

Ontslag na tijdelijk dienstverband (bindend advies)

1. Ontstaan en loop van het geding

Bij brief van 1 oktober 2008, bij de commissie ingekomen op 3 oktober 2008, heeft appellant bezwaar gemaakt tegen een beslissing van verweerster zoals vermeld in een brief van verweerster van 22 augustus 2008, waarin de arbeidsovereenkomst met appellant met ingang van 1 december 2008 wordt opgezegd. Van appellant is een aanvullend beroepschrift ontvangen. Verweerster heeft een verweerschrift ingediend. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht. Partijen hebben vastgesteld dat verweerster niet aangesloten is bij de Commissie. Aansluiting bij de Commissie is voor een instelling als verweerster ook niet voorgeschreven, aangezien artikel 52 van de Wet op het Voortgezet Onderwijs (WVO), of soortgelijke bepalingen van andere onderwijswetten, niet op verweerster van toepassing zijn. Bovendien is aansluiting ook niet mogelijk, aangezien de commissie ingevolge artikel 53 van de WVO haar werkring slechts uitstrekt over (bijzondere) scholen. Om deze reden hebben partijen gezamenlijk aan de commissie verzocht in de zaak een bindend advies te geven ten aanzien van de vraag of het beroep gegrond is dan wel ongegrond, met welk verzoek de commissie heeft ingestemd. De zaak is op 15 december 2008 te Eindhoven door de commissie behandeld. Appellant was daarbij aanwezig, bijgestaan door zijn gemachtigde, Verweerster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en door, bestuurder van de Stichting

2. De feiten

Verweerster is op 24 november 2006 als rechtspersoon opgericht door een aantal in de regio samenwerkende onderwijsinstellingen met als doel het ten behoeve van de scholen in de regio uitvoeren van reboundvoorzieningen in, en, Appellant is met ingang van 1 december 2006 met verweerster een arbeidsovereenkomst aangegaan in tijdelijke dienst tot 1 december 2007 in de functie van medewerker rebound. Aan appellant is een benoemingsakte uitgereikt, waarin onder meer is aangegeven dat op deze arbeidsovereenkomst de vigerende CAO Voortgezet Onderwijs van toepassing is, inclusief alle aanvullingen en wijzigingen, die deze CAO ondergaat. Appellant heeft blijkens zijn ondertekening van de akte de benoeming onder deze voorwaarden aanvaard. Met ingang van 1 december 2007 is de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden voortgezet voor een gelijke periode, derhalve tot 1 december 2008. In het eerste jaar van het dienstverband van appellant zijn er twijfels gerezen aan het functioneren van appellant. Een op 23 november 2007 voorgenomen gesprek hierover is niet doorgegaan wegens ziekmelding door appellant op 15 november 2007. Na deze datum is appellant wegens ziekte onafgebroken ongeschikt gebleven zijn werkzaamheden voor verweerster te verrichten.

Bij brief van 22 augustus 2008 heeft verweerster de arbeidsovereenkomst met appellant opgezegd ingaande 1 december 2008. Als reden daarvoor heeft verweerster aangegeven dat appellant er na 1 december 2007 niet in geslaagd was zijn geschiktheid en bekwaamheid voor de door hem beklede functie alsnog aan te tonen. Terzake van dit ontslag heeft appellant zich tot de Commissie gewend. Begin december is aan appellant een ontslagakte terzake van het ontslag per 1 december 2008 toegezonden. Bij schrijven van 9 december 2008 heeft appellant zich eveneens terzake van deze ontslagakte tot de Commissie gewend.

3. De standpunten van partijen

Appellant heeft, kort samengevat, het navolgende aan zijn beroep ten grondslag gelegd. Appellant staat op het standpunt dat de CAO VO als zodanig op de arbeidsovereenkomst met verweerster van toepassing is. In elk geval is de inhoud van deze CAO door partijen van toepassing verklaard. Appellant stelt dat hem in strijd met de CAO VO in 2006 een tijdelijke benoeming is gegeven; aangezien de daarvoor in de benoemingsakte opgegeven grond: projectformatie, zich niet voordoet, moet appellant geacht worden in vaste dienst te zijn aangesteld. Voort heeft appellant betoogd dat het ontslag gegeven is in strijd met de daarvoor in de CAO VO opgenomen voorschriften. Er doen zich geen van de ontslaggronden van artikel 4.a.5. van de CAO VO voor. Er is geen gelegenheid gegeven tot verweer als bedoeld in artikel 4.a.8. van de CAO VO. Er is onvoldoende door verweerster ondernomen om appellant te re-integreren in arbeid, waarbij gewezen wordt op een terzake door Uvw gegeven deskundigenoordeel. Tenslotte wordt door appellant gesteld dat het ontslag in strijd is met het opzegverbod tijdens ziekte, bedoeld in artikel 7:670 Burgerlijk Wetboek (BW).

Verweerster heeft tegen de door appellant aangevoerde gronden verweer gevoerd, waarop hierna voor zover nodig zal worden teruggekomen.

4. Overwegingen

4.1. De Commissie is van oordeel dat de CAO VO niet rechtstreeks op de arbeidsovereenkomst tussen partijen van toepassing is. De CAO VO is aan werkgeverszijde afgesloten door de VO-Raad, de organisatie van en voor schoolbesturen en scholen in het voortgezet onderwijs. Verweerster is geen schoolbestuur en evenmin is gesteld of gebleken dat verweerster lid is van de VO-Raad. Lid van de VO-Raad kunnen slechts zijn rechtspersonen, die één of meer scholen voor voortgezet onderwijs in stand houden. Verweerster houdt geen school voor voortgezet onderwijs in stand. Voorts is in de Algemene Bepalingen van de CAO VO bepaald dat onder werkgever wordt verstaan de rechtspersoon die, of het bestuursorgaan dat het bevoegd gezag vormt over een of meer instellingen, zijnde een school voor voortgezet onderwijs of een centrale dienst. De reboundvoorziening, die verweerster in stand houdt is geen school voor voortgezet onderwijs, noch een centrale dienst. De arbeidsverhouding tussen partijen wordt derhalve beheerst door het civiele arbeidsrecht (Boek 7, Titel 10 van het BW) en, voor zover niet is strijd met dwingend recht, door hetgeen partijen verder met elkaar zijn overeengekomen.

4.2. Nu de CAO VO niet rechtstreeks op de arbeidsverhouding van toepassing is, zijn de bepalingen daarvan slechts van toepassing, omdat zij door partijen op grond van wederzijdse wilsovereenstemming zijn gecontracteerd. Evenals partijen mogen overeenkomen dat –bepalingen van- de CAO VO op hun rechtsverhouding van toepassing zijn, zo mogen partijen daarin ook bedingen opnemen, die daarvan afwijken.

Nu partijen blijkens de door beiden ondertekende akte van benoeming met ingang van 1 december 2006 een tijdelijke arbeidsovereenkomst hebben gesloten, hetgeen hen vrij stond, kan de stelling van appelland dat op grond van de CAO VO van meet af aan een arbeidsovereenkomst in vaste dienst moet worden aangenomen, niet worden gevolgd. Zo het op grond van de CAO VO al niet mogelijk zou zijn in het geval als het onderhavige een tijdelijke aanstelling te verlenen, dan konden partijen, die niet aan deze CAO gebonden waren, dit volledig rechtsgeldig in afwijking daarvan overeenkomen.

Nu de tijdelijke arbeidsovereenkomst na afloop daarvan is voortgezet, zonder dat de gevolgen daarvan uitdrukkelijk geregeld waren, is er ook in de periode van 1 december 2007 tot 1 december 2008 weer sprake van een tijdelijk dienstverband.

De commissie is derhalve van oordeel dat het ontslag dat gegeven is per 1 december 2008 moet worden beoordeeld als een ontslag uit een verlengd tijdelijk dienstverband tegen het einde van de bepaalde tijd.

4.3. De commissie stelt met verweerster vast dat de opsomming van de opzeggingsgronden in artikel 4.a.5 van de CAO VO slechts ziet op een ontslag uit vaste dienst, dan wel een tussentijds ontslag uit een tijdelijk dienstverband. Dit geldt eveneens voor de verweerprocedure, voorgeschreven in artikel 4.a.8. van de CAO. De hierop betrekking hebbende beroepsgronden van appelland moeten derhalve worden verworpen.

4.4.1. Met betrekking tot de door appelland aangevoerde grond dat het ontslag is gegeven tijdens ziekte, en dus in strijd met het desbetreffende opzegverbod van artikel 7:670, eerste lid van het BW, overweegt de Commissie als volgt.

Volgens het achtste lid van artikel 7:670 BW kan van het in het eerste lid opgenomen opzegverbod slechts worden afgeweken bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan. Dit betekent dat partijen bij het sluiten van een individuele arbeidsovereenkomst geen bepaling mogen overeenkomen waarmee van het opzegverbod wordt afgeweken. Vanzelfsprekend kan zo'n afwijking dan ook niet door individuele partijen worden overeengekomen door een dergelijke bepaling in het arbeidscontract op te nemen middels verwijzing naar een –niet rechtstreeks van toepassing zijnde- bepaling van een CAO. Hieruit volgt de conclusie dat verweerster er zich niet op kan beroepen dat in artikel 4.a.1., vierde lid van de CAO VO, is bepaald dat de opzegverboden van artikel 7:670, leden 1 en 3, niet van toepassing zijn.

4.4.2. In artikel 7:677, vijfde lid van het BW is bepaald dat het niet in acht nemen van de desbetreffende opzegverboden de werkgever niet schadelijkt maakt. De werknemer kan in die gevallen gedurende twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een beroep doen op de vernietigingsgrond. Het beroep op de vernietigingsgrond geschiedt door kennisgeving aan de werkgever.

De Commissie heeft vastgesteld dat een dergelijke kennisgeving aan verweerster niet heeft plaatsgevonden. Het indienen van een beroepschrift bij de Commissie kan niet als zodanig gelden; de kennisgeving moet tijdig aan de werkgever zelf worden gedaan.

De Commissie is derhalve van oordeel dat, hoewel wegens strijd met het opzegverbod tijdens ziekte sprake was van een vernietigbare opzegging, de opzegging van de arbeidsovereenkomst thans als rechtsgeldig moet worden beschouwd. Om deze reden ziet de Commissie in het handelen door verweerster in strijd met het opzegverbod van artikel 7:670, eerste lid BW, nu geen reden om het beroep gegrond te oordelen.

4.5. Met betrekking tot hetgeen partijen hebben aangevoerd omtrent de grond voor het gegeven ontslag overweegt de Commissie als volgt.

Zoals hiervoor onder 4.3. reeds is opgemerkt behoeft het ontslag uit een tijdelijk dienstverband tegen het einde van de bepaalde tijd niet te berusten op een van de in artikel 4.a.5. van de CAO VO genoemde gronden voor opzegging. De opzegging kan in dit geval worden gedaan op elke redelijke grond.

4.5.1. Verweerster heeft de opzegging hierop gebaseerd dat er gedurende het eerste jaar van het dienstverband reeds gereede twijfel bestond aan het functioneren van appellant en dat, nu appellant na 15 november 2007 wegens ziekte niet meer heeft kunnen werken, die twijfel nog steeds bestaat en appellant er niet in geslaagd is zijn geschiktheid en bekwaamheid voor de door hem beklede functie alsnog aan te tonen. Verweerster heeft daarom onvoldoende vertrouwen in de toekomst van het dienstverband en vindt een voortzetting daarvan niet verantwoord.

Door appellant is niet weersproken dat er in oktober 2007 een functioneringsgesprek is gehouden, waarin is aangegeven dat zijn functioneren niet optimaal was. Verdere besprekingen over appellants functioneren zijn verder achterwege gebleven vanwege zijn ziekmelding.

De Commissie is van oordeel dat, nu er ook in het tweede jaar van appellants dienstverband geen enkel zicht kon worden verkregen op de geschiktheid van appellant voor zijn functie en hervatting daarin ook niet op korte termijn kon worden verwacht, het niet als onredelijk kan worden aangemerkt dat verweerster geen verlenging van het dienstverband voor bepaalde of onbepaalde tijd meer wenste.

4.5.2. Door appellant is met name aangevoerd dat de opzegging wel onredelijk was, aangezien verweerster ernstig in gebreke was gebleven om vorm te geven aan zijn re-integratie, zodat verweerster hem niet mocht tegenwerpen dat hij zijn bekwaamheid en geschiktheid voor de functie niet heeft getoond.

De commissie volgt appellant hierin niet. Weliswaar heeft appellant gesteld dat zijn standpunt terzake ook wordt onderschreven door een deskundigenoordeel van Uvw, doch dat - niet als gedingstuk in de procedure ingebrachte- oordeel is volgens de daarop betrekking hebbende regelgeving niet beslissend voor het oordeel van de instantie, die het ontslag dient te toetsen, in dit geval dus niet voor dat van de commissie. Daarnaast blijkt uit door verweerster in het geding gebrachte briefwisseling met appellant en een gedeelte van een opgemaakt re-integratieverslag dat, in elk geval in het laatste half jaar van het dienstverband, re-integratie bij Rebound door de bedrijfsarts niet zinvol werd geacht, dat appellant onvoldoende heeft meegewerkt aan overleg om tot een vorm van re-integratie te komen en ook, blijkbaar in verband met zijn gezondheid, geweigerd heeft hem in dat verband aangeboden passend werk elders te aanvaarden.

4.5.3. De Commissie is op bovenstaande gronden tot het oordeel gekomen dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door verweerster op een redelijke grond berust.

4.6. Tenslotte merkt de Commissie nog op dat de uitgereikte Akte van Ontslag slechts een schriftelijke vastlegging betreft van het einde van het dienstverband en dat daaraan naast het ontslagbesluit geen zelfstandige betekenis toekomt. Er zijn ook geen andere gronden tegen aangevoerd dan die welke tegen het ontslag zelf zijn gericht en die hiervoor door de Commissie zijn besproken.

4.7.

Op grond van het voorgaande en gelet op hetgeen partijen aan de Commissie hebben verzocht is de Commissie gekomen tot het volgende oordeel.

5. Beoordeling

De Commissie voornoemd:

Oordeelt het beroep ongegrond.

Dit oordeel is gegeven in Eindhoven op 21 januari 2008 door mr. H.P.H. van Griensven, voorzitter, mr. A.A.M. Mollee en F.A.J. van Moorsel, leden, in tegenwoordigheid van G.H. Gerritsen, secretaris.