plaatsvervangend lid, en in tegenwoordigheid van mr. C.B.G.Derks, secretaris.