

ARTIKEL

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

I. van der Helm

1 Inleiding

De werkgever die de arbeidsovereenkomst wil opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid, heeft daarvoor toestemming nodig van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) (artikel 7:671a lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)). Indien bij cao een onafhankelijke commissie is aangewezen, vraagt de werkgever bij bedrijfseconomische redenen deze commissie om toestemming voor de opzegging te verlenen in plaats van het UWV (artikel 7:671a lid 2 BW). Als de toestemming door het UWV of de cao-ontslagcommissie wordt geweigerd, kan de werkgever een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indienen (artikel 7:671b lid 1 sub b BW). In het geval dat de toestemming wel is verleend en de werkgever heeft opgezegd, kan de werknemer, indien deze meent dat de toestemming tot ontslag ten onrechte is verleend, een verzoek bij de kantonrechter instellen tot herstel van de arbeidsovereenkomst (artikel 7:682 lid 1 sub a BW). De kantonrechter zal in beide genoemde verzoeken beoordelen of de grond voor ontslag zich voordoet en zal in wezen de voorgaande toestemmingsprocedure van het UWV of de cao-ontslagcommissie 'overdoen'. De vraag kan zich voordoen hoe het staat met de rechtsbescherming in geval van procedurele gebreken bij de toestemmingsprocedure. Deze vraag kan relevant zijn, aangezien blijkens beoordelingen door de Nationale ombudsman van klachten over de UWV-procedure er soms procedurele gebreken kleven aan het besluit zelf of de procedure tot de toestemming van het ontslag. Een voorbeeld is een geval waarbij het UWV ondanks een volledige aanvraag de werkgever verschillende vragen stelde voordat het de aanvraag in behandeling nam. In dit geval oordeelde de ombudsman dat enkele procedurele beginselen waren geschonden, zoals het voorkomen van de schijn van partijdigheid en fair play. Daarom was er in deze procedure geen sprake van procedurele rechtvaardigheid.¹ In deze zaak had de beslissing van het UWV dat er een bedrijfseconomische noodzaak was voor het ontslag, gezien de uitvoerige beoordeling van de feiten, op zichzelf redelijk kunnen zijn. Desalniettemin waren er essentiële procedurele beginselen geschonden. In een verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst zou de werknemer

1 Rapport Nom 2014/064, 23 juni 2014, AB 2014/347.

I. van der Helm

weinig kans maken, aangezien daar de bedrijfseconomisch noodzaak wordt getoetst. Is er wel een andere mogelijkheid om een actie te ondernemen wegens deze normschending?

Centraal in dit artikel staat de waarborging van procedurele rechtvaardigheid bij de toestemmingsprocedure.² Het gaat dan allereerst om de vraag welke procedurele beginselen van toepassing zijn bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie. En in de tweede plaats is het de vraag op welke wijze wordt voorzien in rechtsbeschermingsmogelijkheden ten aanzien van de naleving van deze beginselen. Dus welke consequenties een schending van procedurele beginselen heeft en of er juridische actiemogelijkheden beschikbaar zijn om daartegen op te komen.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 komen de procedure en de procedurele beginselen bij de UWV-procedure aan bod. Vervolgens worden in paragraaf 3 de procedure en de procedurele beginselen bij de cao-ontslagcommissie besproken. In paragraaf 4 zal de rechtsbescherming ten aanzien van de naleving van procedurele beginselen behandeld worden. Ten slotte volgen in paragraaf 5 de conclusies en aanbevelingen.

2 De procedure en de procedurele beginselen bij het UWV

2.1 De procedure bij het UWV

Allereerst volgt een beschrijving van de procedure bij het UWV, waarbij wordt verwezen naar de huidige Regeling UWV Ontslagprocedure, geldend per 1 juli 2015.³ De opzet van het tot voorheen geldende Ontslagbesluit is niet gewijzigd. De toestemmingsprocedure bij het UWV bestaat uit twee fasen. Allereerst vindt de feitenverzameling plaats en daarna de besluitvorming.

De fase van de feitenverzameling gaat als volgt. De procedure start met de aanvraag van de werkgever door middel van een ingevuld formulier om toestemming te verlenen voor opzegging van de werknemer(s) (artikel 2). Na ontvangst van de aanvraag beoordeelt het UWV of de aanvraag volledig is. Dat wil zeggen of de verstrekte gegevens en bescheiden voldoende zijn voor een beoordeling voor de toestemming. Als de aanvraag niet volledig is, krijgt de werkgever de gelegenheid om deze aanvraag aan te vullen binnen acht dagen na mededeling hiervan door het

- 2 De term 'procedurele rechtvaardigheid' wordt gebruikt voor de rechtvaardigheidsbeleving van procespartijen over de procedure. Zie o.a. A.F.M. Brenninkmeijer, K. Van den Bosch & E. Röell, *Procedurele rechtvaardigheid*, RM Themis 2012, 4, p. 178-181. Aangezien de naleving van procedurele beginselen bijdragen aan en samenhangen met de rechtvaardigheidsbeleving van partijen, meen ik dat de toepasselijkheid en naleving van procedurele beginselen onder het begrip procedurele rechtvaardigheid gebracht kunnen worden. In dit artikel hanteer ik de term 'procedurele rechtvaardigheid' in normatieve zin vanuit het oogpunt van de toepasselijkheid en naleving van de procedurele beginselen.
- 3 Regeling van de minister van SZW van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst (Regeling UWV ontslagprocedure, Stcrt. 2015, 12688).

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

UWV (artikel 3). Na ontvangst van een volledig verzoek doet het UWV de werknemer hiervan mededeling en stelt het de werknemer met gebruikmaking van een formulier in de gelegenheid om binnen veertien dagen na de mededeling verweer te voeren (artikel 4 lid 1). Na het verweer van de werknemer is een tweede ronde van hoor en wederhoor eventueel mogelijk. Er kan een tweede ronde van hoor en wederhoor plaatsvinden als het UWV dit noodzakelijk acht. Dit gebeurt als het UWV nog niet voldoende informatie heeft of als er naar aanleiding van de door de werkgever en de werknemer verschaft informatie opheldering noodzakelijk is. Er is dus nadere informatie nodig om tot een beslissing te kunnen komen. Na ontvangst van het verweer kan het UWV in dat geval achtereenvolgens de werkgever en de werknemer in de gelegenheid stellen om binnen zeven dagen nogmaals hun zienswijze naar voren te brengen (artikel 4 lid 2). Eerst krijgt de werkgever gelegenheid te reageren op het verweer van de werknemer en daarna mag de werknemer daarop reageren.

Als het in de procedure door partijen gewisselde hiertoe aanleiding geeft, kan het UWV de werkgever of de werknemer verzoeken aanvullende gegevens of bescheiden te verstrekken. Het UWV kan de andere partij (dan die de gegevens heeft verstrekt) in de gelegenheid stellen te reageren op de door die andere partij verstrekte aanvullende gegevens of bescheiden (artikel 4 lid 5).

Nadat het UWV alle feiten heeft verzameld die noodzakelijk zijn om een beslissing te kunnen nemen, vangt de fase van besluitvorming aan. In het geval het verzoek tot toestemming betrekking heeft op een opzegging vanwege bedrijfseconomische redenen, kan het UWV het verzoek voorleggen aan een ontslagadviescommissie (artikel 6). Advies vragen van een ontslagadviescommissie is dus een mogelijkheid, maar geen verplichting. Het UWV vraagt om advies in situaties waarin onduidelijkheid is over de toepassing van regels of in situaties waarin (sector)specifieke kennis, waarover de leden van de commissie in hun hoedanigheid beschikken, noodzakelijk is voor het kunnen beoordelen van het verzoek. De behandelend medewerker van het UWV neemt na ontvangst van het advies een beslissing op het verzoek om toestemming te verlenen.

De inrichting en werkwijze van de ontslagadviescommissie is nader geregeld in het Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015.⁴ Er zijn voor de procedure bij de advisering enkele beginselen geformuleerd om een onpartijdige advisering en vertrouwelijke behandeling van de gegevens te waarborgen. Een lid van de commissie adviseert onafhankelijk en zonder last of ruggespraak (artikel 4 lid 5). En dit lid heeft een geheimhoudingsplicht (artikel 4 lid 6). Om de (schijn van) voorin genomenheid en om (de schijn van) belangenverstrengeling te voorkomen is er een verschoningsrecht opgenomen voor de leden van de commissie.⁵ Een lid van de commissie adviseert daarom niet in een zaak waarbij hij op enigerlei wijze betrokken is of geweest is. Om onafhankelijkheid te waarborgen verstrekt een lid

4 Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015, Besluit van het UWV van 18 augustus 2015, Stcrt. 2015, 27412.

5 Toelichting bij artikel 13 Reglement ontslagadviescommissie UWV 2015, Stcrt. 2015, 27412.

I. van der Helm

aan het UWV gegevens over zijn functie(s) om te kunnen zien of er in bepaalde gevallen mogelijke betrokkenheid is bij een bepaalde zaak (artikel 13 lid 1).

2.2 *De procedurele beginselen bij de UWV-procedure*

2.2.1 *Vereisten van behoorlijkheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

De inhoud en de toepassing van de procedurele beginselen bij de procedure bij het UWV zijn onderzocht aan de hand van dertig onderzoeksrapporten van de Nationale ombudsman over een periode van tien jaar (2005-2014).⁶ Daarbij is onderzocht welke behoorlijkheidsnormen een rol spelen en hoe deze geïnterpreteerd worden door de Nationale ombudsman. Dit geeft meer duidelijkheid over de procedurele beginselen.

Uit deze rapporten zijn zeven vereisten af te leiden waaraan getoetst wordt. Deze vereisten betreffen de wijze van besluitvorming en het nemen van de beslissing. Deze vereisten zijn de volgende:

- redelijkheidsbeginsel;
- vereiste van actieve en adequate informatievoorziening/vereiste goede voorbereiding;
- vereiste van hoor en wederhoor;
- vereiste van fair play;
- beginsel van onpartijdigheid/verbod van vooringenomenheid;
- vereiste van voortvarendheid;
- Motiveringsvereiste.

De behoorlijkheidsvereisten waaraan de Nationale ombudsman toetst, komen overeen met al dan niet in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hoewel de ombudsman niet aan het recht toetst, spelen deze rechtsbeginselen een rol bij de beoordeling op behoorlijk overheidshandelen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur dienen, evenals de bepalingen uit de Awb over besluitvorming door het UWV, in acht genomen te worden. Er kan bij deze beginselen een onderscheid worden gemaakt tussen de formele en de materiële beginselen. Formele beginselen hebben betrekking op de voorbereiding, de besluitvorming en de inrichting van het besluit. De materiële beginselen betreffen de inhoud van het besluit en zijn bepalend voor het rechtsgevolg van het besluit.⁷ Bij de bespreking van de behoorlijkheidsvereisten van de ombudsman zal vermeld worden met welke, al dan niet in de Awb neergelegde, algemene beginselen van behoorlijk bestuur deze corresponderen.

2.2.2 *Redelijkheidsbeginsel*

Het redelijkheidsbeginsel houdt in dat het bestuursorgaan de belangen van partijen afweegt en de uitkomst redelijk is. Onderzocht wordt of het orgaan op basis

6 De bestudeerde rapporten zijn afkomstig uit het digitale archief van de Nationale ombudsman: www.nationaleombudsman.nl.

7 W. Konijnenbelt, 'Beginselen van behoorlijk bestuur. Formele en materiële beginselen', in: Hoofdstukken van Bestuursrecht, hoofdstuk 7, Kennisbank Bestuursrecht.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

van de verstrekte en verkregen informatie in redelijkheid heeft kunnen komen tot deze beslissing. Daarbij wordt beoordeeld of er een juiste inhoudelijke beslissing genomen is en op de juiste gronden een vergunning verleend dan wel geweigerd is. Dit behoorlijksvereiste komt overeen met een formeel en een materieel beginsel van behoorlijk bestuur. Het formele beginsel is het gebod van een belangenafweging. Dat houdt in dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt (artikel 3:4 lid 1 Awb). Het materiële beginsel is het evenredigheidsbeginsel. Het betreft een gebod voor een evenredige-belangenafweging; de gevolgen van het besluit mogen voor een partij niet onevenredig zijn met het besluit te dienen doelen (artikel 3:4 lid 2 Awb). Het betreft hier een materieel beginsel, omdat het betrekking heeft op de inhoudelijke afweging en de uiteindelijke inhoud van het besluit.

Het redelijkheidsbeginsel speelde in zeven rapporten, waarbij in vier van de gevallen er sprake was van schending. De gevallen waar het beginsel was geschonden, betroffen onder meer de volgende soort situaties. In één geval was er strijd met het redelijkheidsbeginsel omdat het afspiegelingsbeginsel niet goed was toegepast door het UWV. Er bestond in dat geval onduidelijkheid of twijfel over de vraag of landelijk dan wel regionaal afgespiegeld moest worden.⁸ Het UWV had niet aan de verzwaarde motiveringsplicht voldaan en had niet in redelijkheid tot de conclusie kunnen komen dat er landelijk afgespiegeld moet worden. In een ander geval was het redelijkheidsbeginsel geschonden omdat het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI, thans UWV), gezien de feiten, een ontslagvergunning had moeten verlenen. De functies waren immers, in tegenstelling tot hetgeen het CWI oordeelde, niet uitwisselbaar. Het CWI had daarom niet in redelijkheid tot de conclusie kunnen komen dat de functies uitwisselbaar waren. Omdat het CWI een onjuiste beoordeling had gemaakt, was het redelijkheidsbeginsel geschonden.⁹ Aangezien de werknemer een korter dienstverband had dan een andere werknemer, had de vergunning niet geweigerd mogen worden. In weer een ander geval was het redelijkheidsbeginsel geschonden omdat het CWI het beroep van de uitzendwerkgever op de hardheidsclausule om de werknemer buiten de toepassing van het anciënniteitsbeginsel te houden, ten onrechte had afgewezen. Het CWI had van de uitzendwerkgever niet mogen verlangen druk uit te oefenen op het inlenend bedrijf om de werknemer uit te wisselen met een andere werknemer.¹⁰

Situaties waarin het redelijkheidsbeginsel niet was geschonden, betroffen gevallen waar het UWV op basis van de verstrekte en verkregen informatie in redelijkheid tot die beslissing had kunnen komen.¹¹

2.2.3 Actieve en adequate informatievoorziening/vereiste goede voorbereiding

Het vereiste van actieve en adequate informatievoorziening hangt samen met het vereiste van een goede voorbereiding. Het is een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het vereiste houdt in dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding

8 Rapport Nom 2013/096, 8 augustus 2013.

9 Rapport Nom 2005/087, 24 maart 2005.

10 Rapport Nom 2007/170, 17 augustus 2007.

11 Rapport Nom 2014/060, 30 juli 2014; Rapport Nom 2012/073, 2 mei 2012.

I. van der Helm

van het besluit de relevante informatie moet verwerven.¹² Dit betekent dat het bestuursorgaan zich dient te overtuigen van de juistheid van de informatie waarop de beslissing wordt gebaseerd. Bij twijfel dient het bestuursorgaan nadere informatie op te vragen.¹³

Dit behoorlijksvereiste is het in de Awb opgenomen beginsel van behoorlijk bestuur van zorgvuldige voorbereiding van het besluit (artikel 3:2 Awb). Het wordt aangemerkt als het formeel zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁴

Dit beginsel speelde in veertien onderzoeksrapporten, waarbij er in twee gevallen geen schending was. In die twee gevallen ging het om situaties waarin het UWV voldoende informatie bij de werkgever en werknemer had ingewonnen om op basis daarvan de beslissing te kunnen nemen. In deze gevallen was de beslissing daarom goed voorbereid.¹⁵

Schending van het beginsel van actieve en adequate informatievoorziening/goede voorbereiding was aan de orde in twaalf van de dertig bestudeerde rapporten. Opmerkelijk is dat in de bestudeerde uitspraken dit beginsel relatief vaak geschonden is. De Nationale ombudsman stelt blijkens de rapportages over de klachtbehandeling hoge eisen aan de mate van voorbereiding van de besluitvorming door het bestuursorgaan. De uitspraken kunnen worden onderverdeeld in verschillende categorieën.

De eerste categorie betreft de situatie dat het CWI of het UWV gewoon onvoldoende informatie had om tot de beslissing te komen. Het bestuursorgaan had daarom meer informatie moeten inwinnen bij de werkgever om de in de beslissing opgenomen conclusie te kunnen trekken. Dat was bijvoorbeeld het geval in een situatie dat op basis van de overlegde gegevens niet de conclusie getrokken had kunnen worden dat er een bedrijfseconomische noodzaak was voor het ontslag.¹⁶ In een ander geval had het CWI meer informatie moeten verzamelen over de vraag waarom er geen uitwisselbare functies waren en het anciënniteitsbeginsel door de werkgever juist was toegepast.¹⁷ Hiervan was ook sprake in een andere zaak. Daar oordeelde de ombudsman dat het UWV op basis van de aanwezige stukken en de gewisselde argumenten in redelijkheid niet had kunnen concluderen dat er sprake was van niet-uitwisselbare functies en dat het daarom in redelijkheid (nog) niet tot vergunningverlening had mogen overgaan. Het UWV had de werkgever moeten vragen de gestelde functieverzwaring te concretiseren. Door dit na te laten was het UWV tekortgeschoten op het punt van informatieverwerking.¹⁸

Een tweede categorie betreft de situatie dat het bestuursorgaan meer informatie had moeten opvragen naar aanleiding van het verweer van de werknemer. In een

12 Rapport Nom 2008/002, 11 januari 2008.

13 Rapport Nom 2007/066, 17 april 2007.

14 W. Konijnenbelt, *Zorgvuldige voorbereiding in: Hoofdstukken van Bestuursrecht*, hoofdstuk 7, Kennisbank Bestuursrecht.

15 Rapport Nom 2014/060, 30 juli 2014; Rapport Nom 2014/068, 3 juli 2014.

16 Rapport Nom 2005/370, 2 december 2005.

17 Rapport Nom 2006/350, 16 oktober 2006.

18 Rapport Nom 2011/350, 29 november 2011.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

geval van een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen had het CWI van de werkgever een nadere reactie moeten vragen over de stelling van de werknemer dat er geen sprake was van uitwisselbare functies, want de werknemer had dit voldoende betwist.¹⁹ In een andere situatie van een ontslag om bedrijfseconomische redenen had de werknemer als verweer gevoerd dat de werkgever het anciënniteitsbeginsel verkeerd had toegepast. Er waren immers na hem nog andere personen met dezelfde functie aangenomen en hij kon in andere ploegen worden ingezet. Gelet op dit verweer, had het CWI bij de werkgever nadere informatie moeten opvragen en had het niet zonder meer op basis van de door de werkgever verstrekte informatie mogen beslissen.²⁰

Een derde categorie betreft de situatie dat het bestuursorgaan meer informatie had moeten geven aan de werkgever die de vergunning aanvraag. Een voorbeeld is het geval dat vergunningen geweigerd waren omdat de werkgever het anciënniteitsbeginsel verkeerd had toegepast. De werkgever stelde het afspiegelingsbeginsel te willen toepassen. Er was volgens de ombudsman geen reden voor het CWI om ervan uit te gaan dat de werkgever niet had gekozen voor het afspiegelingsbeginsel. Als het CWI van mening was dat dit niet had gemogen, had het daar duidelijkheid over moeten geven.²¹

2.2.4 Hoor en wederhoor

Het vereiste van hoor en wederhoor houdt in dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een handeling of beslissing betrokkenen die daarbij een belang hebben, in staat stelt te worden gehoord.²² Dit vereiste komt deels overeen met het in de Awb neergelegde verdedigingsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur. De aanvrager moet in de gelegenheid gesteld worden zijn zienswijze te geven voordat het bestuursorgaan de aanvraag afwijst (artikel 4:7 Awb).²³ Een andere belanghebbende moet in de gelegenheid gesteld worden zijn zienswijze te geven als deze naar verwachting bedenkingen zal hebben bij het afgeven van de beschikking (artikel 4:8 Awb).²⁴ De hoorplicht is bedoeld om in het kader van de voorbereidingsprocedure de zorgvuldigheid van de feitenvaststelling te waarborgen. In die zin is de behoorlijkheidsnorm van hoor en wederhoor van de ombudsman ruimer dan de hoorplicht in de Awb. De behoorlijkheidsnorm van de ombudsman strekt er immers toe dat de betrokkenen op elkaars stellingnamen moeten kunnen reageren en hun visie over de feiten moeten kunnen presenteren aan het bestuursorgaan dat de beslissing neemt.

19 Rapport Nom 2007/066, 17 april 2007.

20 Rapport Nom 2006/007, 13 januari 2006.

21 Rapport Nom 2005/196, 7 juli 2005.

22 Rapport Nom 2005/370, 2 december 2005.

23 De hoorplicht ex artikel 4:7 Awb geldt indien (a) de afwijzing zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de aanvrager betreffen, en (b) die gegevens afwijken van gegevens die de aanvrager zelf ter zake heeft verstrekt (artikel 4:7 lid 1 Awb). Er zijn verder enkele uitzonderingen op de hoorplicht (artikelen 4:11-4:12 Awb).

24 De hoorplicht ex artikel 4:8 Awb geldt indien (a) de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en (b) die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt (artikel 4:8 lid 1 Awb). Verder zijn er nog enkele uitzonderingen op de hoorplicht (artikelen 4:11-4:12 Awb).

I. van der Helm

In zeven van de bestudeerde rapporten speelde het behoorlijkheidsbeginsel van hoor en wederhoor. In twee daarvan was er geen schending en in vijf gevallen wel. In de gevallen dat er sprake was van een schending ging het om de volgende situaties. In rapport Nom 2005/370²⁵ oordeelde de ombudsman dat op basis van door de werkgever verstrekte informatie het CWI niet zonder meer tot de conclusie kon komen dat er sprake was van een bedrijfseconomische noodzaak waardoor de werkgever genoodzaakt was de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Daarom had het CWI het verweer van de werknemer voor moeten leggen aan de werkgever dan wel de werkgever moeten verzoeken een nadere onderbouwing te vragen. In rapport Nom 2005/371²⁶ oordeelde de ombudsman dat het CWI op basis van door de werkgever overlegde stukken niet tot de conclusie had kunnen komen dat er sprake was van zodanige structurele werkvermindering dat ontslag noodzakelijk zou zijn. Het CWI had uit eigen beweging of naar aanleiding van het verweer van de werknemer nadere stukken moeten opvragen en een tweede ronde moeten inlassen. In rapport Nom 2007/170²⁷ oordeelde de ombudsman dat het beginsel van hoor en wederhoor ook betrekking heeft op de gegevens die gebruikt en vermeld worden in de beslissing waarop hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. Het beginsel houdt namelijk in dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van het besluit een selectie maakt van de gegevens die door hoor en wederhoor zijn verkregen en alleen die gegevens vermeldt in het besluit waarom hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden. Dat was in dit geval niet gebeurd; er was een gegeven opgenomen waarop de werkgever niet had kunnen reageren.

2.2.5 *Fair play*

Het behoorlijkheidsvereiste van fair play houdt in dat het bestuursorgaan de burger de mogelijkheid moet geven zijn procedurele kansen te benutten. Deze behoorlijkheidsnorm is het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van fair play. Dit is een ongeschreven beginsel, dat voortvloeit uit de jurisprudentie.²⁸ In twee onderzoeksrapporten oordeelde de ombudsman dat dit beginsel was geschonden.

In onderzoeksrapport Nom 2014/064²⁹ oordeelde de ombudsman dat het beginsel van fair play meebrengt dat de overheid zorgt voor een eerlijke gang van zaken. Dat betekent volgens de ombudsman dat er in een ontslagprocedure een zeker evenwicht dient te bestaan in de wijze waarop en de mate waarin beide partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun standpunten naar voren te brengen. Dit beginsel was geschonden omdat de werkgever, ondanks een uitvoerige aanvraag, verschillende keren door het UWV was bevraagd, waarna de aanvraag in behandeling werd genomen en in één ronde werd afgehandeld. Er had volgens de ombudsman een tweede ronde gehouden moeten worden, zodat ook de werkne-

25 Rapport Nom 2005/370, 2 december 2005.

26 Rapport Nom 2005/371, 2 december 2005.

27 Rapport Nom 2007/170, 17 augustus 2007.

28 W. Konijnenbelt, Beslistermijn en fair play, in: Hoofdstukken van Bestuursrecht, hoofdstuk 7, Kennisbank Bestuursrecht.

29 Rapport Nom 2014/064, 23 juni 2014, AB 2014/347.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

mers hun standpunten daarop konden weergeven. In een eerlijke procedure hadden eventueel nog resterende vragen en het verweer van de werknemers in een tweede ronde van hoor en wederhoor meegewogen kunnen worden.

In rapport Nom 2007/191 oordeelde de ombudsman dat het fair-playbeginsel ook geschonden is als er een belemmering is om de proceskansen te benutten.³⁰ In dit geval betrof het een situatie waarin de werknemers, voor wie een ontslagvergunning was aangevraagd, niet van tevoren waren geïnformeerd over een bedrijfsbezoek van het CWI aan de werkgever. De werknemers namen hiervan pas kennis in de beschikking. De betrokken werknemers hadden tijdens het bezoek daarom niet de gelegenheid gehad informatie te geven over de werkzaamheden op de verschillende afdelingen en konden ook niet reageren op wat daarover door de werkgever en andere werknemers was gezegd. Volgens de ombudsman waren zij daarom beperkt in hun mogelijkheden om verweer te voeren.

2.2.6 *Onpartijdigheid, verbod van vooringenomenheid*

Het verbod van vooringenomenheid houdt in dat het bestuursorgaan zich actief dient op te stellen om elke vorm van een vooropgezette mening of de schijn van partijdigheid te vermijden.³¹ Dit behoorlijksvereiste komt overeen met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur van het verbod van vooringenomenheid. In de Awb is dit beginsel neergelegd en bepaald dat het bestuursorgaan zijn taak vervult zonder vooringenomenheid. Het waakt ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende personen of die daarvoor werkzaam zijn die een persoonlijk belang hebben bij een besluit, de besluitvorming beïnvloeden (artikel 2:4 Awb).

In vijf van de bestudeerde rapporten werd uitdrukkelijk getoetst aan dit beginsel. In één daarvan was er geen schending en in vier andere wel. In onderzoeksrapport Nom 2005/371³² oordeelde de ombudsman dat het verbod van vooringenomenheid niet was geschonden. Het feit dat het CWI op basis van de stukken niet tot de conclusie had kunnen komen dat het ontslag noodzakelijk was en het feit dat de beschikking niet voldoende gemotiveerd was, waren onvoldoende om te kunnen concluderen dat de schijn van partijdigheid was gewekt.

In een viertal andere rapporten was er wel sprake van schending van dit beginsel. In rapport Nom 2007/033 bracht de ombudsman een onderscheid aan in de toetsing van het verbod van vooringenomenheid.³³ Of er sprake is van handelen in strijd met dit beginsel wordt beoordeeld aan de hand van een toets die tweeledig is. Ten eerste is er een subjectieve toetsing. Dat houdt in dat wordt bezien of er sprake is van subjectieve partijdigheid. Het betreft de vraag of het bestuursorgaan daadwerkelijk partijdig of vooringenomen is. Ten tweede is er een objectieve toetsing van het beginsel. Deze houdt in of objectief gezien de vrees gerechtvaardigd kan zijn van vooringenomenheid. In dit rapport was er geen subjectieve vooringenomenheid, maar wel een objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid. Een medewerker van het CWI had contact gehad met de werkgever om informatie te

30 Rapport Nom 2007/191, 10 september 2007.

31 Rapport Nom 2005/371, 2 december 2005.

32 Rapport Nom 2005/371, 2 december 2005.

33 Rapport Nom 2007/033, 16 februari 2007, JAR 2007/95.

I. van der Helm

geven over het ontslag. Deze medewerker was niet betrokken bij de behandeling van de ontslagaanvraag. De werkgever had de aanvraag wel aan deze medewerker gericht en die had als nevenfunctie betrokkenheid bij toezichtinstanties van de werkgever. In rapport Nom 2008/110³⁴ was gehandeld met het verbod van vooringenomenheid omdat het CWI de argumenten van de werkgever letterlijk had overgenomen in de beschikking. Verder had het CWI aan de door de werkgever over de werknemer genoemde gedragingen een eigen interpretatie gegeven. De ombudsman vermeldde dat elke vorm van een vooropgezette mening of de schijn van partijdigheid voorkomen dient te worden. Daarom had het CWI in de motivering van zijn beslissing neutrale bewoordingen moeten kiezen en niet als vaststaand dienen te presenteren wat feitelijk niet was komen vast te staan. In rapport Nom 2014/064³⁵ had het UWV de schijn van partijdigheid gewekt doordat het de werkgever ondanks een uitvoerige aanvraag verschillende keren had bevraagd voordat het de aanvraag in behandeling nam en in één ronde afhandelde. Door het uitvoerig bevragen van de werkgever in de voorfase en het niet inlassen van een tweede ronde van hoor en wederhoor was de schijn van partijdigheid gewekt dat het UWV de werkgever van dienst wilde zijn.

2.2.7 Voortvarendheid

Het vereiste van voortvarendheid houdt in dat bestuursorganen slagvaardig en met voldoende snelheid optreden. De Awb bevat beslistermijnen. Indien in een bijzondere wet geen beslistermijn is opgenomen, geldt een redelijke termijn. Deze termijn is maximaal acht weken en als deze niet kan worden gehaald, wordt een kennisgeving verstuurd waarin een zo kort mogelijke termijn wordt genoemd waarin betrokkene de beslissing tegemoet kan zien (artikelen 4:13 en 4:14 Awb). Voor de toestemmingverlening door het UWV zijn de Awb-beslistermijnen relevant, omdat voor de procedure bij het UWV geen beslistermijnen zijn geregeld.

Het behoorlijkheidsvereiste houdt onder meer in dat het UWV binnen een redelijke termijn een beslissing neemt. In twee rapporten werd schending van dit beginsel aangenomen. In onderzoeksrapport Nom 2005/087³⁶ was er sprake van schending van dit beginsel. In dit geval was zowel de streeftermijn voor de behandeling van vier tot zes weken als de Awb-termijn overschreden, waardoor het CWI onvoldoende het belang van de werkgever in het oog had gehouden en niet het vereiste van voortvarendheid in acht had genomen.

2.2.8 Motiveringsvereiste

Het motiveringsvereiste ofwel het motiveringsbeginsel houdt in dat duidelijk gemotiveerd is waarom er een bedrijfseconomische noodzaak is of dat duidelijk de redenen worden aangegeven waarom deze werknemer voor ontslag in aanmerking komt. Dit motiveringsvereiste komt overeen met het in de Awb gecodificeerde beginsel van een draagkrachtige en kenbare motivering. Daarin is bepaald

34 Rapport Nom 2008/110, 27 juni 2008, JAR 2008/190.

35 Rapport Nom 2014/064, 23 juni 2014, AB 2014/347.

36 Rapport Nom 2005/087, 24 maart 2005.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

dat het besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering die in het besluit wordt opgenomen (artikelen 3:46 en 3:47 Awb).

Opmerkelijk is dat in een relatief groot gedeelte van de bestudeerde uitspraken dit beginsel is geschonden. Er was sprake van schending in elf van de dertig bestudeerde rapporten. Er kan om verschillende redenen sprake zijn van een motiveringsgebrek. Het ging onder meer om de volgende soort situaties. Er was in één geval bijvoorbeeld niet aangegeven waarom het ontslag noodzakelijk was.³⁷ Of het had beter gemotiveerd moeten worden dat er geen herstel van de dienstbetrekking mogelijk was.³⁸ In een ander geval bleek uit de beslissing niet waarop het oordeel dat er geen herplaatsingsmogelijkheden waren, was gebaseerd.³⁹ Het kan ook zijn dat uit de informatie niet volgde dat er sprake was van uitwisselbare functies.⁴⁰ Of uit de beslissing bleek niet waarom voor de toepassing van het anciënniteitsbeginsel diende te worden uitgegaan van een bepaalde gekozen functie.⁴¹ Verder kan het ook zijn dat wat betreft de feiten niet het standpunt van de werknemer is betrokken. Er was schending van het beginsel in een geval dat in de motivering uitsluitend werd verwezen naar de door de werkgever overlegde stukken.⁴² Ook kan er sprake zijn van een motiveringsgebrek omdat een nader onderzoek en meer informatie nodig waren voor een te nemen beslissing. Zo oordeelde de ombudsman dat de beslissing onvoldoende gemotiveerd was omdat niet zonder nader onderzoek een beslissing genomen had mogen worden.⁴³

3 De procedure en de procedurele beginselen bij de cao-ontslagcommissie

3.1 *Regeling van de minimale procedurele waarborgen bij de cao-ontslagcommissie*

Als partijen bij cao een commissie aanwijzen die toestemming moet geven voor ontslag, bepaalt de wet dat een aantal minimale procedurele waarborgen moet worden geregeld. In de cao waarin die commissie wordt aangewezen, moeten regels worden gesteld met betrekking tot hoor en wederhoor, de vertrouwelijke behandeling van de gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer, en een redelijke beslistermijn (artikel 7:671a lid 2 BW). Dit is in de wet opgenomen omdat volgens de regering de commissie een privaatrechtelijke taak heeft en geen bestuursorgaan is. Het is een private aangelegenheid van cao-partijen om de toestemming en de instelling van een commissie te regelen. Toestemming van deze commissie komt in de plaats van de overheidstaak die aan het UWV is opgedragen. Volgens de regering kan de commissie niet aangemerkt wor-

37 Rapport Nom 2005/371, 2 december 2005.

38 Rapport Nom 2008/110, 27 juni 2008, JAR 2008/190.

39 Rapport Nom 2006/356, 3 november 2006, JAR 2007/1.

40 Rapport Nom 2005/370, 2 december 2005.

41 Rapport Nom 2005/080, 17 maart 2005.

42 Rapport Nom 2005/107, 7 april 2005.

43 Rapport Nom 2007/066, 14 april 2007.

I. van der Helm

den als bestuursorgaan omdat deze geen publiekrechtelijke bevoegdheden heeft.⁴⁴ Om een eerlijke en onpartijdige behandeling van een verzoek te waarborgen is een aantal voorwaarden in de wet opgenomen waaraan de procedure bij de commissie in ieder geval moet voldoen.⁴⁵ De regering is van mening dat de samenstelling en het waarborgen van de onafhankelijkheid van de commissie zijn voorbehouden aan partijen om dit te regelen. Dat geldt ook voor het bepalen van de beslistermijn. Wat betreft het invullen van de redelijke termijn ligt volgens de regering afwijking van de UWV-procedure niet voor de hand, maar de uiteindelijke verantwoordelijkheid ligt bij cao-partijen. De regering ziet geen aanleiding om nadere regels te stellen ten aanzien van de procedure bij de cao-ontslagcommissie. De regering wil dit voorshands nog niet doen en ondertussen de ontwikkelingen in de praktijk volgen en de evaluatie van de Wet werk en zekerheid (Wwz) afwachten.⁴⁶

3.2 Nadere regels voor procedurele beginselen bij de cao-ontslagcommissie

Het is op zichzelf mogelijk dat na de evaluatie van de Wwz in een ministeriële regeling nog regels worden gesteld over de cao-ontslagcommissie en de procedure betreffende het verlenen van toestemming door die commissie (artikel 7:671a lid 10 BW). Deze mogelijkheid is in de wet opgenomen vanwege kritiek van verschillende Kamerleden. Zij drongen erop aan dat de regering de mogelijkheid zou moeten hebben om eventueel regulerend op te treden. De regering heeft toen toezeggingen aan de Tweede Kamer gedaan om de evaluatie van de Wwz af te wachten of er aanleiding bestaat toch nadere regels te stellen voor de procedure bij de cao-ontslagcommissie.⁴⁷

Nadere regels zouden door de regering gesteld kunnen worden als dus blijkt dat in de cao's waarbij de cao-ontslagcommissie wordt ingesteld, onvoldoende wordt voorzien in procedurele waarborgen. Om te bezien of deze vrees van onvoldoende zelfregulering terecht is, kan gekeken worden naar wat nu de huidige praktijk uitwijst bij cao-geschillencommissies in het kader van de toepassing van een sociaal plan. De casestudie van Van Empel en Hansma geeft een duidelijk beeld van de praktijk van een cao-geschillencommissie bij ABN AMRO. De procedure en werkwijze van de geschillencommissie is vastgesteld in een reglement. In het reglement van de geschillencommissie bij ABN AMRO is hierin onder meer het volgende geregeld. De commissie is samengesteld uit een onafhankelijke voorzitter met twee leden. Het ene lid is benoemd door de bank en het andere door de vakbonden. De procedure bestaat uit een schriftelijke voorbereiding in twee rondes binnen een bepaalde termijn, steeds een mondelinge behandeling, mogelijk getuigenverhoor, een mondelinge uitspraak binnen drie werkdagen en daarna een schriftelijke motivering, zo mogelijk binnen zes weken.⁴⁸ Hieruit blijkt dat enige

44 Het standpunt van de regering dat de cao-ontslagcommissie geen bestuursorgaan is omdat deze geen bestuursbevoegdheid zou uitoefenen, is bekritiseerd in de literatuur: zie J. van Drongelen, De zogenaamde cao-ontslagcommissie nader beschouwd, TRA 2014/85.

45 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 104-106.

46 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 49-52.

47 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 20-22, p. 34; Kamerstukken II 2013/14, 33988, 6, p. 44.

48 A.H. van Empel & R. Hansma, Praktijkervaring met een cao-commissie, ArA 2015/1, p. 70-76.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

procedurele waarborgen zijn vastgelegd. Berkhout en Jaspers hebben een uitgebreider onderzoek verricht naar de geschillencommissies. Zij komen op basis van een onderzoek naar bij cao ingestelde geschillencommissies over de toepassing van een sociaal plan tot de conclusie dat er aanmerkelijke verschillen bestaan tussen de mate waarin en de wijze waarop procedurele beginselen zijn opgenomen. Soms verschillen de uitwerking van de beginselen van elkaar. En soms zijn de beginselen erg vaag, zodat niet duidelijk is wat deze beginselen inhouden. Zij menen daarom dat nadere procedurele regels gesteld zouden moeten worden ten aanzien van de procedure door een cao-ontslagcommissie. De in de wet opgenomen procedurele beginselen zouden volgens hen nader ingevuld moeten worden voor de rechtszekerheid en uniformiteit.⁴⁹

Inmiddels is vanuit de praktijk een initiatief tot stand gekomen om nadere regels op te stellen die cao-partijen kunnen gebruiken indien zij een cao-ontslagcommissie willen instellen. De Vereniging voor Arbeidsrecht heeft een werkgroep opgericht, de werkgroep cao-ontslagcommissie, met als opdracht een best practice-code te ontwikkelen voor de cao-ontslagcommissie (hierna: VAR-code). De finale versie van juli 2015 is gepubliceerd op de website van de Vereniging voor Arbeidsrecht.⁵⁰ Het doel van het opstellen van de VAR-code is om aan cao-partijen een standaardreglement voor de procedure te geven, zodat zij daarover niet hoeven te onderhandelen. Cao-partijen kunnen dan de code opnemen als integraal onderdeel van de cao. De bepalingen van de code geven een nadere uitwerking van de minimale in de cao op te nemen procedurele beginselen (artikel 7:671a lid 2 BW). In de VAR-code zijn waarborgen voor het onafhankelijk functioneren van de commissieleden neergelegd. De leden dienen onafhankelijk en zonder last of ruggespraak te functioneren (artikel 3 lid 6). Zij moeten hun nevenfuncties aan het secretariaat kenbaar maken. Op verzoek van een van de partijen bij een geschil wordt een lijst met nevenfuncties van de behandelende commissieleden toegezonden (artikel 3 lid 7). Er is voorts een verschoningsrecht voor leden indien zij een belang of betrokkenheid hebben bij een zaak (artikel 4). En de voorzitter en de leden kunnen gewraakt worden indien er gerechtvaardigde twijfel bestaat over hun onafhankelijkheid of onpartijdigheid (artikel 5). Als waarborg voor de vertrouwelijke behandeling rust op de commissieleden een geheimhoudingsplicht (artikel 8).

De procedure bij de commissie gaat als volgt. Na indiening van het verzoek wordt bezien of de verstrekte gegevens en bescheiden voldoende zijn voor een beoordeling van het verzoek. Als dat niet het geval is, krijgt de werkgever acht dagen de tijd om dit aan te vullen (artikel 9). Nadat het verzoek volledig is, wordt het doorgestuurd naar de werknemer, die binnen veertien dagen schriftelijk verweer kan voeren (artikel 10 lid 2). De commissie laat weten hoe de procedure verder ver-

49 D.F. Berkhout & A.Ph.C.M. Jaspers, *Geschillencommissies bij cao: het voorstel tot privatisering van het ontslagrecht*, in: L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties (Reeks VvA 42)*, Kluwer: Deventer 2014, p. 141 e.v.

50 Vereniging voor Arbeidsrecht, *De cao ontslagcommissiecode. Best Practice Rules voor de ontslagcommissie ex artikel 7:671a BW*, Finale versie 1, 17 juli 2015, www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl.

I. van der Helm

loopt; deze kan bepalen dat er aanvullende gegevens moeten worden verstrekt of dat partijen schriftelijk of mondeling op elkaars standpunten kunnen reageren (artikel 10 lid 3). Een mondelinge behandeling vindt in ieder geval plaats indien beide partijen daarom verzoeken (artikel 10 lid 4). Tijdens een mondelinge behandeling kunnen partijen hun standpunten nader toelichten, waarbij zij zich kunnen laten bijstaan door een gemachtigde (artikel 10 lid 6 en 7). Op verzoek kan de commissie ook getuigen en deskundigen tijdens de zitting het woord laten voeren (artikel 10 lid 7). Als er een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, kan de commissie bepalen dat nog een schriftelijke ronde nodig is (artikel 10 lid 9). De commissie beslist uiterlijk veertien dagen nadat alle noodzakelijke reacties van partijen hebben plaatsgevonden (artikel 11). De beslissing bevat een duidelijke motivering (artikel 11 lid 8).

4 Rechtsbescherming bij schending van procedurele beginselen door het UWV of de cao-ontslagcommissie

Hiervoor is beschreven welke procedurele beginselen in acht moeten worden genomen bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie. Hier wordt nu de vraag behandeld of en, zo ja, welke rechtsbescherming wordt geboden tegen schending van die procedurele beginselen.

Er is een bepaalde vorm van rechtsbescherming tegen het besluit van het UWV of de cao-ontslagcommissie. Na de toestemmingsprocedure bij het UWV of de cao-ontslagcommissie en het daarna genomen besluit tot afwijzing dan wel verlening van de toestemming, kan de werkgever of de werknemer bij het verzoek tot ontbinding of herstel van de arbeidsovereenkomst aan de rechter vragen te beoordelen of de ontslaggrond zich voordoet (artikel 7:671b lid 1 sub b respectievelijk artikel 7:682 lid 1 sub a BW). Dit is dus een soort verkapt beroep op de beslissing van het UWV of de cao-ontslagcommissie. Het geding tot ontbinding of herstel van de arbeidsovereenkomst bij de rechter geschiedt via de verzoekschriftprocedure (artikel 7:686a lid 2 BW).⁵¹ De verzoeker moet in het verzoekschrift een duidelijke omschrijving geven van het verzoek en de gronden waarop het berust (artikel 278 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). De verzoeker zal dus duidelijk de stelling moeten weergeven en dit met feiten moeten aantonen. De verweerder kan hierop reageren door een verweerschrift in te dienen (artikel 282 lid 1 Rv). Tijdens een mondelinge behandeling worden partijen gehoord (artikel 279 Rv). In die zin wordt recht gedaan aan het beginsel van een goede procesorde van hoor en wederhoor. In de verzoekschriftprocedure geldt ook het beginsel dat de rechter alleen mag beslissen aan de hand van de stukken

51 Zie de artikelen 261-291 Rv voor de regeling van de verzoekschriftprocedure. Specifiekere eisen voor de procedure staan in het Procesreglement Verzoekschriftprocedures Kanton per 1 juli 2015, Besluit van de Raad voor Rechtspraak van 1 juli 2015, Stcrt. 2015, 21485.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

en uitlatingen van partijen waarop partijen over en weer hebben kunnen reageren.⁵²

De rechter zal na een besluit van het UWV of de cao-ontslagcommissie over de toestemming in de verzoekschriftprocedure zelfstandig beoordelen of voldaan wordt aan de voorwaarden voor bedrijfseconomisch ontslag. In het geval dat het een besluit van het UWV betreft over de toestemming, toetst de rechter het verzoek aan de hand van dezelfde criteria die het UWV hanteert bij de beoordeling van een verzoek om toestemming te verlenen, zoals aan artikel 7:669 BW, de Ontslagregeling en het Besluit uitvoeringsregels bij ontslag om bedrijfseconomische redenen.⁵³ Als de beslissing over de toestemming is genomen door een cao-ontslagcommissie, zal de rechter toetsen aan de tussen cao-partijen overeengekomen civielrechtelijke criteria voor bedrijfseconomisch ontslag zoals deze zijn neergelegd in de cao.⁵⁴

In de verzoekschriftprocedure wordt de zaak daarom opnieuw inhoudelijk beoordeeld voor wat betreft de al dan niet aanwezigheid van een grond voor bedrijfseconomisch ontslag. Een verzoek tot herstel zal slechts worden toegewezen als de rechter in tegenstelling tot het UWV of de cao-ontslagcommissie tot het oordeel komt dat er geen grond aanwezig is voor ontslag. De rechter zal in dat geval de werkgever die de arbeidsovereenkomst eerder heeft opgezegd, veroordelen om de arbeidsovereenkomst te herstellen en bepalen op welk tijdstip dit dient te gebeuren (artikel 7:682 lid 1 en 6 BW). De eerder genomen beslissing van het UWV of de cao-ontslagcommissie tot toestemming wordt niet vernietigd en dus niet aangeast door de rechter; de wet kent die bevoegdheid ook niet toe aan de rechter. De eerder gedane opzegging was dan ook rechtsgeldig, omdat de werkgever ervan mocht uitgaan dat de toestemming terecht was gegeven. Een verzoek tot herstel zal worden afgewezen als de rechter tot de conclusie komt dat er wel een reden is voor ontslag en de toestemming door het UWV of de cao-ontslagcommissie terecht is gegeven.

Het maakt bij de rechterlijke beoordeling daarom in principe niet uit of in de voorgaande toestemmingsprocedure procedurele beginselen zijn geschonden. De rechter verricht immers zelf opnieuw een inhoudelijke beoordeling en bij de rechterlijke procedure is het beginsel van een goede procesorde van hoor en wederhoor gegarandeerd. De schending van procedurele beginselen tijdens de toestemmingsprocedure zou in sommige situaties wel van invloed kunnen zijn op de beoordeling en de afweging die oorspronkelijk zijn gemaakt door het UWV of de cao-ontslagcommissie. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de vereisten van goede voorbereiding of hoor en wederhoor niet voldoende in acht zijn genomen. Dit kan als consequentie hebben dat de beslissende instantie op basis van de beschikbare gegevens een onjuiste beslissing heeft genomen. De werknemer kan die beslissing evenwel laten toetsen in de herstelprocedure, en de rechter zelf een beoordeling laten verrichten aan de hand van in de verzoekschriftprocedure naar

52 HR 29 juni 1990, NJ 1990/732; HR 25 oktober 1991, NJ 1991/5; HR 29 november 2003, NJ 2004/172.

53 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 31; Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 95.

54 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 47.

I. van der Helm

voren gebrachte feiten over de aanwezigheid van de ontslaggrond. De rechter zal dus alleen het verzoek om herstel toewijzen als hij tot de conclusie komt dat er geen reden is voor ontslag.

Zoals vermeld, zal de civiele rechter alleen een inhoudelijke beoordeling verrichten over de al dan niet aanwezigheid van de ontslaggrond aan de hand van tijdens de verzoekschriftprocedure aangevoerde feiten en het behandelde ter zitting. Of procedurele beginselen bij de toestemmingsprocedure zijn geschonden, is hierbij niet van belang. Een schending van deze beginselen hoeft bovendien niet meteen te betekenen dat daarmee ook de beslissing tot toestemming van de opzegging inhoudelijk onjuist is. Dat zal bijvoorbeeld niet het geval zijn als de materiële beoordeling op goede gronden is geschied. Dat was bijvoorbeeld het geval in de casus waarbij het UWV door een uitvoerige informatievergadering en afweging van de feiten tot het oordeel kwam dat de ontslagen bedrijfseconomisch noodzakelijk waren. Doordat eerst alleen de werkgever uitvoerig was bevestigd voordat het UWV na verweer van de werknemers de beslissing nam, waren de beginselen van onpartijdigheid en fair play geschonden. Er was in dit geval geen sprake van procedurele rechtvaardigheid, omdat partijen de procedure niet als onpartijdig hadden ervaren.⁵⁵ In een dergelijk geval waarbij de afweging van de feiten redelijk is, zal betrokkene weinig kans van slagen hebben in de herstelprocedure bij de kantonrechter als hij aanvoert dat procedurele beginselen zijn geschonden bij de toestemmingsprocedure.

Maar wat is eigenlijk het belang voor de werknemer om te kunnen klagen over procedurele gebreken van de toestemmingsprocedure als er ten aanzien van de inhoudelijke beoordeling van de beslissing wel rechtsbescherming is waarbij dan ook een goede procedure wordt gevolgd en de rechter het aan de werknemer gegeven ontslag uiteindelijk kan terugdraaien? Als er geen rechtsbeschermingsmogelijkheid voor betrokkene openstaat ten aanzien van de schending van procedurele beginselen, geeft dat voor betrokkene een onbevredigend gevoel en kan de rechtvaardigheidsbeleving over de procedure geschaad zijn. Het maatschappelijk belang van een rechtvaardige procedure pleit ervoor dat er een mogelijkheid dient te zijn om over procedurele gebreken bij de besluitvorming te kunnen klagen en zo nodig enige vorm van financiële compensatie te kunnen krijgen.

Maar zijn hiertoe adequate mogelijkheden beschikbaar? In het geval het een beslissing van het UWV betreft, zou betrokkene een actie uit onrechtmatige overheidsdaad tegen het UWV kunnen instellen (artikel 6:162 BW).⁵⁶ Deze actie heeft weinig kans als de inhoudelijke afweging en de uitkomst van de beslissing redelijk zijn. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat er slechts sprake kan zijn van een onrechtmatige daad als het UWV een onjuiste afweging heeft gemaakt, de criteria

55 Rapport Nom 2014/064, 23 juni 2014, AB 2014/347.

56 D.M.A. bij de Vaate, Aansprakelijkheid van het UWV voor een ten onrechte verleende ontslagvergunning', AR 2015/10, p. 13-17; D.M.A. bij de Vaate, Rechtsbescherming tegen ondeugdelijke ontslagvergunningen gezien in het licht van artikel 6 EVRM, ArA 2011/2, p. 36-37.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

onjuist heeft toegepast en dus ten onrechte de toestemming heeft gegeven.⁵⁷ De Rechtbank Amsterdam overwoog hierover recentelijk in een vonnis van 3 februari 2016. De klachtencommissie van het UWV had in dit geval al geoordeeld dat de afdeling Arbeidsjuridische dienstverlening (AJD) op grond van de destijds beschikbare informatie de ontslagvergunning niet had kunnen verlenen. Daarmee erkende het UWV dat de procedure niet zorgvuldig was geweest en stond het vast dat het UWV het zorgvuldigheidsbeginsel had geschonden. Daarmee was volgens de rechter de onrechtmatigheid van het besluit gegeven.⁵⁸ Bij de beoordeling of de gevorderde schade, bestaande uit de gemaakte kosten voor de procedure vanwege kennelijk onredelijk ontslag, een causaal verband had met dit besluit, moest de rechtbank eerst een speculatieve beoordeling doen of de ontslagvergunning ook bij een zorgvuldig onderzoek zou zijn verleend. Dat was volgens de rechter uiteindelijk niet het geval, waardoor aangenomen werd dat er causaal verband bestond tussen het onrechtmatig genomen besluit en de gevorderde schade.⁵⁹ Uit een ander vonnis van de Rechtbank Amsterdam, van 14 juli 2010, blijkt dat er geen onrechtmatige overheidsdaad wordt aangenomen als het besluit inhoudelijk op juiste gronden is genomen. De Nationale ombudsman had de gedraging van het CWI weliswaar onbehoorlijk geoordeeld omdat de werknemers niet van tevoren over het bedrijfsbezoek waren geïnformeerd en dit bezoek niet konden bijwonen. Dit enkele feit was volgens de rechter onvoldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen.⁶⁰ Als de beslissing inhoudelijk juist is maar er bijvoorbeeld geen sprake is van fair play, zal er niet meteen sprake zijn van een onrechtmatige daad. Desalniettemin zal er dan geen sprake zijn van procedurele rechtvaardigheid en kan de rechtvaardigheidsbeleving van de werknemer zijn geschaad.⁶¹ De betrokken werknemer zal daarvoor zijn beklag willen kunnen doen en enige genoegdoening willen krijgen.

De werknemer beschikt over de mogelijkheid om hierover een klacht in te dienen bij het UWV.⁶² Het is alleen onzeker en niet duidelijk of bij schending van procedurele fouten het UWV een immateriële schadevergoeding zal toekennen. De kans dat betrokkene een schadevergoeding krijgt toegewezen in een klachtprocedure lijkt klein te zijn, omdat blijkens de rapporten van de Nationale ombudsman het UWV zich hierbij restrictief opstelt. Het UWV beoordeelt of er daadwerkelijk schade is geleden en of er causaal verband is met een onrechtmatig genomen besluit.⁶³ Volgens de Nationale ombudsman dient de overheid echter coulant om te gaan met de toekenning van schadeclaims in de situatie dat de overheid fouten heeft gemaakt maar betrokkene moeite heeft om de schade aan te tonen, er niet een directe juridische basis is voor toekenning en de claim van geringe omvang

57 Zie de rechtspraak vermeld in: E.A. Roest, *Onrechtmatig handelen van de RDA, een goed alternatief?*, AR 2002/20; Bij de Vaate 2011, p. 36-37.

58 Rb. Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:620, r.o. 4.2.

59 Rb. Amsterdam 3 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:620, r.o. 4.3-4.6.

60 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, JAR 2010/227.

61 Rapport Nom 2014/064, 23 juni 2014, AB 2014/347.

62 Klachtenreglement UWV 2009, Besluit van het UWV van 18 november 2008, Stcrt. 2008, 241.

63 Zie Rapport Nom 2014/189, 10 december 2014.

I. van der Helm

is.⁶⁴ De ombudsman oordeelde in een geval dat het UWV een schadevergoeding uit coulance had moeten toekennen bij gemaakte fouten en deze claim niet met een puur juridische bril had moeten beoordelen.⁶⁵ Een dergelijke opstelling lijkt mij ook passend in de situatie dat het UWV bij de procedure tot verlening van de toestemming procedurele beginselen heeft geschonden. Door een kleine schadevergoeding toe te kennen kan compensatie worden gegeven voor de geschade rechtvaardigheidsbeleving van de toestemmingsprocedure.

In het geval het een beslissing betreft van de cao-ontslagcommissie is het geheel aan cao-partijen of er een mogelijkheid voor de werknemer wordt geboden om te kunnen klagen over procedurele gebreken van de beslissing. De cao-partijen hebben de vrijheid om te bepalen of zij een geschillencommissie instellen en om te bepalen welke bevoegdheden deze commissie heeft.⁶⁶ Het lijkt mij wenselijk voor de rechtsbescherming dat er een geschillencommissie aanwezig is waartoe de werknemer zich met een klacht kan richten. Deze commissie zou dan een onafhankelijk oordeel moeten kunnen geven over de gang van zaken tijdens de procedure, en in het geval van gemaakte procedurele fouten een immateriële schadevergoeding moeten kunnen toekennen. De coulante opstelling bij het toekennen van een schadevergoeding zoals deze volgens de ombudsman geldt bij overheids-handelen, zou op gelijke wijze door de geschillencommissie kunnen worden gevolgd.

5 Conclusies en aanbevelingen

Ten slotte volgen nu de conclusies en zal ik enkele aanbevelingen doen. De vraagstelling in dit artikel is op welke wijze de procedurele rechtvaardigheid is gewaarborgd bij de procedure tot toestemming van ontslag door het UWV of door de cao-ontslagcommissie.

5.1 Procedurele beginselen

De eerste deelvraag betrof de inhoud en regulering van de toepasselijke procedurele beginselen. Dus wat deze beginselen zijn en of deze voldoende duidelijk zijn geregeld. Er valt een onderscheid te zien tussen de procedure bij het UWV en die bij de cao-ontslagcommissie.

De procedurele beginselen die van toepassing zijn bij de procedure via het UWV volgen uit al dan niet in de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen corresponderen met de vereisten van behoorlijk overheidshandelen die de Nationale ombudsman hanteert bij het beoordelen van een klacht. Uit de analyse van de rapporten van de ombudsman zijn zeven vereis-

64 Nationale ombudsman, Schadevergoedingswijzer, februari 2011.

65 Rapport Nom 2014/189, 10 december 2014.

66 In een beslissing van de ABN AMRO Geschillencommissie (Ontslagadviescommissie) van 10 februari 2016, JAR 2016/44, was deze slechts bevoegd bij de beslissing tot toestemming voor opzegging (ex artikel 7:671a lid 2 BW). De commissie was niet bevoegd om kennis te nemen van het verzoek om een oordeel te geven over de stimuleringspremie en kon ook geen transitievergoeding toekennen.

Procedurele bescherming bij de procedure tot toestemming voor ontslag door het UWV of de cao-ontslagcommissie: is hierbij procedurele rechtvaardigheid gewaarborgd?

ten of procedurele beginselen af te leiden die van toepassing zijn: redelijkheidsbeginsel/evenredige-belangenafweging, goede voorbereiding, hoor en wederhoor, fair play, onpartijdigheid/verbod van vooringenomenheid, voortvarendheid en het motiveringsvereiste.

Bij de cao-ontslagcommissie bevat de wet slechts vier aspecten voor de wijze van het voeren van de procedure die in ieder geval in de cao moeten voorkomen: hoor en wederhoor, vertrouwelijke behandeling van gegevens, redelijke reactietermijnen voor partijen en een redelijke beslistermijn. Of en hoe beginselen worden geregeld, is overgelaten aan de praktijk van de cao-onderhandelingen. De praktijk bij cao-geschillencommissies in het kader van de toepassing van een sociaal plan wijst uit dat er tussen de verschillende sociale plannen grote verschillen zijn in de mate waarin en de wijze waarop procedurevoorschriften zijn geregeld. Ook zijn de normen soms vaag, zodat er onduidelijkheid kan bestaan over de inhoud van de voorschriften. Nu de overheid vooralsnog niet regulerend wil optreden voor de procedure bij de cao-ontslagcommissie is het mogelijk dat de mate waarin de vier wettelijke procedurele aspecten geregeld worden, in de praktijk kan verschillen.

Om verschillende redenen lijkt het mij wenselijk dat nadere regels gesteld worden voor de procedure bij de cao-ontslagcommissie. Voor de uniformiteit zouden bij alle cao-ontslagcommissies dezelfde regels gesteld moeten worden. Bovendien zou er ten aanzien van de procedurele waarborgen van de procedure geen verschil mogen zijn of het een toestemmingsprocedure bij het UWV betreft of een procedure bij een cao-ontslagcommissie. Voor de rechtszekerheid is het voorts van belang dat duidelijkheid bestaat welke waarborgen gelden. Een duidelijke regeling van de procedurele waarborgen voor de toestemmingsprocedure bij de cao-ontslagcommissie is temeer van belang omdat, in tegenstelling tot de procedure bij het UWV, er geen procedurele beginselen van rechtswege van toepassing zijn.

Om een goede procedure te waarborgen en ten behoeve van de rechtszekerheid lijkt het mij daarom aanbevelenswaardig dat er uniforme regels gesteld worden door de minister over de procedure bij de cao-ontslagcommissie. De code ontslagcommissie van de VAR zou daarvoor dan in de ministeriële regeling opgenomen kunnen worden.

5.2 Rechtsbescherming

Uit de bestudeerde rapporten van de Nationale ombudsman blijkt dat deze procedurele beginselen in verschillende gevallen geschonden zijn bij de toestemmingsprocedure, ondanks het feit dat er procedurele voorschriften gelden voor de wijze van de procedure. Hieruit blijkt het belang van de werking van procedurele beginselen en de mogelijkheid om daaraan te kunnen toetsen of deze zijn nageleefd.

Er is in het geval dat de uiteindelijke beslissing van het UWV of de cao-ontslagcommissie redelijk is, geen adequate rechtsbescherming om op te komen tegen schending van procedurele beginselen zoals bleek in paragraaf 4. De aanvullende rechtsbescherming zou in dit opzicht verbeterd kunnen worden. De aanvullende rechtsbescherming via een klachtprocedure ligt voor de hand als middel om tegen de schending van de procedurele beginselen en procedurevoorschriften op te komen. De klachten over de toestemmingsprocedure dienen mijns inziens primair

I. van der Helm

te worden neergelegd en behandeld bij de organisatie die de beslissing heeft genomen. Door die organisatie moet daarom ook afdoende mogelijkheid geboden worden om daarover beklag te kunnen doen en eventueel genoegdoening te krijgen. Bij de procedure van het UWV moet duidelijkheid worden geboden dat bij klachten over de wijze van de procedure betrokkene zich kan beklagen bij een klachtencommissie van het UWV en daarbij een verzoek tot toekenning van een schadevergoeding kan indienen.

Bij de procedure voor de cao-ontslagcommissie verdient het de aanbeveling dat de cao in ieder geval een geschillenregeling bevat waarbij betrokkene een klacht kan indienen over de procedure bij een cao-ontslagcommissie. Daarbij dient er een mogelijkheid te worden geboden om in sommige gevallen financiële compensatie te kunnen bieden. In de VAR-code is er een facultatieve bepaling opgenomen dat de cao-ontslagcommissie tevens tot taak heeft te dienen als geschillencommissie als deze is ingesteld bij cao (artikel 18 lid 1 VAR-code). Ook tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat een cao-ontslagcommissie eventueel ook als arbiter of bindend adviseur zou kunnen worden aangewezen.⁶⁷ Indien de commissie optreedt als geschillencommissie, zou deze in ieder geval uit andere personen samengesteld moeten zijn om een onafhankelijke en objectieve behandeling te waarborgen. Bij cao of in het reglement van de commissie moet, om een schadevergoedingsverzoek te kunnen beoordelen en toekennen, wel bepaald worden dat de geschillencommissie bevoegd is om een oordeel te geven over een verzoek tot schadevergoeding.

67 Kamerstukken I 2013/14, 338818, C, p. 52.