

Ontslag wegens weigering de op grond van de arbeidsovereenkomst te verrichten werkzaamheden uit te voeren

I. ONTSTAAN EN LOOP VAN DE PROCEDURE

Bij schrijven van 20 februari 2004 is verzoekster het besluit van het college van bestuur van verweerster meegedeeld de arbeidsovereenkomst met haar op te zeggen op grond van artikel H-50 sub a jo. H57 sub a tegen 1 juni 2004.

Bij beroepschrift van 29 maart 2004, ingekomen 30 maart 2004, met bijlagen komt verzoekster in beroep tegen voormeld besluit van verweerster.

Op 14 april 2004 zend verzoekster een aanvullend beroepschrift met bijlagen in.

Bij verweerschrift met bijlagen van 11 mei 2004 voert verweerster verweer tegen het ingesteld beroep.

De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgevonden te Eindhoven ter zitting van 2 juli 2004.

Ter zitting zijn verschenen: verzoekster in persoon, bijgestaan door haar gemachtigde, en van de zijde van verweerster de heer, bijgestaan door haar gemachtigde.

Ter zitting hebben partijen de kwestie nader toegelicht, de gemachtigde van verzoekster aan de hand van pleitaantekeningen, en hebben partijen vragen van de Commissie beantwoord.

De inhoud van voormelde processtukken geldt als hier herhaald en ingelast.

II. DE VASTSTAANDE FEITEN

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend en voorts blijkend uit de niet weersproken inhoud van bijlagen, met name het vonnis van de kantonrechter, staan tussen partijen de volgende feiten vast.

- a) is op 1 januari 1986 bij verweerster in dienst getreden. Laatstelijk heeft zij de functie vervuld van BVE-kaderdocent gedurende gemiddeld 6 uur per week.
- b) In januari 2002 is verzoekster door verweerster aangesproken op haar functioneren. In het bijzonder na door in december 2001 door BVE-deelnemers jegens verzoekster geuite klachten en is verzoekster voorgehouden dat haar functioneren dient te verbeteren bij gebrek waarvan haar dienstverband zal moeten worden beëindigd
- c) Half januari 2002 heeft verzoekster haar werkzaamheden voor verweerster wegens ziekte gestaakt. Medio mei 2002 is verzoekster door de bedrijfsarts weer arbeidsgeschikt geacht. Verzoekster heeft het werk daarop niet hervat.
- d) Bij brief van 13 maart 2002 is door verweerster aan verzoekster bericht dat zij -samengevat -niet accepteert dat verzoekster ieder overleg uit de weg gaat en daarmee handelt in strijd met de adviezen van de bedrijfsarts, zodat zij vanwege verzoeksters opstelling met onmiddellijke ingang de salarisbetaling aan haar opschort.
- e) Naar aanleiding van een bezoek op 25 april 2002 bericht de Arbo Unie: *"Mijn advies is en blijft ga met elkaar het gesprek aan. Ze is in principe arbeidsgeschikt, maar de zaak moet wel rond! De situatie is namelijk ziekmakend. Datum volgend consult/herbezoek: in principe niet nodig, jullie moeten het samen oplossen."*
- f) Na overleg tussen de raadslieden van partijen heeft verweerster bij brief van 16 mei 2002 bericht dat zij op korte termijn de salarisbetaling zal hervatten en *"Tevens komen partijen met hun raadslieden binnen afzienbare termijn bijeen om te bezien onder welke voorwaarden continuering dan wel beëindiging van het dienstverband voor beiden aanvaardbaar is"*.
- g) Bij brief van 18 oktober 2002 is namens verweerster het volgende aan (de gemachtigde van) verzoekster bericht: *"Cliënt ziet twee mogelijkheden om uit de impasse te geraken. De eerste is dat uw cliënt haar werkzaamheden binnen weer hervat. Dat zal dan gezien de ervaringen uit het verleden, gepaard moeten gaan met een intensief begeleidingstraject. De tweede optie is dat partijen alsnog tot een beëindiging van de arbeidsrelatie komen. Deze optie heeft de voorkeur van cliënt terwijl deze uw cliënt ook ruimte biedt zich meer toe te leggen op haar eigen bedrijf. Namens cliënt doe ik u(w cliënt) thans het volgende voorstel:*
 - *De arbeidsovereenkomst wordt in onderling overleg per 1 december 2002 beëindigd;*
 - *Uw cliënt heeft c.q. maakt geen aanspraak op enige ontslaguitkering;*
 - *Cliënt betaalt aan uw cliënt een bedrag van € 9.000.- bruto, ter compensatie van gederfde inkomsten.**Graag verneem ik van u of vorenstand voostel basis is voor een minnelijke regeling".*
- h) Bij brief van 13 november 2002 heeft de gemachtigde van verzoekster aan de gemachtigde van verweerster bericht: *"Uw voorstel heb ik met cliënt besproken, Het voorstel wordt als veel te mager ervaren"*.

- i) Bij faxbericht van 13 december 2002 is namens verweerster aan de gemachtigde van verzoekster het navolgende bericht; *"Naar aanleiding van uw brief van 13 november jl. hadden wij 21 november jl. contact. Daarin deelde ik u mede het -gegeven de voorgeschiedenis- onaanvaardbaar te vinden dat u volstaat met een enkele afwijzing van het aanbod U zegde toe binnen twee weken met een tegenvoorstel te komen. Ik constateer dat die twee weken inmiddels verstreken zijn, en dat u niet heeft gereageerd. Namens cliënt bericht ik u dat de loondoorbetaling zal worden gestaakt (met ingang van de maand december) indien u mij niet uiterlijk 19 december a.s. bericht dat uw cliënte alsnog instemt met het aanbod van 18 oktober jl. cq alsnog met een reëel tegenvoorstel komt.(..)."*
- j) Bij brief van 19 februari 2003 is namens verzoekster aanspraak gemaakt op doorbetaling van salaris. In die brief is verder onder meer vermeld: *"(..) Zoals bekend is zij gewoon beschikbaar voor het werk, maar niet opgeroepen. De reden daarvoor is dat zij destijds vrijgesteld is van het werk met behoud van beloning. (..)."*
- k) Bij brief van 24 februari 2003 is namens verweerster aan de gemachtigde van verzoekster onder meer bericht: *"Anders dan u thans stelt. heeft uw cliënte zich nimmer beschikbaar gehouden voor haar werk, terwijl zij ook nimmer is vrijgesteld van haar arbeidsplicht. Indertijd is aangegeven dat zij de keuze had tussen het wezenlijk beter gaan functioneren, of te komen tot een beëindiging van de arbeidsrelatie. In het kader van deze laatste optie is daarop verder gesproken, maar dat traject strandde met uw enkele afwijzing van het laatste voorstel van cliënt. Het moet duidelijk zijn dat uw cliënte niet in de positie is gewoon maar 'achterover te leunen' onderwijl om niet het salaris doorbetaald te krijgen. Mag ik thans op korte termijn van u een serieus tegenvoorstel tegemoet zien? "*
- l) Op 28 mei 2003 heeft de kantonrechter te als voorzieningenrechter uitspraak gedaan op vordering van verzoekster. Verzoekster vroeg betaling van het salaris vanaf 1 december 2002. De kantonrechter heeft ondermeer overwogen:

Tussen partijen is allereerst in geschil het antwoord op de vraag of gehouden is om het salaris van na 1 december 2002 door te betalen zoals aanvoert en betwist. Voorshands moet die vraag ontkennend worden beantwoord.

Vaststaat immers dat de bedrijfsarts medio mei 2003 arbeidsgeschikt heeft beoordeeld Dit betekent dat in beginsel van kon worden verlangd dat zij uit eigener beweging haar werk voor zou hervatten, bij gebreke waarvan zij, overeenkomstig de in artikel 7:627 BW vervatte hoofdregel van "geen arbeid geen loon.", geen aanspraak heeft op doorbetaling van haar salaris. Gelet op het bovenstaande is daarmee al onjuist het standpunt van dat haar (expliciet) voor het verrichten van haar arbeid bad moeten oproepen bij gebreke waarvan op plicht tot loondoorbetaling kwam te rusten.

Anders dan veronderstelt kan naar het oordeel van de kantonrechter evenmin worden volgehouden dat op enig moment -expliciet dan wel impliciet -heeft vrijgesteld van haar werkzaamheden met behoud van haar salaris.

De in de visie van weinig coöperatieve houding van was immers al aanleiding om de loonbetaling per april 2002 op te schorten. op welke opschorting in mei 2002 is teruggekomen toen zich tussen partijen een werkelijk overleg over werkhervatting dan wel beëindiging leek af te tekenen. Uit de correspondentie blijkt dat werkhervatting ook nimmer heeft uitgesloten en zulks nogmaals bij brief van 18 oktober 2002 als één van de twee opties aan heeft voorgelegd. heeft vervolgens - bij het uitblijven van een inhoudelijke reactie c.q. tegenvoorstel - nog eens gewaarschuwd voor de gevolgen van haar passieve houding. Tegen die achtergrond kan dan ook bezwaarlijk worden volgehouden dat uit het enkele feit dat het salaris tot en met november 2002 heeft betaald, volgt dat door van haar arbeidsplicht was vrijgesteld dan wel dat die doorbetaling aan kan worden tegengeworpen.

Verder ~ het door aangevoerde conflict over haar functioneren evenmin worden aangemerkt als een oorzaak van verhindering die in redelijkheid voor rekening van als werkgever dient te komen. Als uitgangpunt heeft immers te gelden dat een werkgever het recht heeft om het functioneren van haar werknemers te beoordelen en haar visie daaromtrent -met inachtneming van de beginselen van goed werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:611 BW -aan de betrokken werknemer voor te leggen. Voor een conclusie dat ter zake van het door haar aan voorleggen van haar visie buiten de grenzen van goed werkgeverschap is getreden, zijn geen dragende feiten of omstandigheden gesteld of gebleken.

III. Het ontslag

Bij schrijven van 20 februari 2004 wordt het volgende besluit met motivering (voorzover van belang) meegedeeld.

“Nu er van uw zijde vanaf de datum van dit vonnis een volledige radiostilte is geweest en uit niets is gebleken dat de veronderstelling uit het vonnis onjuist bleek te zijn, kunnen wij niet anders concluderen dan dat u sinds mei 2002 weigert de op grond van de arbeidsovereenkomst te verrichten werkzaamheden uit te voeren. Uw plichtsverzuim is daarmee een feit.

Gezien het vorenstaande concludeer ik dat uw stelling dat klachten met betrekking tot het niet-functioneren nooit met u zijn besproken onjuist is, nu u tot op de dag van vandaag op iedere wijze een inhoudelijk gesprek over de arbeidsrelatie heeft geweigerd. Met betrekking tot uw stelling dat u het werken onmogelijk heeft gemaakt, concludeer ik dat juist van het tegengestelde sprake is: zelfs nadat de rechtbank, sector kanton aan had genomen dat bij u de werkelijke bereidheid tot hervatting van uw werkzaamheden ontbrak, heeft u geen enkele poging gedaan om deze veronderstelling te ontcrachten. Sterker nog: door vanaf mei 2003 niets meer van u te laten horen, heeft u deze veronderstelling juist bekrachtigd.

Besluit

Wij hebben dan ook besloten om de arbeidsovereenkomst met u op grond van art. H-50 sub a jo. H 57 sub a met inachtneming van een opzegtermijn van 3 maanden tegen 1 juni 2004 met u op te zeggen en wij doen dit middels deze brief.

De reden voor deze opzegging is gelegen in het feit dat u vanaf mei 2002 weigerachtig bent geweest om de op grond van de arbeidsovereenkomst te verrichten werkzaamheden uit te voeren en daardoor plichtsverzuim pleegt.

Beroep

Tegen dit besluit tot schriftelijke berisping kunt u in beroep gaan bij de Commissie van Beroep Confessioneel BVE, Postbus 1177. 5602 BD Eindhoven. U dient uw beroep schriftelijk in te stellen binnen een termijn van 6 weken na dagtekening van deze brief.”

IV. Het oordeel van de Commissie

Ter zitting is voldoende gebleken dat de zinsnede “tegen dit besluit tot berisping” een verschrijving inhoudt voor de zinsnede “tegen dit besluit tot ontslag”.

In het ontslagschrijven zijn door verweerster een aantal feiten en omstandigheden aangevoerd uit de jaren 1996 tot en met 2001 daarbij aangevend: *“dat in uw personeelsdossier in ieder geval de volgende feiten omtrent uw niet-functioneren zijn gedocumenteerd”* De Commissie laat deze feiten en omstandigheden buiten de beoordeling, immers het ontslag is gebaseerd op de stelling: *“dat u sinds mei 2002 weigert de op grond van de arbeidsovereenkomst te verrichten werkzaamheden uit te voeren. Uw plichtsverzuim is daarmee een feit”*

De Arbo Unie heeft na bezoek op 25 april 2002 bericht dat verzoekster arbeidsgeschikt is. Verzoekster is dus medisch geschikt (en niet situatief arbeidsongeschikt). Het is dan verzoekster die zich dient te melden bij verweerster (hetgeen de kantonrechter ook heeft aangenomen). Zoals uit de vaststaande feiten blijkt heeft verzoekster zich niet gemeld. Ook het overleg dat tussen partijen was gestart heeft door toedoen van verzoekster niet tot resultaat geleid. Verzoekster heeft een volledig passieve houding aangenomen (zij stelt tevergeefs te hebben gewacht op toezending van een rooster).

De Commissie kan dan ook tot geen andere conclusie komen dat het beroep ongegrond is.

V. Beslissing

De Commissie van Beroep voor het Confessioneel Middelbaar Beroepsonderwijs,

Rechtdoende:

Verklaart het beroep ongegrond.

Deze beslissing is genomen te Eindhoven op 2 juli 2004 door mr. A.F.M. Schrickx, voorzitter, G. Deijs, mr. dr. B.J. van der Net, mr A.A.S.M. Aerden en C.B.M. Evers, leden, in tegenwoordigheid van mr H.P.G. van Eupen, secretaris.