



# Rapport

**Datum: 29 maart 2006**

**Rapportnummer: 2006/117**

## Klacht

Verzoekster klaagt erover dat de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) district Middenwest-Nederland:

1. haar bij gelijklopende beslissingen van 23 december 2003 de toestemming heeft onthouden om de arbeidsverhouding met twee van haar werknemers te beëindigen. Zij klaagt er met name over dat de CWI een mogelijke overgang van onderneming - mede - ten grondslag heeft gelegd aan haar beslissing. Verzoekster is van mening dat de CWI hiertoe op grond van het Ontslagbesluit niet bevoegd is;
2. zich in reactie op verzoeksters klacht over het voorgaande heeft beroepen op - niet nader aangeduide - interne richtlijnen. Volgens verzoekster handelt de CWI hiermee in strijd met het motiveringsvereiste en het rechtszekerheidsbeginsel.

## Beoordeling

### I. Inleiding

Verzoekster, een werkgever, diende een ontslagaanvraag in bij de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) district Middenwest-Nederland, voor twee werknemers (service engineers) op bedrijfseconomische gronden. Dit omdat de taken die de desbetreffende werknemers verrichtten (service werkzaamheden in de maritieme verkeerstechniek en wisselverwarming) door terugval in orders steeds minder omvatten, en daarom door verzoekster werden beëindigd. Lopende service- en onderhoudstaken werden ondergebracht bij een ander bedrijf, de firma E., aldus verzoekster. De CWI weigerde om ontslagvergunningen te verlenen, omdat er mogelijk sprake was van overgang van een deel van de onderneming. Verzoekster diende over deze weigering een klacht in bij de CWI. De CWI beriep zich in reactie op deze klacht op niet nader aangeduide interne richtlijnen, op basis waarvan de CWI de ontslagvergunningen zou hebben geweigerd.

### II. Ten aanzien van de weigering om ontslagvergunningen te verlenen

1. Verzoekster klaagt er in de eerste plaats over dat de CWI haar bij gelijklopende beslissingen van 23 december 2003 de toestemming heeft onthouden om de arbeidsverhouding met twee van haar werknemers te beëindigen. Zij klaagt er met name over dat de CWI een mogelijke overgang van een deel van de onderneming - mede - ten grondslag heeft gelegd aan haar beslissing. Verzoekster is van mening dat de CWI hiertoe op grond van het Ontslagbesluit niet bevoegd is.
2. In reactie op de klacht gaf de CWI aan dat de CWI in het kader van de redelijkheidstoets (zie Achtergrond, onder 1.) en op basis van zijn onderzoeksplicht in het kader van de Algemene wet bestuursrecht dient na te gaan of er bij een ontslagaanvraag op

bedrijfseconomische gronden mogelijk sprake is van een overgang van (een deel van) de onderneming. Bij een overgang van onderneming hebben werknemers immers ontslagbescherming (zie Achtergrond, onder 2.).

3. Het redelijkheidsvereiste houdt in dat bestuursorganen de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afwegen en dat de uitkomst hiervan niet onredelijk is.

4. Ingevolge het bepaalde in artikel 3:1 van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.) dient de CWI, indien aan haar een ontslagaanvraag is voorgelegd, te beoordelen of een voorgenomen ontslag redelijk is. De belangen en mogelijkheden van de betrokken werknemer moeten daarbij in aanmerking worden genomen. Van de CWI mag worden verwacht dat zij haar beslissing zorgvuldig voorbereidt. Dit houdt onder meer in dat zij zich dient te overtuigen van de juistheid/aannemelijkheid van de aangevoerde argumenten. Indien zij van mening is dat deze argumenten de afgifte van de ontslagvergunning niet kunnen rechtvaardigen, dient zij in beginsel negatief te beslissen op de ontslagaanvraag.

5. Wanneer een ontslagvergunning om bedrijfseconomische redenen wordt aangevraagd, dient de CWI ingevolge artikel 4:1 van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.) te beoordelen of de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit bedrijfseconomisch oogpunt een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen.

6. Bedrijfseconomische omstandigheden kunnen aanleiding zijn (een deel van) een onderneming over te dragen. Als de oude of de nieuwe werkgever het in die situatie noodzakelijk acht dat één of meer werknemers afvloeien, dan dient de CWI te toetsen of de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit bedrijfseconomisch oogpunt één of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Omdat de arbeidsovereenkomsten van de werknemers als gevolg van de overgang van rechtswege overgaan op de nieuwe werkgever, moet - ingeval de oude werkgever de ontslagvergunning aanvraagt - ook de situatie van de overnemende onderneming bij de ontslagaanvraag worden betrokken.

7. In het onderhavige geval bestond er bij de CWI terecht twijfel over de vraag of er al dan niet sprake was van een overgang van een deel van de onderneming. Zo had verzoekster in de ontslagaanvraag zelf aangegeven dat lopende service- en onderhoudstaken zouden worden ondergebracht bij de firma E. Verzoekster weigerde de overeenkomst over te leggen die zij met de firma E. had gesloten. Bovendien zouden de betrokken werknemers, aldus verzoekster, in de gelegenheid worden gesteld om te solliciteren bij E. Een van de betrokken werknemers had daadwerkelijk een aanbod gehad van E. om aldaar in dienst te treden. Verzoekster ontkende weliswaar dat er sprake was van een overgang, maar onderbouwde dit niet.

Onder deze omstandigheden heeft de CWI zich terecht op het standpunt gesteld dat ofwel verzoekster aannemelijk diende te maken dat er geen sprake was van een overgang dan wel dat de firma E. zich in de procedure diende te voegen. Nu noch het een nog het ander

geschiedde, kon de CWI in redelijkheid weigeren om een ontslagvergunning voor de betrokken werknemers te verstrekken.

Dat het de burgerlijke rechter is die beslist of er sprake is van overgang van (een deel van) de onderneming, neemt niet weg dat de CWI rekening met die mogelijkheid moet houden, zonder zelf een oordeel te geven over dat vraagstuk.

De onderzochte gedraging is op dit punt behoorlijk.

III. Ten aanzien van het zich beroepen op niet nader aangeduide interne richtlijnen

1. Verzoekster klaagt er in de tweede plaats over dat de CWI zich in reactie op haar klacht heeft beroepen op niet nader aangeduide richtlijnen. Verzoekster acht het in strijd met de rechtszekerheid en het motiveringsvereiste dat de CWI richtlijnen hanteert, die niet bij partijen bekend zijn.

2. De CWI gaf in reactie op de klacht aan dat er sprake is van een bestendig (intern) beleid met betrekking tot de combinatie van ontslag op bedrijfseconomische gronden en overgang van een onderneming. De CWI heeft dit beleid omschreven in haar reactie op de klacht van verzoekster. Op die grond is er volgens de CWI geen strijd met de rechtszekerheid en het motiveringsvereiste. De CWI heeft in reactie op de klacht bij de Nationale ombudsman een kopie overgelegd van de richtlijnen, welke worden gehanteerd bij overgang van een onderneming.

3. Het motiveringsvereiste houdt in dat het handelen van bestuursorganen feitelijk en logisch wordt gedragen door een kenbare motivering.

4. De CWI heeft in haar reactie van 28 mei 2004 op de klacht van verzoekster, zij het summier, aangegeven hoe de richtlijnen luiden die zij hanteert bij een ontslagaanvraag waarbij sprake zou kunnen zijn van overgang van een onderneming. Hiermee heeft zij haar reactie op de klacht voldoende gemotiveerd. Het was in dat kader niet noodzakelijk om aan te geven hoe deze richtlijnen precies luiden, dan wel deze richtlijnen in kopie mee te sturen bij haar reactie. Dit zou anders zijn, indien zij enkel had verwezen naar richtlijnen, zonder aan te geven wat de inhoud van die richtlijnen was. In dit verband is tevens van belang dat de richtlijnen niet meer inhouden dan dat het beleid dat was vastgelegd in de (destijds wel gepubliceerde) bijlage G bij het Delegatiebesluit 1993, werd gecontinueerd. Overigens deelde de CWI gedurende het onderzoek nog mee dat de CWI de beleidsregels die zij hanteert bij haar ontslagtaak, ook betrekking hebbend op de overgang van een onderneming, openbaar zou maken. Inmiddels is dit gebeurd.

5. Het vereiste van rechtszekerheid houdt onder meer in dat gerechtvaardigde verwachtingen van burgers en organisaties jegens bestuursorganen door die bestuursorganen worden gehonoreerd.

6. Verzoekster stelt zich kennelijk op het standpunt dat, indien een bestuursorgaan zijn beleid op een bepaald punt niet bekend heeft gemaakt, hij vervolgens geen beroep mag doen op dat beleid. Dat de CWI niet eerder aan verzoekster had aangegeven of algemeen bekend had gemaakt welk beleid (in de vorm van richtlijnen) zij hanteert bij de overgang van een onderneming, houdt echter niet in dat verzoekster er op die grond van mocht uitgaan dat de CWI op dit punt geen beleid hanteerde of dat een eventuele overgang in het geheel geen rol speelt bij de aanvraag van een ontslagvergunning. De CWI dient immers alle in het geding zijnde belangen tegen elkaar af te wegen. Dat het Ontslagbesluit niet, en het Delegatiebesluit wel, een bijlage over de overgang van ondernemingen bevat, kan ook niet die verwachting hebben opgewekt. Zoals de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ook aangaf, is met het laten vervallen van bijlage G bij het Delegatiebesluit 1993 geen materiële wijziging van de ontslagregels beoogd. De achterliggende gedachte daarbij is geweest dat het Ontslagbesluit zelf en de Algemene wet bestuursrecht voldoende waarborgen bevatten voor een zorgvuldige behandeling van ontslagaanvragen die verband houden met de overgang van een onderneming. Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is geen sprake.

De onderzochte gedraging is ook op dit punt behoorlijk.

## **Conclusie**

De klacht over de onderzochte gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen district Middenwest-Nederland (CWI) is niet gegrond.

## **Onderzoek**

Op 5 augustus 2004 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift, gedateerd 3 augustus 2004, van P. BV te Maarssen, ingediend door de heer mr. B.J. Bloemendal, advocaat te Zoetermeer, met een klacht over een gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) district Middenwest-Nederland.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen te Amsterdam, werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben. Tevens werd de CWI een aantal specifieke vragen gesteld.

Tijdens het onderzoek kregen de CWI en verzoekster de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren. Ook werd de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om nadere informatie verzocht.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen.

De reactie van de CWI gaf aanleiding het verslag op een enkel punt aan te vullen.

Verzoekster gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

## Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

### A. feiten

1. Verzoekster diende op 25 september 2003 bij de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) district Middenwest-Nederland een verzoek in om toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen voor twee medewerkers, de heren X en Y. Over de economische omstandigheden van het ontslag staat in het verzoek onder meer het volgende vermeld:

"(Verzoekster; N.o.) is een onderneming naar Nederlands recht, gevestigd in Maarssen (NL) en Dinslaken (D). (...)

(Verzoekster; N.o.) levert wisselverwarmingssystemen voor de spoorwegen en vaarwegmarkering voor de maritieme verkeerstechniek. Klanten zijn (inter)nationale spoorwegmaatschappijen voor wisselverwarming en de Nederlandse Rijks- en Provinciale Waterstaten voor de maritieme markt. Sinds februari 2003 is sprake van een sterke terugloop in de order ingang en omzet in de maritieme verkeerstechniek in Nederland. De directies van de waterstaatsorganisaties hebben duidelijk gemaakt, dat sprake is van maatregelen die moeten leiden tot aanzienlijke kostenreductie in verband met budgetoverschrijdingen bij Betuwelijn en Hoge Snelheids Lijn.

Naar verwachting zal deze situatie zeker tot einde 2004 voortduren.

Genoemde kostenreducties hebben geleid tot het vrijwel wegvallen van nieuwe orders en het minimaliseren van onderhoudsopdrachten. (Verzoekster; N.o.) heeft in het jaar 2002 in de maritieme markt een omzet gerealiseerd van 1,350 miljoen Euro, de planning voor 2003 was op grond van eerste signalen reeds teruggebracht tot 0,9 miljoen Euro, de laatst aangepaste prognose voor 2003 ligt op 0,4 miljoen Euro. Deze terugval in orders leidt met name in de maritieme verkeerstechniek tot een aanzienlijke personele overcapaciteit in een groep van 4 service engineers.

Maatregelen die zijn genomen betreffen 1 service engineer, die in een gewijzigde functie als werkvoorbereider wordt ingezet in de wisselverwarming in plaats van de maritieme techniek. Een 2de service engineer is en blijft werkzaam in de spoorwegmarkt. De 2

andere service engineers, tevens de laatst in dienst gekomen engineers, zijn gedurende een periode van circa 6 maanden ingezet in productie werk, zowel in Nederland als ook tijdelijk op projecten in Duitsland. Er is geen zicht op verbetering van de situatie op afzienbare termijn, voortdurende inzet in productietaken creëert op korte termijn elders een personele overcapaciteit.

Als gevolg van de beschreven situatie heeft (verzoekster; N.o.) besloten de service werkzaamheden in de maritieme verkeerstechniek en wisselverwarming te beëindigen. Lopende service- en onderhoudstaken worden ondergebracht bij een specifiek op service gericht bedrijf, de firma E. te Sliedrecht. Op verzoek van (verzoekster; N.o.) worden de boventallige service engineers in de gelegenheid gesteld bij E. te solliciteren."

Op verzoek van de CWI van 26 september 2003 verstrekke verzoekster op 1 oktober 2003 nog nadere informatie aan de CWI over haar bedrijf.

2. In het namens de heer X bij de CWI ingediende verweerschrift van 16 oktober 2003 wordt onder meer het volgende gesteld:

"Wat betreft de financiële situatie wenst X voorts op te merken dat (verzoekster; N.o.) in het afgelopen jaar meerdere malen service/onderhoudswerkzaamheden aan E. heeft uitbesteed. Zulks is voor X onbegrijpelijk nu door (verzoekster; N.o.) wordt gesteld dat zij op dit gebied te weinig werk voorhanden zou hebben. Gelet op het voorgaande wordt door X dan ook sterk getwijfeld aan het feit dat (verzoekster; N.o.) op het gebied van service/onderhoudswerkzaamheden te weinig werk zou hebben. Deze twijfel wordt versterkt door de opmerkingen van klanten van (verzoekster; N.o.) dat het heel moeilijk voor hun is om een servicemonteur van (verzoekster; N.o.) te laten komen, omdat (verzoekster; N.o.) vanwege de drukte geen tijd zou hebben om een servicemonteur te sturen.

(...)

(Verzoekster; N.o.) stelt dat X door haar in de gelegenheid zou worden gesteld om bij E. te solliciteren. X wenst hierover op te merken dat hij E. inmiddels heeft bezocht, doch dat hem geen concrete functie is aangeboden. Er zijn X niet eens vacatures overgelegd waarnaar hij zou kunnen solliciteren. Op de vraag van X voor welke functie hij bij E. in aanmerking zou kunnen komen is geen antwoord gegeven. Kortom: (verzoekster; N.o.) doet geen enkele moeite om X aan een baan bij E. te helpen.

Overname van service-afdeling door E.

X is onlangs ter ore gekomen dat de service-afdeling van (verzoekster; N.o.), alwaar X werkzaam is, binnen afzienbare tijd zal worden overgenomen door E. E. is namelijk voornemens om onder andere het klantenbestand en andere bestanden van (verzoekster; N.o.) over te nemen. Zodra er sprake is van een overname van een gedeelte van de

onderneming van (verzoekster; N.o.) door E. zullen alle op die afdeling werkzame werknemers van rechtswege in dienst treden bij E. Cliënt vermoedt dat door (verzoekster; N.o.) thans toestemming voor zijn ontslag wordt gevraagd, zodat X uit dienst is op het moment dat de overname een feit is en hij derhalve niet van rechtswege bij E. in dienst zal treden. Gelet op het voorgaande is X van mening dat er een ontslagvergunning wordt aangevraagd op voorgewende redenen en dat de ontslagvergunning alleen al om die reden geweigerd dient te worden.

#### Gevolgen voor X van een eventueel ontslag

X is van mening dat, mede nu er geen regeling is aangeboden welke de gevolgen van een eventueel ontslag voor hem zouden kunnen verzachten, een eventueel ontslag voor hem zeer grote negatieve gevolgen zal hebben. X is namelijk kostwinner. Gelet op de huidige economische situatie in Nederland zal het voor hem heel erg moeilijk zijn om aan een nieuwe baan te komen. Hij zal dan zijn aangewezen op een WW-uitkering, hetgeen voor een aanzienlijke verslechtering van de inkomenspositie van X en zijn gezin zal zorgen. Het nadeel dat X bij het voorgenomen ontslag zal lijden is vele malen groter dan het belang dat (verzoekster; N.o.) redelijkerwijs heeft bij het voorgenomen ontslag. Om die reden is X van mening dat de gevraagde ontslagvergunning dient te worden geweigerd."

In het namens de heer Y bij de CWI ingediende verweerschrift van 17 oktober 2003 staat onder meer het volgende vermeld:

"Cliënt heeft van zijn werkgeefster begrepen dat er sprake is van een overname van de onderneming, althans van een gedeelte daarvan: de afdeling waarop cliënt normaliter werkzaam is als service-engineer wordt overgedragen aan E. E. heeft aan cliënt een aanbod gedaan om aldaar in dienst te treden. Niet is in te zien op grond waarvan er dan ook sprake zal moeten zijn van een beëindiging van het dienstverband, via ontslagvergunning van het CWI: Indien er immers sprake is van een overgang van de onderneming gaan alle daarin werkzame werknemers mee. Cliënt doet dan ook een uitdrukkelijk beroep op de artikelen 662 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De in de over te dragen onderneming, althans een gedeelte van de onderneming werkzame werknemers gaan automatisch mee, met behoud van reeds verkregen rechten.

Cliënt merkt overigens nadrukkelijk op dat werkgeefster op geen enkele wijze aantoont dat er sprake is van een dermate terugloop in beschikbaar werk dat een ontslag van juist cliënt noodzakelijk is. Cliënt werkt overigens al meer dan een half jaar in de productieafdeling, en is nog volop gemotiveerd zulks te blijven doen. Niet is in te zien waarom het werk dat hij aldaar thans verricht, komt te vervallen. Cliënt is overigens ook prima geschikt voor magazijnwerk, althans geschikt te maken. Via enige bijscholing moet zulks toch mogelijk zijn. De vrees, door werkgeefster geuit in de brief van 1 oktober 2003 dat hij niet meer gemotiveerd zou zijn, is dus onterecht. Werkgeefster geeft ook op geen enkele wijze aan op grond waarvan zij tot een dergelijk oordeel komt.



Cliënt merkt overigens verder op dat (bestaande klanten van verzoekster; N.o.) op dit moment bijscholing van werkgeefster ontvangen, zulks in verband met activiteiten die zij voortaan zelf zullen dienen te verrichten. De werkgeefster lijkt te gaan stoppen met serviceactiviteiten, dit zij, met hun eigen afdeling, zulks voortaan zelf dienen te gaan doen.

Cliënt is inmiddels een eenjarig contract aangeboden bij E.: daarmee wordt de bescherming voor werknemers, vervat in de artikelen 662 Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en verder, ontdoken. Hoewel cliënt gaarne werkzaam zou willen zijn bij E., zal zulks slechts met behoud van verkregen rechten en dienstjaren kunnen geschieden.

Werkgeefster toont overigens ook op geen enkele wijze aan dat er sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak om het dienstverband met juist cliënt te beëindigen: weliswaar zal er sprake zijn van minder opdrachten van het ministerie van Verkeer en Waterstaat, doch zulks brengt niet met zich mee dat van het ene op het andere moment het beschikbare werk zal komen te vervallen. Werkgeefster zal daarin, alsmede de te verwachten opdrachten, duidelijk inzicht dienen te verschaffen, bij gebreke waarvan ervan uit moet worden gegaan dat werkgeefster daarin niet is geslaagd, zodat ook op die grond een afwijzing van het ontslagvergunningsverzoek zal moeten plaatsvinden."

3. Verzoekster reageerde bij afzonderlijke brieven op de verweren van de heren X en Y. In beide brieven gaf verzoekster het volgende aan:

"Alvorens inhoudelijk te reageren op het verweer willen wij u nader informeren omtrent geruchten over een mogelijke overname van activiteiten. Er is geen sprake van overname van de onderneming of delen hiervan, noch is er sprake van overname van activiteiten. Met de firma E. is onlangs een dealerovereenkomst gesloten. Doel van deze overeenkomst is het openen van nieuwe verkoopkanalen door levering van producten van (verzoekster; N.o.) in voor ons nieuwe markten. Als voorbeeld moge dienen de levering van zonneenergiesystemen aan standplaatsen voor treintaxi's in Nederland, welke bij E. in onderhoud zijn. (Verzoekster; N.o.) levert zonneenergie voor toepassing op vaarwegmarkeringssystemen maar heeft deze soort installaties nooit geleverd voor toepassing in taxizuilen. Het betreft hier nieuwe activiteiten, die niet door (verzoekster; N.o.) werden verricht.

In haar reactie op het verweer van de heer X schreef verzoekster tevens het volgende:

Dat het anciënniteitsbeginsel juist is toegepast moge duidelijker dan voorheen blijken uit de bijgevoegde personeelslijst. Van de 4 service monteurs vervallen 2 arbeidsplaatsen, waarbij de laatst in dienst getreden medewerkers afvloeien.

Binnen de organisatie zijn geen vacatures. Het is derhalve niet mogelijk de heer X intern te herplaatsen. Bij herhaling is de heer X gewezen op de uitnodiging van de firma E. tot een oriënterend gesprek over een nieuwe functie. De heer X heeft in dezen tot op heden echter

geen blijk van belangstelling gegeven."

In haar reactie op het verweer van de heer Y schreef verzoekster tevens het volgende:

"...Verder verwijst de heer Y naar scholing van bestaande klanten van (verzoekster; N.o.) (...). Deze klanten zouden hiermee onderhoudstaken van (verzoekster; N.o.) overnemen. Dit is onjuist.

Voor onderhoud aan het Nederlandse spoorweginet verrichten genoemde firma's in opdracht van ProRail onderhoud en ontstoring als hun primaire activiteit. Tot deze installaties behoren wisselverwarmingsinstallaties, producten van (verzoekster; N.o.). Op wens van de klant worden producttrainingen gegeven om de medewerkers hun kerntaken te kunnen laten uitvoeren..."

4. Naar aanleiding van de reactie van verzoekster van 28 oktober 2003 werd namens de heer Y op 10 november 2003 onder meer het volgende meegedeeld aan de CWI:

"Verweerder handhaaft hetgeen hij bij verweerschrift heeft gesteld. Met name handhaaft verweerder de stelling dat er sprake is van een overgang van onderneming: verzoekster stopt met de activiteiten waarmee verweerder zich normaliter bezig houdt, en draagt die activiteiten over aan E. Cliënt is medegedeeld dat de gehele afdeling gaat sluiten, nu wordt er opeens gesteld dat van de 4 monteurs er twee ontslagen dienen te worden. De activiteiten waarmee verzoekster stopt worden overgedragen aan E., thans wordt zulks opeens als een dealerovereenkomst aangemerkt. Indien er sprake is van stoppen met activiteiten en overdracht van die activiteiten, alsmede daarbij behorend klantenbestand, technische informatie aan de verkrijger, in casu E., is er sprake van een overgang van een onderneming. De stelling dat er slechts sprake is van een dealerovereenkomst, wordt niet onderbouwd. De stelling dezerzijds dat er sprake is van een overgang van onderneming wordt slechts ontkend, doch niet wordt onderbouwd wat er wel aan de hand is. Verweerder merkt voor de goede orde op dat E. verzoekster al geruime tijd bijstaat: indien verzoekster het te verrichten werk niet meer aan kan bij de afdeling service, wordt E. ingeschakeld. E. heeft nu juist grote behoefte aan arbeidskrachten als verweerder, aangezien juist verweerder onder andere bij uitstek op de hoogte is van de producten die thans door verzoekster wordt geproduceerd, en onderhouden, zodat, nu er sprake is van een overgang van een onderneming, juist verweerder bij uitstek geschikt is, gelet op zijn kennis, ervaring en vaardigheden, de door E. te verrichten werkzaamheden mede te doen uitvoeren. Verweerder merkt op dat ook alle andere stellingen in de repliek niet door verzoekster worden onderbouwd. Met name geeft verzoekster onvoldoende inzicht in de over te dragen activiteiten.

Verweerder merkt verder op dat hij heeft gesteld dat er scholing van bestaande klanten van (verzoekster; N.o.) als (...) plaatsvindt. Die zouden de onderhoudstaken voortaan zelf gaan verrichten. Dit wordt thans door verzoekster bevestigd: de medewerkers moeten

voortaan zelf de kerntaken gaan uitvoeren. De stelling dat er nog weinig werk is voor verweerder, wordt niet onderbouwd, doch slechts gesteld. Duidelijk is in ieder geval wel voor verweerder dat verzoekster de activiteiten waarmee verweerder zich normaliter bezig houdt thans laat doodbloeden: de contracten bij diverse klanten worden verwaarloosd, er wordt niet achteraan gebeld. De afdeling verkeerstechniek is thans een ondergeschoven kindje geworden en er wordt geen of weinig aandacht aan besteed, reden waarom verzoekster thans opeens meent te kunnen stellen dat om die reden de afdeling service moet worden opgedoekt op grond van bedrijfseconomische omstandigheden.

Onjuist is verder, dat er geen werk meer is voor cliënt: cliënt deelde mij mede, dat er juist erg veel werk is, dat nauwelijks door de huidige werknemers verwerkt kan worden. Er staat ook juist voor verkeerstechniek weer veel werk verwacht, zodat de stelling, dat zulks niet het geval is, niet juist is, althans in ieder geval geheel niet althans onvoldoende onderbouwd.

Verweerder is dan ook van mening dat verzoekster niet althans onvoldoende heeft aangetoond dat er sprake is van een noodzaak om juist het dienstverband met onder andere verweerder te beëindigen. Ook geeft verzoekster op geen enkele wijze een deugdelijk inzicht in de overgang van de onderneming, respectievelijk 'dealersovereenkomst' met E., een andere benaming voor een overgang van de onderneming. Verzoekster zal, indien het verzoek niet direct wordt afgewezen, daarover nadere duidelijkheid dienen te verschaffen."

De gemachtigde van de heer X reageerde op 11 november 2003 onder meer als volgt:

**"...Totstandkoming 'samenwerking' (verzoekster; N.o.)**

(Verzoekster; N.o.) werd in de periode tot ongeveer juli 2002 voorgeschreven in de wisselverwarming en de verkeerstechniek bestekken die werden uitgegeven. Hierdoor kon (verzoekster; N.o.) 100% van de markt tot zich rekenen. De rail installateurs en 'natte' aannemers (klanten van (verzoekster; N.o.)) schreven in op de bestekken en waren verplicht deze te realiseren met producten van (verzoekster; N.o.). Bij de levering van de systemen werd door (verzoekster; N.o.) een inbedrijfstelling aangeboden dit in verband met de benodigde specifieke productkennis van deze systemen.

Door opkomende concurrentie ontstond er echter een verandering in de markt en werd (verzoekster; N.o.) in de desbetreffende bestekken niet langer voorgeschreven. Als gevolg hiervan verloor (verzoekster; N.o.) een deel van de markt aan de concurrentie.

Doordat (verzoekster; N.o.) leverancier is van producten/systemen kan zij zich niet inschrijven op de bestekken. Zij zou alsdan immers beticht worden van valse concurrentie, namelijk hoofdaannemer en tevens leverancier van de producten waardoor zij altijd de laagste prijs zou kunnen aanbieden. Andere aannemers zouden namelijk ook prijs moeten

aanvragen bij (verzoekster; N.o.).

Om die reden is (verzoekster; N.o.) al omstreeks juli 2002 begonnen met het zoeken naar een andere oplossing om het verloren deel van de markt terug te winnen. Zij is op zoek gegaan naar een partner welke tegen een concurrerende prijs zou kunnen inschrijven op deze bestekken, zulks onder de aan deze partner opgelegde voorwaarde dat deze partner alleen (verzoekster; N.o.) producten/systemen af zou nemen.

In 2002 heeft (verzoekster; N.o.) deze partner gevonden in E. en in de loop van 2003 hebben partijen verder kennis gemaakt. Zulks gebeurde onder andere door in 2003 meerdere malen service- en onderhoudswerkzaamheden uit te besteden aan E.

Overname van de service-afdeling door E.

Wat betreft de stelling van (verzoekster; N.o.), dat zij slechts een 'dealerovereenkomst' met E. zou hebben gesloten met als doel het openen van nieuwe verkoopkanalen door levering van producten van (verzoekster; N.o.) in voor haar nieuwe markten, wenst X het volgende op te merken.

Het voordeel van (verzoekster; N.o.) van voornoemde overeenkomst met E. is dat (verzoekster; N.o.) haar zonne-energiesystemen aan standplaatsen voor treintaxi's in Nederland kan leveren door deze samenwerking met E. E. heeft deze standplaatsen namelijk in onderhoud. Wat het voordeel van E. is van deze 'dealerovereenkomst' wordt door (verzoekster; N.o.) verzwegen.

Dat E. ook een voordeel heeft bij deze 'dealerovereenkomst' staat voor X vast. E. kan de zonne-energiesystemen immers ook van andere concurrerende zonne-energie leveranciers betrekken, dus waarom zou zij op dit punt een overeenkomst met (verzoekster; N.o.) aangaan, indien daar voor haar geen voordeel tegenover zou staan. X acht het zeer aannemelijk dat de overdracht van alle service- en onderhoudstaken aan E. inzet is geweest voor deze 'dealerovereenkomst' en dat de overdracht van voornoemde taken het voordeel is dat E. bij de 'dealerovereenkomst' met (verzoekster; N.o.) heeft.

Nu de service- en onderhoudstaken door (verzoekster; N.o.) worden uitbesteed aan E., hetgeen ook door (verzoekster; N.o.) is erkend (zie haar brief van 1 oktober 2003 aan het CWI (...)) en X ter ore is gekomen dat de service-afdeling van (verzoekster; N.o.), alwaar X werkzaam is, binnen afzienbare tijd geheel zal worden overgenomen door E., is X van mening dat er sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. X is van mening dat hij van rechtswege in dienst zal treden bij E. zodra de overname een feit is. Om die reden is X van mening dat een ontslagaanvraag niet aan de orde is.

Het vermoeden van X dat de service-afdeling van (verzoekster; N.o.) zal worden overgenomen door E. wordt versterkt door het feit dat er door (verzoekster; N.o.) momenteel aan 3 monteurs van E. een opleiding voor wisselverwarmingssystemen en

vaarwegmarkering producten wordt gegeven. X vermoedt dat zijn 2 collega monteurs die zijn herplaatst en derhalve niet zijn voorgedragen voor ontslag, binnen afzienbare tijd door (verzoekster; N.o.) zullen worden ingezet om de monteurs van E. technisch te ondersteunen.

### **Verrichte inspanning van (verzoekster; N.o.) om X te herplaatsen**

(Verzoekster; N.o.) stelt dat zij X bij herhaling zou hebben gewezen op de uitnodiging van E. tot een oriënterend gesprek over een nieuwe functie, doch dat X tot op heden nog geen belangstelling voor een functie bij E. zou hebben getoond.

Het voorgaande wordt door X uitdrukkelijk betwist. X wenst in dit kader nogmaals op te merken dat hij E. heeft bezocht, doch dat hem tot op heden geen concrete functie is aangeboden. Er zijn X tot op heden niet eens vacatures overgelegd waarnaar hij zou kunnen solliciteren. Op de vraag van X voor welke functie hij bij E. in aanmerking zou kunnen komen is tot op heden geen antwoord gegeven. Kortom: (verzoekster; N.o.) doet geen enkele moeite om X aan een baan bij E. te helpen...”

5. Bij brief van 24 november 2003 deelde de CWI verzoekster het volgende mee inzake de ontslagaanvraag voor de heren X en Y:

“De ontslagaanvraag is ter advisering aan de Ontslagadviescommissie voorgelegd. De commissie is van mening dat zij op basis van de beschikbare informatie geen advies kan geven. Er kan daarom in dit stadium geen beslissing worden genomen op uw aanvraag.

In dat kader verzoek ik u antwoord te geven op onderstaande vragen:

Gelet op het feit dat door u in de ontslagaanvraag is aangegeven dat de werkzaamheden van betrokken werknemers (servicewerkzaamheden) overgaan naar/zullen worden verricht door E. en u in uw nadere toelichting in replek slechts aangeeft dat met betrekking tot de servicewerkzaamheden een dealerovereenkomst is gesloten met E., maar geen uitsluitel geeft inzake de overgang van de servicewerkzaamheden van betrokken werknemers naar E., zijn de commissie leden van mening dat er in principe sprake is van overgang c.q. de voortzetting van de werkzaamheden van de betrokken werknemers naar E. en dat de betrokken werknemers, gelet op de mogelijke toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW, in de gelegenheid gesteld dienen te worden hun dienstverband onder vergelijkbare voorwaarden in dienst van E. voort te zetten. Op grond hiervan geeft de commissie u in overweging de aanvraag in te trekken.

Indien u hiertoe onvoldoende aanleiding aanwezig acht, verzoek ik u mij deze gemotiveerd en concreet onderbouwd mede te delen. Indien u van mening bent dat er weliswaar sprake is van een overgang van de werkzaamheden/activiteiten van werknemers, maar er bij E. onvoldoende mogelijkheden zijn betrokken werknemers hun werkzaamheden daar (volledig) voort te laten zetten, verzoekt de commissie E. zich in deze procedure te laten

voegen en met betrekking tot de noodzaak van een (deeltijd) ontslag van in eerste instantie (anciënniteit) de heer X, een concreet onderbouwde, mede door E. ondertekende, nadere toelichting, terzake te verstrekken.”

6. In antwoord op de brief van de CWI van 24 november 2003 deelde verzoekster op 1 december 2003 onder meer het volgende mee:

“In de eerste plaats merk ik op dat de ontslagaanvraag gebaseerd is op bedrijfseconomische redenen op grond waarvan 2 arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Het al dan niet van toepassing zijn van de wet overgang ondernemingen - hetgeen overigens uitdrukkelijk niet het geval is - dient bij de beoordeling van de ontslagaanvragen dan ook geen rol te spelen. Een grondslag hiervoor is niet aanwezig in het ontslagbesluit en derhalve is er geen juridische basis om de ontslagaanvraag op grond hiervan af te wijzen. (Verzoekster; N.o.) trekt de aanvragen voor de ontslagvergunningen dan ook niet in.

Ik benadruk dat er in deze kwestie geen sprake is van toepassing van de wet overgang ondernemingen. Het bovenstaande neemt echter niet weg dat (verzoekster; N.o.) eraan hecht nader in te gaan op de Wet overgang Ondernemingen. Bij herhaling is gesteld en met cijfers onderbouwd dat door de terugloop, in de maritieme opdrachtenstroom er een terugloop is ontstaan in de behoefte aan servicewerkzaamheden. Deze afname van servicewerkzaamheden is dan ook de reden van de ontslagaanvragen voor twee van de vier servicemedewerkers. Er wordt volkomen ten onrechte een verband gelegd tussen de servicewerkzaamheden en de dealerovereenkomst met E. Zowel in het verweer van X als Y wordt dit verband gelegd, zij zijn echter op generlei wijze betrokken bij deze overeenkomst, onbekend met de inhoud en niet in staat over een hen onbekende overeenkomst te oordelen. (Verzoekster; N.o.) ontkent dat servicewerkzaamheden overgaan naar E. en acht een dealerovereenkomst tussen (verzoekster; N.o.) en E. niet relevant voor de beoordeling van deze ontslagaanvraag. Samengevat is er sprake van een sterke terugloop in de service en daarom is een halvering van het servicepersoneel noodzakelijk.”

De gemachtigden van de heren X en Y volhardden vervolgens in hun standpunt dat er service- en onderhoudswerkzaamheden waren overgedragen aan E.

7. In vrijwel gelijklopende besluiten, gedateerd 23 december 2003, deelde de CWI aan verzoekster mee dat geen toestemming werd verleend om de arbeidsverhouding met de heren X en Y te beëindigen. In de besluiten werd onder meer het volgende overwogen door de CWI:

(...)

“Aan de onthouding van toestemming de arbeidsverhouding op te zeggen liggen de volgende overwegingen ten grondslag.

Ingevolge artikel 4:1 van het Ontslagbesluit ex artikel 6, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 kan toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding worden verleend indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit bedrijfseconomisch/bedrijfsorganisatorisch oogpunt een arbeidsplaats dient te vervallen. Artikel 4:2, eerste lid, bepaalt dat per bedrijfsvestiging en per categorie uitwisselbare functies de werknemer met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking dient te worden gebracht.

De ontslagaanvraag is voorgelegd aan de Ontslagadviescommissie. Deze heeft mij unaniem geadviseerd te beslissen conform de onderhavige overwegingen.

(...)

(...)

Met de in deze procedure ingebrachte gegevens is duidelijk geworden dat de service werkzaamheden die betrekking hebben op de maritieme verkeerstechniek en wisselverwarming worden beëindigd en dat alle lopende service en onderhoudstaken bij het servicebedrijf E. worden ondergebracht. Voorts heeft werkgever te kennen gegeven dat werkgever een dealerovereenkomst heeft afgesloten met ditzelfde bedrijf. Werkgever heeft het contract van de dealerovereenkomst niet overgelegd en is van mening dat er geen sprake is van overname of gedeeltelijke overname. Voorts is vast komen te staan dat servicemonteurs van E. worden opgeleid bij werkgever voor service werk.

Voorts dient, ten aanzien van het verweer van werkgever dat de CWI niet bevoegd is om te oordelen of er sprake is van een overname of een gedeeltelijke overname te worden opgemerkt dat de commissie in sommige gevallen zoals in casu gedwongen is vanuit zijn publiekrechtelijke bevoegdheid zich in te laten over de vraag of er sprake is van overname in de zin van artikel 7:662 BW om te kunnen oordelen of de ontslagaanvraag redelijk is.

Voorgaande en de verweren van werknemers hebben een dusdanig beeld naar voren gebracht dat het er alle schijn van heeft dat er sprake is van een gedeeltelijke overname, waardoor de arbeidsplaatsen blijven bestaan. De Ontslagadviescommissie is dan ook van oordeel dat door een positief besluit werknemers in een dusdanige negatieve situatie zouden worden gemanoeuvreed dat dit niet redelijk is, mede daar het belang van werknemers in dit geval groter is dan die van werkgever. De commissie is derhalve van mening dat de gevraagde toestemming onthouden dient te worden op basis van redelijkheid en billijkheid zoals opgenomen in het Ontslagbesluit en er geen toestemming verleend kan worden en dat de zaak voorgelegd dient te worden aan de daartoe bevoegde Rechter.”

8. Op 28 april 2004 diende verzoeksters gemachtigde een klacht in bij de CWI. In deze klacht wordt onder meer het volgende naar voren gebracht:

“Cliënte handhaaft haar stelling dat geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en dat zij dit in de procedure voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Cliënte betwist dat artikel 3:1 van het Ontslagbesluit voldoende grondslag biedt voor een toetsing door u of sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Voornoemde algemene toetsingsmaatstaf noch de bijzonder toetsingsmaatstaven weergegeven in het Ontslagbesluit verleent de CWI deze bevoegdheid. Door zich wel uit te laten of sprake is van overname in de zin van artikel 7:662 BW heeft u mitsdien in strijd gehandeld met het Ontslagbesluit. De toetsing of er sprake is van een overgang van een onderneming is uitsluitend voorbehouden aan de burgerlijk rechter. De CWI dient uitsluitend te toetsen of zich bij de aanvragen bedrijfseconomische redenen voordoen zoals wordt genoemd in paragraaf 4 van het ontslagbesluit. Dit heeft cliënte voldoende aannemelijk gemaakt, zodat dit had moeten leiden tot het verlenen van de door cliënte verzochte toestemmingen om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.”

9. In reactie op de klacht van verzoeksters gemachtigde deelde de CWI bij brief van 28 mei 2004 onder meer het volgende mee aan verzoeksters gemachtigde:

“Zoals vermeld in de ontslagbeschikking heeft CWI een publiekrechtelijke bevoegdheid om zich in te laten met de vraag of er sprake is van overname in de zin van artikel 7:662 e.v. BW om dezerzijds te kunnen beoordelen of de vigerende ontslagaanvraag redelijk is. In de beschikking wordt onder meer gesproken over ‘alle schijn dat er sprake is van een gedeeltelijke overname’.

U handhaaft in uw schrijven de stelling dat er geen sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Uw stelling in deze is dat de algemene toetsingsmaatstaf van artikel 3:1 dan wel de bijzondere toetsingsmaatstaven zoals weergegeven in het Ontslagbesluit CWI geen bevoegdheid verleent met betrekking tot het zich uitlaten over de vraag of er sprake is van overname.

Hieronder zal ik beargumenteren waarom ik het met u hierover oneens ben.

In de brief van 1 december 2003 zijdens werkgever stelt werkgever te ontkennen dat servicewerkzaamheden overgaan naar E., een en ander zonder concrete argumentatie, en werkgever acht ten tweede een dealerovereenkomst niet relevant voor de beoordeling van de ontslagaanvraag.

Door gemachtigde van werknemer wordt mijns inziens terecht opgemerkt dat werkgever op geen enkele wijze laat blijken *waarom* de overgangsbepalingen geen enkele rol zouden mogen spelen bij de beoordeling door het CWI. Gemachtigde van werknemer benadrukt in het schrijven van 10 december 2003 dat ‘de normale onderhoudswerkzaamheden gewoonweg worden overgedragen aan E.’.



In het schrijven van 17 oktober 2003 wordt vermeld dat aan een van de twee werknemers, de heer Y, een eenjarig contract is aangeboden door E.

Voornoemde feiten en stellingen waren aanleiding voor de heer mr. K., ontslagconsulent Juridische Zaken Middenwest, voorliggend ontslagdossier op extra kritische wijze te beoordelen. Volgens de richtlijnen die CWI dient toe te passen is *extra alertheid* geboden wanneer overgang van activiteiten mogelijk aan de orde is.

Reeds 20 november 2003 zijn de beide dossiers voorgelegd aan de Ontslagadviescommissie, vervolgens zijn de zaken aangehouden door de Ontslagcommissie en werkgever heeft daarna nogmaals de kans gekregen met een concrete vraagstelling dezerzijds om nadere duidelijkheid te creëren.

De CWI richtlijnen bepalen letterlijk met betrekking tot overgang van onderneming dat CWI soms gedwongen kan zijn binnen het kader van de *eigen publiekrechtelijke bevoegdheid* zich in zekere mate in te laten met de vraag of er sprake is van overgang in de zin van de wet om te kunnen beoordelen of het ontslag redelijk is.

Indien er *aanwijzingen* zijn dat er sprake is van een (komende) overgang van een onderneming dan is extra alertheid geboden. Volgens onze richtlijnen is doel van de Wet de bescherming van werknemers. Een doel van de preventieve ontslagtoets is immers voorkomen van ongerechtvaardigd ontslag.

Overigens en dit is ook terug te vinden in de ontslagbeschikking is het uiteindelijke oordeel omtrent de rechtsvraag voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Dezerzijds wordt ook niet geconcludeerd dan wel vastgesteld dat er sprake is van overname. Immers het oordeel hierover is voorbehouden aan de rechter. In de ontslagbeschikking wordt er slechts rekening gehouden met mogelijke overgang van activiteiten, echter zonder dat CWI hier een bindende uitspraak over doet. De formulering binnen de ontslagbeschikking is zodanig dat vaststellingen *onder voorbehoud* geschieden. Wel is het zo dat CWI zich *in zekere mate* mag inlaten met de kwestie of een en ander in casu het geval is.

Wat speelde in onderhavige casus en ook bleek uit door partijen aangedragen stukken was dat de vigerende service-werkzaamheden werden overgedragen aan E. Mij is bij bestudering van de stukken nota bene gebleken dat werkgever immers zelf meldde dat 'de lopende service- en onderhoudstaken worden ondergebracht bij E.' (zie ontslagaanvraag d.d. 25 september 2003 onder bijlage 2), de brief gericht aan werknemer d.d. 16 september 2003 spreekt over 'een mogelijke overname van medewerkers' en het aanvankelijk stellen door werkgever dat het service-werk overgaat naar E. en vervolgens ontkennen, zonder daaraan ten grondslag liggende argumentatie dat het servicewerk overgaat naar E. draagt eveneens niet bij tot helderheid.

Tevens blijkt uit de stukken dat de heer Y lopende de ontslagprocedure door E. een jaarcontract aangeboden heeft gekregen, hetgeen een aanwijzing temeer is dat de werkzaamheden kennelijk in het vervolg door E. worden uitgevoerd; de stelling van werkgever dat er slechts sprake zou zijn van een dealerovereenkomst wordt niet door argumentatie ondersteund, de betreffende overeenkomst wordt niet overgelegd door werkgever en E. staat werkgever reeds geruime tijd bij wanneer werkgever het werk niet meer aankan.

Tevens is gebleken uit de stukken dat servicemonteurs van E. werden opgeleid bij werkgever voor servicewerk, hetgeen eens te meer bevestigt dat er sprake is van verwevenheid tussen (verzoekster; N.o.) en E.

Op grond van het Ontslagbesluit kan van werkgever worden verlangd om optimale duidelijkheid te scheppen; het is immers aan werkgever om de ontslaggrond aannemelijk te maken en ondanks heldere vraagstelling door het CWI bleven onduidelijkheid en gerede twijfel bestaan met betrekking tot de status van de werkzaamheden. Er waren immers meerdere aanwijzingen dat de werkzaamheden niet kwamen te vervallen en daarmee komen de betreffende arbeidsplaatsen eveneens niet te vervallen.

Zoals hierboven vermeld heeft CWI een eigen publiekrechtelijke bevoegdheid zich in te laten met de kwestie of er sprake is van overgang van activiteiten. Uiteindelijk is na rijp beraad in de Ontslagadviescommissie het advies aan het CWI gegeven om ontslag te onthouden verwijzend naar het ontbreken van redelijkheid van de ontslagaanvraag. Werkgever had immers onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de arbeidsplaatsen kwamen te vervallen en er was *een schijn van overname* van werkzaamheden en gezien de stukken lag onthouding van ontslagvergunningen in de rede.

CWI dient zich in ontslagprocedures actief op te stellen met inachtneming van de onderzoeksplicht; in casu zijn er vragen gesteld aan werkgever en werkgever is er onvoldoende in geslaagd om helderheid te brengen; ontslagvergunningen kunnen slechts worden verleend indien de aanvragende werkgever de onderbouwing helder heeft weergegeven. Naar het inzicht van CWI heeft het hier aan ontbroken en bleken er te veel onduidelijkheden om te kunnen besluiten ten faveure van werkgever.

De Ontslagadviescommissie is uiteindelijk op 23 december 2003 tot een definitief standpunt gekomen en na uitvoerige discussie over de ingebrachte stukken van beide partijen tot het oordeel gekomen dat ontslag niet gerechtvaardigd is. Het is en blijft immers een belangenafweging die in casu in het nadeel van werkgever is uitgevallen.

CWI is overigens bepaald niet tot een overhaaste besluitvorming gekomen, doch heeft partijen maar liefst drie ronden van hoor en wederhoor gegund om tot verduidelijking te komen.

Het ontslagdossier is nota bene twee maal behandeld in de Ontslagadviescommissie; de eerste maal aangehouden met nadere vraagstelling richting werkgever - vanwege bestaande onduidelijkheden - en de tweede maal hebben de Ontslagadviescommissie leden CWI *unaniem* geadviseerd de ontslagvergunning te onthouden.

Een ontslagbeschikking kan zoals bekend niet worden herzien; het is een eindbeslissing met een onherroepelijk karakter.

Mij is gebleken dat de ontslagbeschikking, afgegeven op 23 december 2003, voldoet aan de motiveringseisen conform de AWB (Algemene Wet Bestuursrecht). De beschikking is opgemaakt door ontslagconsulent (...) en in onderhavige ontslagbeschikking wordt grondig uiteengezet en grondig gemotiveerd waarop de onthouding tot opzegging van de arbeidsovereenkomst is gebaseerd.

Na grondige beoordeling van het volledige ontslagdossier acht ik uw klacht ongegrond. Naar ons inzicht toentertijd en de huidige beoordeling kan ik dezerzijds niet anders dan concluderen dat de ontslagprocedure wel degelijk op rechtmatige wijze is verlopen en de uitspraak als zodanig als rechtmatige beslissing kan worden beschouwd.

Overigens is een inhoudelijke herziening niet mogelijk, wanneer feiten en omstandigheden gelijkblijvend en onveranderd zijn. Artikel 3:1 Ontslagbesluit geldt als leidend beginsel en CWI heeft de verantwoordelijkheid tot het nemen van verantwoorde beslissingen, hetgeen naar ons oordeel in casu tot stand is gekomen na verricht onderzoek en na gehoord te hebben de Ontslagadviescommissie.

Hier zij met nadruk herhaald dat de formulering in de CWI-ontslagbeschikking zodanig is dat de uitspraken met juridische lading *onder voorbehoud* zijn geformuleerd en een uiteindelijke uitspraak over de mogelijke toepasselijkheid van de Wet Overname blijft voorbehouden aan de burgerlijke rechter.

Mochten feiten en omstandigheden inmiddels anders zijn komen te liggen dan wel slaagt u erin de feiten helderder te verwoorden zonder bestaande onduidelijkheden dan kunt u opnieuw om een ontslagvergunning bij CWI verzoeken. Juridische aangelegenheden met betrekking tot mogelijke overgang van onderneming kunt u desgewenst voorleggen aan de rechter.

Hoewel ik mij realiseer dat bovenstaande beantwoording u wellicht niet geheel bevredigt, hoop ik u hiermee de gevolgde ontslagprocedure nader te hebben uiteengezet en welke toetsingsruimte het CWI heeft en hoe ik tot mijn bevindingen ben gekomen."

10. Nadat verzoeksters gemachtigde bij brief van 16 juni 2004 aan de CWI had laten weten dat het eerder ingenomen standpunt werd gehandhaafd, deelde de CWI verzoeksters gemachtigde op 26 juli 2004 onder meer mee dat het beleid van de CWI aangaande overgang van ondernemingen is vastgelegd in bijlage G van het Delegatiebesluit 1993.

Deze bijlage geeft ook na de conversie van het Delegatiebesluit 1993 in het Ontslagbesluit per 1 januari 1999 het geldend beleid weer, aldus de CWI. De genoemde conversie beoogde namelijk niet om het geformuleerde beleid inzake overgang van ondernemingen te verlaten.

#### B. Standpunt verzoekster

Voor het standpunt van verzoekster wordt verwezen naar de klachtsamenvatting onder Klacht en naar de onder Feiten vermelde brieven die verzoekster en haar gemachtigde naar de CWI hebben gestuurd.

#### C. Standpunt Centrale organisatie werk en inkomen

1. In reactie op de klacht deelde de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen de Nationale ombudsman bij brief van 15 november 2004 het volgende mee:

“In het hiernavolgende ga ik nader op de klacht in. Met betrekking tot de onderhavige klacht is in de interne klachtbehandeling uitvoerig gereageerd door CWI Juridische Zaken te Amersfoort. Zie de brief van 28 mei 2004. Ik verzoek u deze brief als herhaald en ingelast te beschouwen.

Ad klachtonderdeel 1:

CWI heeft een zelfstandige onderzoeksplicht, welke zijn grondslag vindt in artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Het is een bestuursrechtelijke verplichting voor CWI om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. Artikel 3:4 Awb bepaalt voorts dat CWI alle betrokken belangen dient af te wegen.

Het Ontslagbesluit met de toelichting vormt de basis voor de beoordeling van ontslagaanvragen ex artikel 6 BBA. Er is geen wettelijk verbod om dit beleidsmatig verder uit te werken. Integendeel: titel 4:3 Awb biedt hiervoor de wettelijke basis.

In dit verband wijs ik u er op dat onder het Delegatiebesluit 1993 al een ontslagbeleid is vastgesteld door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Besluit van 14 januari 1993, nr. ABA/OT/92/0750, Stcrt. 1993, nr. 11). Dit is bijlage G van het Delegatiebesluit 1993. Deze bijlage geeft het beleid van CWI weer ten aanzien van de combinatie ontslag op bedrijfseconomische gronden en overgang van ondernemingen (...). Met de conversie van het Delegatiebesluit 1993 in het Ontslagbesluit per 1 januari 1999 is alleen een *technische* conversie beoogd en niet het verlaten van het geformuleerde beleid. Voor zover er inhoudelijke wijzigingen zijn doorgevoerd, dan is dat expliciet benoemd, maar dit zag alleen op wijzigingen ten gevolge van de invoering van de Wet Flex en Zekerheid. Het ontslagbeleid ten aanzien van overgang van ondernemingen viel daar buiten en is thans nog steeds geldend.

Concreet heeft dit tot gevolg dat CWI zich in een aantal situaties moet inlaten met de vraag of er sprake is van een overgang van een onderneming. Bij de behandeling en besluitvorming inzake ontslagaanvragen waarbij mogelijk van overgang van ondernemingen sprake is, zal de CWI in sommige gevallen binnen het kader van zijn eigen publiekrechtelijke bevoegdheid gedwongen zijn, zich in zekere mate in te laten met de vraag of er sprake is van overgang in de zin van de Wet om te kunnen beoordelen of het ontslag redelijk is. Deze situatie kan zich met name voordoen als partijen betwisten dat de Wet van toepassing is of wanneer het tijdstip van de overgang niet vaststaat. Uitgangspunt is dat de civiele rechter vaststelt of er al dan niet sprake is van een overgang van de onderneming. CWI heeft daar niets mee van doen. In de overwegingen bij de beschikking wordt tot uitdrukking gebracht dat het uiteindelijke oordeel omtrent de rechtsvraag aan de burgerlijke rechter is voorbehouden. CWI zal echter wel zich een oordeel moeten vormen over grondslag van de ontslagaanvraag. Als deze uitsluitend is gelegen in de overgang van de onderneming dan zal een toestemming geweigerd moeten worden om daarmee te voorkomen dat de bescherming van werknemers bij een overgang van een onderneming teniet zou worden gedaan.

Bij een gestelde bedrijfseconomische noodzaak zal voor een goede en evenwichtige belangenafweging voldoende inzicht moeten worden verkregen in de feitelijke situatie en kan doorvragen naar een mogelijke overgang van belang zijn. Verder kan dit van belang zijn bij de beoordeling van de keuzerechtvaardiging bij de te hanteren ontslagvolgorde.

In zijn algemeenheid geldt tenslotte dat er een algemene redelijkheidstoets is opgenomen in artikel 3:1 Ontslagbesluit. Deze vormt het sluitstuk van de belangenafweging en het aspect overgang van een onderneming kan daarbij een rol spelen.

De stelling dat CWI op grond van het Ontslagbesluit niet bevoegd is om een mogelijke overgang van onderneming ten grondslag te leggen aan haar beslissing, vermag ik dan ook niet te volgen.

Ad klachtonderdeel 2:

Zoals hierboven reeds is toegelicht baseert CWI haar huidig gehanteerde ontslagbeleid op bijlage G van het Delegatiebesluit 1993 welke gepubliceerd is in de Staatscourant. Bijlage G is derhalve nog steeds geldend en leidend voor CWI bij de behandeling van ontslagaanvragen waarbij sprake is van een combinatie van ontslag op bedrijfseconomische gronden en overgang van ondernemingen. CWI heeft verzoekster zulks eerder medegedeeld bij schrijven van 26 juli 2004 (...). De onderhavige ontslagbeschikkingen van 23 december 2003 zijn gebaseerd op het bestendige ontslagbeleid zoals weergegeven in de richtlijnen van bijlage G. Derhalve ben ik van mening dat CWI door toepassing ervan niet in strijd handelt met het motiveringsvereiste en het rechtszekerheidsbeginsel.

Voorzover eerder telefonisch door CWI is aangegeven dat met de in de interne klachtafwikkeling van 28 mei 2004 vermelde richtlijnen een interne werkinstructie van CWI wordt bedoeld, benadruk ik dat deze werkinstructie niet anders is dan een nadere uitwerking van bijlage G. Bijlage G heeft zijn beslag gekregen in een interne werkinstructie van CWI "overgang van onderneming".

De CWI voegde bij haar reactie bijlage G. "Ontslagbeleid bij overgang ondernemingen" van het inmiddels vervallen Delegatiebesluit 1993. Hierin staat onder meer het volgende:

*"Algemeen*

De Wet overgang van ondernemingen is gebaseerd op de norm, dat de rechtspositie van werknemers wordt beschermd als de onderneming waar zij werkzaam zijn, wordt overgedragen. De wet laat onverlet de mogelijkheid om een ontslagvergunning aan te vragen bij de Regionaal Directeur voor de arbeidsvoorziening. Gelet op het uitgangspunt dient een ontslagaanvraag rondom de overgang van een onderneming door de Regionaal Directeur kritisch te worden beoordeeld. Daarbij moet bij de behandeling van ontslagaanvragen in het algemeen worden uitgegaan van een scheiding tussen publiekrecht en privaatrecht. De Regionaal Directeur ontleent zijn bevoegdheid tot het verlenen van toestemming op verzoeken tot het beëindigen van de arbeidsverhouding immers - via delegatie - aan de publiekrechtelijke regel van art. 6 BBA. De Regionaal Directeur zal zich derhalve in beginsel niet behoren uit te laten over privaatrechtelijke rechtsvragen in het kader van ontslagaanvragen waarbij art. 1639aa e.v. BW van toepassing zou kunnen zijn. Bij de behandeling en besluitvorming inzake ontslagaanvragen waarbij mogelijk van overgang van ondernemingen sprake is, kan de Regionaal Directeur evenwel in sommige gevallen binnen het kader van zijn eigen publiekrechtelijke bevoegdheid toch gedwongen zijn, zich in zekere mate in te laten met de vraag of er sprake is van overname in de zin van art. 1639aa e.v. BW, teneinde te kunnen beoordelen of het ontslag redelijke is. Deze situatie kan zich met name voordoen, indien partijen betwisten dat er sprake is van overgang in de zin van de wet of wanneer het tijdstip van de overgang niet vaststaat. In dergelijke situaties kan de Regionaal Directeur de aanvraag overigens voor zover vereist behandelen (zie richtlijn VZV) en eventueel ook in de overwegingen tot uitdrukking brengen, dat het uiteindelijke oordeel over de betreffende rechtvraag aan de burgerlijke rechter is.

Bedrijfseconomische redenen en overgang van ondernemingen

Bij ontslagaanvragen rondom overgang van ondernemingen, spelen bedrijfseconomische redenen met personele gevolgen vaak een grote rol. In het kader van de toetsing door de Regionaal Directeur zal conform artikel 9 van het delegatiebesluit de bedrijfseconomische noodzaak tot het ontslag door de werkgever aannemelijk moeten worden gemaakt. In dit verband kunnen in het kader van de beoordeling van de redelijkheid van het ontslag ook mogelijkheden tot (her)plaatsing bij de eventueel nieuwe werkgever worden meegewogen.

In ieder geval zal een uitsluitend in de overgang gelegen motief voor ontslag niet voldoende zijn, ook niet als een ontslag als voorwaarde is gesteld door de overnemer.”

2. In reactie op nadere vragen van de Nationale ombudsman deelde de CWI op 7 januari 2005 nog het volgende mee:

“U stelde op 19 november 2004 de navolgende vragen:

- is het beleid zoals dat in Bijlage G van het Delegatiebesluit was weergegeven, naar buiten toe gepubliceerd dan wel anderszins formeel bekend gemaakt naar de buitenwacht sinds de invoering van het Ontslagbesluit?

- Indien mocht blijken dat publicatie niet heeft plaatsgevonden wilt u dan opnieuw een reactie op de klacht geven?

Zoals reeds eerder vermeld is het huidige gehanteerde ontslagbeleid destijds vastgelegd in bijlage G van het Delegatiebesluit 1993. Het Delegatiebesluit is ingetrokken met de inwerkingtreding van het Ontslagbesluit per 1 januari 1999. Het beleid zoals vervat in Bijlage G is echter nog steeds geldend: het beleid is sedertdien consistent toegepast door de Arbeidsvoorzieningsorganisatie en daarna door haar rechtsopvolger CWI bij de uitvoering van de ontslagtaak. Alhoewel dit bij de inwerkingtreding van het Ontslagbesluit niet expliciet door de Arbeidsvoorzieningsorganisatie als zodanig kenbaar is gemaakt aan de buitenwacht, bijvoorbeeld door middel van publicatie, heeft zowel de Arbeidsvoorzieningsorganisatie als CWI echter steeds daarnaar gehandeld.

Naar de mening van CWI is derhalve het ontslagbeleid ten aanzien van overgang van ondernemingen thans nog steeds geldend en leidend voor CWI bij de behandeling van ontslagaanvragen waarbij sprake is van een combinatie van ontslag op bedrijfseconomische gronden en overgang van ondernemingen.

CWI is een zelfstandig bestuursorgaan dat de ontslagtaak uitvoert zoals die haar grondslag vindt in artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945. Zij heeft in die hoedanigheid geen regelgevende bevoegdheden. Deze zijn uitdrukkelijk voorbehouden aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Mondelinge toelichting SZW:

Naar aanleiding van uw verzoek om een nadere toelichting heeft CWI informatie ingewonnen bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de vraag voorgelegd wat de reden is van het feit dat Bijlage G niet als zodanig is teruggekeerd in het Ontslagbesluit.

Het Ministerie (...) heeft mondeling bericht, dat er destijds voor is gekozen om geen bijlagen meer op te nemen, waarvan de inhoud voortvloeit uit andere wet- en regelgeving

en bijbehorende jurisprudentie. Daardoor werd Bijlage G overbodig en is deze als zodanig komen te vervallen bij conversie van het Delegatiebesluit 1993 in het Ontslagbesluit per 1 januari 1999. Dit betrof overigens een technische conversie, die samenviel met enkele inhoudelijke wijzigingen ten gevolge van de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid.

#### Nadere toelichting CWI

Het ontslagbeleid is altijd gebaseerd geweest op de Europese richtlijnen, de wet- en regelgeving en de jurisprudentie. Daar kan het vervallen van de door het Ministerie overbodig verklaarde Bijlage G derhalve niets aan afdoen. De buitenwacht mocht er dan ook niet van uit gaan, dat het beleid in het kader van een mogelijke overgang van onderneming is gewijzigd.

De doelstelling van de richtlijnen met betrekking tot overgang van onderneming is de bescherming van werknemers en het behoud van hun rechten bij een overgang van onderneming.

In de EG-Richtlijn 98/50 van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG en de EG-Richtlijn van 12 maart 2001, 2001/23, L 82/16, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen is in artikel 4 lid 1 aangegeven dat de overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen geeft in vervolg daarop aan dat indien werknemers van de onderneming wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding in strijd met artikel 4 lid 1 van de richtlijn wordt beëindigd met ingang van een datum vóór die van de overgang, worden geacht op de datum van overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn, hetgeen met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen overeenkomstig artikel 3 lid 1 van de richtlijn van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Om uit te maken of de overgang, in strijd met voornoemd artikel 4 lid 1 de enige reden was voor het ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven, en in een geval als het onderhavige, meer in het bijzonder op de omstandigheid dat het nagenoeg gelijktijdig met de overgang is ingegaan en dat de betrokken werknemers door de verkrijger opnieuw in dienst zijn genomen (zie overweging 18, HvJ EG 15 juni 1988, zaak 101/87, Bork).

Deze Europese wetgeving en jurisprudentie hebben in Nederlandse wetgeving hun beslag gekregen in onder andere de Wet overgang van onderneming (artikel 7:662 t/m artikel 7:666 BW), maar ook bijvoorbeeld in artikel 7:670 lid 8 van het Burgerlijk Wetboek (opzegverbod ivm een overgang van onderneming).



Een naar burgerlijk recht ontoelaatbare ontslaggrond zoals een mogelijke 'overgang van onderneming' kan derhalve door CWI niet als een redelijke ontslaggrond worden aangemerkt, tenzij het Ontslagbesluit dit expliciet zou toestaan.

CWI diende zich in de zaak van (verzoekster; N.o.) in het kader van redelijkheid en billijkheid een oordeel te vormen over het ontslag. Zij ontkwam er niet aan om ten aanzien van haar eigen publiekrechtelijke bevoegdheid (de ontslagtaak) een uitspraak te doen over een mogelijke overgang van onderneming. Temeer omdat de overgang van onderneming onderdeel vormde van het verweer van de werknemer en dit door werkgever werd betwist.

CWI persisteert dan ook bij haar eerder ingenomen standpunt dat zij niet in strijd heeft gehandeld met het rechtszekerheidsbeginsel. Zij heeft reeds jarenlang *bestaande bestuurpraktijk bestendig*. CWI persisteert eveneens bij haar eerder ingenomen standpunt dat zij niet in strijd heeft gehandeld met het motiveringsvereiste. In de beschikking heeft zij expliciet aangegeven dat zij niet bevoegd is een uitspraak te doen of er al dan niet sprake is van een overgang van onderneming en dat de beantwoording van deze vraag uitdrukkelijk is voorbehouden aan de Rechter. Daarnaast heeft zij uitvoerig uiteengezet waarom zij er desondanks in sommige gevallen niet aan ontkomt een uitspraak te doen over een mogelijke overgang van onderneming en wat in de onderhavige zaak de reden is dat zij de ontslagvergunning derhalve heeft geweigerd.”

#### d. reactie verzoekster

Naar aanleiding van de reactie van de CWI van 7 januari 2005 deelde verzoeksters gemachtigde op 21 maart 2005 het volgende mee:

“De CWI stelt dat het Delegatiebesluit is ingetrokken met de inwerkingtreding van het Ontslagbesluit per 1 januari 1999. Zij stelt echter dat het beleid vervat in bijlage G nog steeds geldend is en sedertdien consistent is toegepast door de Arbeidsvoorzieningsorganisatie en daarna door haar rechtsopvolger CWI bij de uitvoering van de ontslagtaak. De CWI erkent dat dit bij de inwerkingtreding van het Ontslagbesluit niet expliciet door haar als zodanig kenbaar is gemaakt aan de buitenwacht, bijvoorbeeld door middel van publicatie.

Cliënte betwist dat de CWI nog de bevoegdheid toekomt om zich te beroepen op beleidsnormen behorende bij een oude regeling die niet in de nieuwe regeling worden opgenomen. De CWI heeft geen regelgevende bevoegdheid en de Minister van Sociale zaken heeft door het niet overnemen van Bijlage G in het Ontslagbesluit hiermee laten blijken dat aan deze normen geen zelfstandige betekenis meer toekomt. In elk geval mogen derden hierop afgaan. De toelichting van (...) het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onderschrijft dit min of meer. Uit de overige wetgeving en jurisprudentie vloeit niet voort dat de CWI bij haar redelijkheidsoordeel nog een taak toekomt op het gebied van onderneming.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel, verzet zich ertegen dat de CWI zich beroept op intern beleid zonder dat dit beleid op afdoende wijze kenbaar is gemaakt aan de buitenwacht. Zeker in het geval een deel van een ontslagregeling wordt ingetrokken, namelijk bijlage G van het Delegatiebesluit 1993 en andere bijlagen, zoals bijlage F Ontslagen in het Schoonmaakbedrijf, wel worden opgenomen in het Ontslagbesluit, mag van de CWI worden verwacht dat zij door middel van publicatie kenbaar maakt aan derden dat het beleid zoals vervat in de niet opgenomen bijlage G door haar onverkort wordt voortgezet.

De CWI heeft overigens in haar bestreden beslissingen Bijlage G niet toegepast, nu deze bijlage in geval van betwisting door partijen of sprake is van een overgang van onderneming, zoals in de onderhavige zaken het geval was, aangeeft dat de Regionaal Directeur, thans CWI, de aanvragen voor zover vereist kan behandelen. In dit geval heeft de CWI de ontslagaanvragen geweigerd. Indien er al sprake is van onverkorte voorzetting van de beleidsnormen zoals opgenomen in Bijlage G kan worden vastgesteld dat de CWI hiermee in strijd heeft gehandeld.

De CWI stelt wel dat de bijlage G nog steeds consistent door

haar wordt toegepast, maar laat echter na de interne richtlijnen te overleggen waaruit dat zou kunnen blijken. Bij mij bestaat meer de indruk dat de diverse juridische afdelingen van de CWI hiermee verschillend en derhalve willekeurig omgaan en dat goede interne richtlijnen hierover ontbreken binnen de organisatie van de CWI. Het is overigens onduidelijk waarom de CWI van mening is dat zij de vraag of sprake is van een overgang van onderneming wel dient te betrekken bij haar redelijkheidsoordeel van artikel 3:1 Ontslagbesluit en niet bijvoorbeeld de vraag of sprake is van opzegverboden. Bij dit laatste onthoudt de CWI zich ervan om hieraan consequenties te verbinden en verwijst zij standaard aan het einde van iedere beschikking naar de burgerlijke rechter.

De CWI stelt dat een naar burgerlijk recht ontoelaatbare ontslaggrond zoals een mogelijke - overgang van onderneming - niet door haar als een redelijke ontslaggrond kan worden aangemerkt, tenzij het ontslagbesluit dit expliciet zou toestaan. Het is juist dat het Ontslagbesluit overgang van onderneming niet als ontslaggrond kent. Door cliënte is echter als ontslaggrond niet overgang van onderneming aangevoerd maar zij heeft gemotiveerd en voldoende onderbouwd aangegeven dat er sprake is van verminderd werk waardoor arbeidsplaatsen in haar onderneming moesten komen te vervallen.

Cliënte blijft zich onverminderd op het standpunt stellen dat het de CWI niet is toegestaan om zich uit te laten over een vraag of er sprake is van een overgang van onderneming en hieraan expliciet het gevolg te verbinden van weigering. Beantwoording van deze rechtsvraag is uitsluitend voorbehouden aan de burgerlijk rechter. Dit houdt tevens in dat de CWI zich ook niet mag uitlaten met de vraag of sprake is van een mogelijke overgang van onderneming. Bovendien onderbouwt en motiveert de CWI op geen enkele wijze haar

redenering in de omstreden beschikkingen dat de werknemer ermee gediend zou zijn indien de CWI zich wel zou uitlaten over de vraag of sprake is van een overgang van onderneming. Een dergelijk belang ontbreekt. In het geval er wel sprake is van een overgang van onderneming bestaat er op het moment van de beslissing van de CWI veelal geen dienstverband meer ten gevolge van de overgang. Deze is van rechtswege geëindigd. In dat geval zou er voor cliënte ook niets meer op te zeggen zijn. In het geval er geen sprake zou zijn van een overgang van onderneming bestaat er wel een dienstverband en zou cliënte wel gebruik kunnen maken van de ontslagvergunning omdat er nog wel een dienstverband is. Het is echter niet aan de CWI voorbehouden om nog vast te stellen of er nog sprake is van een arbeidsovereenkomst. Dit is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. De werknemer heeft ook geen enkel belang bij een uitspraak van de CWI aangezien niet de CWI bepaalt of sprake is van een overgang van onderneming maar de burgerlijk rechter. De werknemer komt in het geval van een overgang van onderneming een loonvordering toe jegens de verkrijgende onderneming. In het geval er geen sprake is van een overgang van onderneming blijft hij recht op loon behouden jegens de onderneming die de ontslagaanvraag heeft ingediend. Het al dan niet verlenen van toestemming door de CWI heeft hierop geen invloed.

De CWI heeft derhalve ook in strijd gehandeld met het motiveringsbeginsel door niet aan te geven waarom zij van mening is dat door een positief besluit (verlenen ontslagvergunningen) werknemers in een dusdanige negatieve situatie zouden worden gemanoeuvreerd dat dit niet redelijk is, mede daar het belang van de werknemer in dit geval groter is dan dat van de werkgever. Dit wordt op geen enkele wijze in de beslissing gemotiveerd. Verder wordt niet, althans onvoldoende, gemotiveerd waarom de CWI van mening is dat sprake is van een overgang van onderneming.

Voor rechtvaardiging van de bestreden beslissingen waarin de CWI expliciet de vraag aan de orde heeft gesteld of sprake is van een overgang van onderneming, verwijst de CWI onder meer naar Europese Richtlijnen. Voor richtlijnen geldt niet zonder meer dat zij directe werking hebben. Verder richten zij zich tot de lidstaten die een bepaalde termijn krijgen om hun wetgeving aan de normen van de richtlijn aan te passen en niet tot afzonderlijke publiekrechtelijke lichamen belast met overheidstaken. De richtlijnen kunnen rechtstreekse werking krijgen als een lidstaat in gebreke is gebleven de richtlijn tijdig te implementeren in nationale wetgeving maar uiteraard geldt deze rechtstreekse werking niet voor de overheid zelf dan wel de publiekrechtelijke lichamen die zij met overheidstaken heeft belast. Of een bepaling rechtstreekse werking heeft moet van bepaling tot bepaling worden vastgesteld. In elk geval volgt uit de richtlijnen niet dat publiekrechtelijke rechtspersonen belast met overheidstaken zoals de toetsing van ontslagaanvragen een specifieke taak toekomt op het gebied van overgang van onderneming.”

E. Nadere reactie CWI

1. Naar aanleiding van de reactie van verzoeksters gemachtigde gaf de CWI op 26 april 2005 nog het volgende aan:

“(Verzoekster gemachtigde; N.o.) stelt dat CWI `erkent dat door haar als zodanig niet expliciet is kenbaar gemaakt aan de buitenwacht dat het beleid vervat in bijlage G nog steeds geldend is, bijvoorbeeld door middel van publicatie’. (Verzoeksters gemachtigde; N.o.) doelt daarbij op de passage onderaan de eerste pagina van mijn brief aan u d.d. 7 januari jongstleden. Hieromtrent merk ik op dat ik met deze passage geenszins beoogd heb te stellen dat er een (wettelijke) verplichting bestond de beleidsregels rondom overgang van ondernemingen te publiceren, nog los van de vraag of Arbeidsvoorziening/CWI wel daartoe bevoegd is. Immers, aangelegenheden van regelgeving en beleid ressorteren zoals bekend onder de verantwoordelijkheid van de besluitgever, te weten de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. De Minister draagt ook zorg voor publicatie van regelgeving en richtlijnen. CWI voert deze slechts uit, en is dat ook voor wat betreft de toetsing van ontslagen waarbij mogelijke overnameaspecten spelen, onveranderd blijven doen.

Indertijd heeft het Ministerie klaarblijkelijk besloten de toenmalige bijlage G niet ook op te nemen in het Ontslagbesluit. Dit vanuit de overweging dat het daarin vervatte beleid bij overgang van onderneming reeds besloten ligt in de bestaande wet- en regelgeving en de bijbehorende jurisprudentie, en (opname in het Ontslagbesluit van) de bijlage inhoudelijk dus niets nieuws kon toevoegen. Zoals eerder aangegeven, heeft de Minister met de conversie van het Delegatiebesluit 1993 in het Ontslagbesluit geen materiële wijziging van deze regels beoogd, doch slechts een andere `technische' vormgeving daarvan. Zoals de *Toelichting* bij het Ontslagbesluit aangeeft, “...zijn de ontslagregels uit het Delegatiebesluit 1993 voor een aanzienlijk deel ongewijzigd overgenomen. Wel is een aantal wijzigingen aangebracht, zoals (-) reeds aangekondigd...(-). Deze wijzigingen hangen nauw samen met de in het kader van het toenmalige wetsvoorstel *Flexibiliteit en Zekerheid* gedane voorstellen om de totale beëindigingsduur bij ontslag te verkorten(-).” Ik stel mij derhalve op het standpunt dat het beleid op het onderhavige terrein feitelijk van algemene bekendheid was/is. In zoverre bestond er dan ook geen verplichting tot publicatie van dit beleid. Indien de Minister een materiële wijziging op het onderhavige terrein beoogd zou hebben, had hij dat in lijn met zijn eigen aanpak wel met zoveel woorden neergelegd in het Ontslagbesluit.

CWI dient bij de beoordeling van ontslagaanvragen acht te slaan op de inhoud van het Ontslagbesluit, en dat is bij het nemen van de bestreden beschikkingen ook gebeurd. CWI kan in sommige gevallen binnen het kader van zijn eigen publiekrechtelijke bevoegdheid gedwongen zijn zich *in zekere mate* in te laten met de vraag of er sprake is van overname in de zin van artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek, ten einde te kunnen beoordelen of het ontslag *redelijk* is. Deze situatie kan zich met name voordoen, indien (zoals in casu) partijen betwisten dat er sprake is van overgang in de zin van de wet, of wanneer het tijdstip van de overgang niet vaststaat. CWI heeft beide ontslagaanvragen beoordeeld en

gewogen op redelijkheid, voor zover de bepalingen van het Ontslagbesluit zulks inhouden. De beschikkingen d.d. 23 december 2003 geven inzake deze beoordeling een zeer uitvoerige uitleg en verantwoording. *Juist* vanwege de kennelijk juridische aspecten van de dossiers en de daaraan verbonden interpretatievragen van het Burgerlijk Wetboek heeft CWI de toestemmingen tot ontslag onthouden, met verwijzing - op basis van redelijkheid en billijkheid - naar de 'daartoe bevoegde Rechter'. Door alle betrokken belangen te benoemen en af te wegen is CWI hiermee volledig binnen de wettelijke bevoegdheden gebleven. Uitdrukkelijk heeft CWI geen 'definitief' oordeel uitgesproken over de vraag of er al dan niet sprake zou zijn van overgang van onderneming. CWI is hiertoe immers niet bevoegd, daar het een exclusief rechtsoordeel betreft.

De vraag is dan of CWI daarbij al dan niet *behoorlijk* heeft gehandeld, en daarop dient uw oordeel zich mijns inziens toe te spitsen. Van belang is ook te bezien of CWI de relevante regelgeving en (implicaties van) jurisprudentie juist heeft toegepast. Klager heeft tot dusverre niet aannemelijk gemaakt dat CWI hier onjuist, en daarmee tevens 'onbehoorlijk' jegens de werkgever zou hebben gehandeld. Ik meen dan ook dat van 'onbehoorlijk handelen' door CWI geen sprake is.

Duidelijk is mijns inziens voorts dat CWI, zoals gezegd, binnen de gegeven oordeelsbevoegdheid een zeer uitvoerige motivering in de beschikkingen heeft opgenomen. De klacht dat CWI 'derhalve ook in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld', mist goede grond."

2. Verder wees de CWI op 11 mei 2005, ter onderbouwing van haar stelling dat de CWI nog steeds dient te toetsen aan overgangsaspecten, op hetgeen hierover staat geschreven in het losbladige naslagwerk "Arbeidsovereenkomst", supplement 217 van december 2003, namelijk:

"Anders dan het vroegere Delegatiebesluit bevat het huidige Ontslagbesluit (...), gebaseerd op art. 6 lid 6 BBA, geen aanwijzing voor de behandeling van aanvragen van een ontslagvergunning, die verband (lijken te) houden met de overgang van onderneming. Beltzer, diss. P.105, merkt op dat het Ontslagbesluit geen wijziging ten opzichte van het vroegere Delegatiebesluit beoogt aan te brengen in het CWI-ontslagbeleid rond de overgang van onderneming. In het Delegatiebesluit werd de RDA (thans CWI) opgedragen kritisch te zijn ten aanzien van ontslagaanvragen, die door de vervreemder gebaseerd worden op een verstoorde arbeidsverhouding en bedrijfseconomische noodzaak. Deze gronden voor ontslag hoeven niet automatisch valide te zijn bij/voor de (aanstaande) verkrijger."

F. Nadere reactie Verzoekster

Op 13 juni 2005 reageerde verzoeksters gemachtigde onder meer nog als volgt op de reacties van de CWI van 26 april en 11 mei 2005:

“De CWI geeft aan dat zij niet beoogd heeft te stellen dat er een wettelijke verplichting bestond de beleidsregels rondom overgang van ondernemingen te publiceren, nog los van de vraag of zij hiertoe wel bevoegd is. Hierbij verwijst zij naar de besluitgever, de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid die zorg zou dragen voor publicatie van richtlijnen en regelgeving. De CWI voert deze slechts uit en is dat ook voor wat betreft de toetsing van ontslagen waarbij mogelijke overnameaspecten spelen onveranderd blijven doen.

Deze reactie miskent de werking van artikel 4: 81 Awb dat stelt dat een bestuursorgaan beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid. De betreffende beslissingen zijn afgegeven namens de Raad van Bestuur van de Centrale organisatie van werk en inkomen. Het gaat derhalve wel degelijk om een bevoegdheid die toekomt aan voornoemde organisatie. De Raad van Bestuur van de Centrale Organisatie Werk en Inkomen moet als bestuursorgaan worden beschouwd in de zin van artikel 4:81 Awb. Dat haar organisatie gebonden is aan regelgeving, waaronder het BBA 1945 en het ontslagbesluit, impliceert niet dat zij haar verantwoordelijkheid voor de vaststelling van beleidsregels kan verschuiven naar de Minister. Indien deze besluit een beleidsregel niet meer op te nemen als bijlage bij het Ontslagbesluit dan is het de wettelijke verantwoordelijkheid van de CWI om indien zij dit beleid in het kader van haar beoordeling ex. Artikel 3:1 Ontslagbesluit niettemin wenst voort te zetten hiervan mededeling te doen conform artikel 3:42 Awb. Het beleid van de CWI op dit punt was niet van algemene bekendheid. Dit argument is derhalve feitelijk niet juist maar indien er wel sprake zou zijn van beleid van algemene bekendheid (quod non) brengt dit nog niet met zich mee dat afgeweken zou mogen worden van artikel 3:42 Awb. Artikel 3:40 Awb bepaalt dat een besluit niet in werking treedt voordat het bekend is gemaakt.

Onduidelijk althans onvoldoende onderbouwd is het standpunt van de CWI dat op haar een plicht rust om zich in het kader van haar publiekrechtelijke bevoegdheid in zekere mate uit te laten over de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7: 662 BW. Partijen hebben hierbij geen enkel belang, nu het oordeel van de CWI hierover geen juridische werking toekomt, terwijl de consequentie voor cliënte (afwijzing ontslagaanvragen) aanzienlijk is. Ik verwijs dienaangaande naar de voorafgaande correspondentie. De CWI heeft onbehoorlijk gehandeld aangezien de beslissingen van de CWI in strijd zijn met de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder met name het rechtszekerheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Cliënte handhaaft onverkort haar klachten zoals vervat in alle voorgaande correspondentie.”

#### G. Nadere informatie CWI

Op 26 augustus 2005 deelde een medewerker van de CWI telefonisch mee dat de beleidsregels van de CWI op 7 oktober 2005 openbaar worden gemaakt onder de naam “Beleidsregels Ontslagtaak CWI”. Bij die beleidsregels zit ook een notitie over het beleid bij

overgang van onderneming.

## **H. informatie minister van sociale zaken en werk-gelegenheid**

Naar aanleiding van een verzoek om informatie van de Nationale ombudsman van 29 september 2005 deelde de minister op 25 november 2005 het volgende mee:

“Bij brief d.d. 29 september 2005 vraagt u mij, naar aanleiding van een bij u lopende klachtprocedure tegen het CWI te Amersfoort, om mijn standpunt of de handelswijze van het CWI in overeenstemming is met de bedoeling van het Ontslagbesluit. De betreffende klacht is ingediend wegens het weigeren van een ontslagvergunning vanwege mogelijke overgang van onderneming. Volgens klaagster is het CWI tot een dergelijke weigering niet bevoegd.

U merkt op dat het volgens u voldoende is dat het CWI, ingeval van een mogelijk opzegverbod, de werkgever daar in de ontslagvergunning op wijst en dat het vervolgens aan de werkgever is om al dan niet gebruik te maken van de ontslagvergunning. U vraagt zich daarom ook af of het onthouden van toestemming door CWI Amersfoort in deze correct is.

Ten eerste kan ik hierbij - overeenkomstig de brief van de CWI d.d. 7 januari 2005 - bevestigen dat een medewerker van mijn ministerie aan het CWI desgevraagd heeft meegedeeld dat bij de omzetting van het Delegatiebesluit 1993 in het Ontslagbesluit ervoor is gekozen geen bijlagen meer op te nemen, waarvan de inhoud voortvloeit uit andere wet- en regelgeving en bijbehorende jurisprudentie. Met het om genoemde reden niet handhaven van onder andere bijlage G bij het Delegatiebesluit 1993 werd dan ook geen materiële wijziging van de ontslagregels beoogd.

Hoewel ik niet tred in de beoordeling van concrete, individuele gevallen, kan ik over de handelswijze van het CWI in het algemeen, inzake de toetsing van ontslagverzoeken waarbij overgang van onderneming aan de orde wordt gesteld, het volgende opmerken.

Artikel 7:670, achtste lid, van het BW bepaalt dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet wegens overgang van onderneming kan opzeggen. CWI dient er daarom van uit te gaan, dat 'overgang van (een deel van) een onderneming' als zodanig geen reden kan en mag zijn voor een ontslag.

Ingeval een ontslagvergunning wordt aangevraagd wegens bedrijfseconomische redenen (bijvoorbeeld beëindiging van werkzaamheden) dan is dus van belang of er mede sprake is van overgang van onderneming. Is van overgang van onderneming geen sprake, dan kan CWI de ontslagvergunning verlenen wegens bedrijfseconomische redenen indien deze redenen aannemelijk zijn gemaakt.

Is er wel sprake van overgang van onderneming of bestaat er een vermoeden hiervan dan kunnen zich grosso modo twee situaties voordoen. Ten eerste kan het zijn dat voor de betreffende werknemer in de overnemende onderneming geen passende plek voorhanden is of gevonden kan worden. In dat geval zijn er terecht bedrijfseconomische redenen aan het ontslagverzoek ten grondslag gelegd en kan CWI de ontslagvergunning verlenen indien deze redenen aannemelijk zijn gemaakt. Is het echter zo dat in de overnemende onderneming wel een passende functie voorhanden is voor de betreffende werknemer, dan is er in feite geen sprake van een bedrijfseconomische noodzaak tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval moet CWI de ontslagvergunning dan ook weigeren. Hierdoor wordt recht gedaan aan het uitgangspunt van behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming. Daarbij dient CWI er rekenschap van te geven, dat de rechter uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of er juridisch al dan niet sprake is van een overgang van onderneming.

Ik ben van oordeel dat indien het CWI - in zaken betreffende de overgang van onderneming - handelt zoals hierboven omschreven, dit in overeenstemming is met (de bedoeling van) het Ontslagbesluit."

I. In reactie op het verslag van bevindingen gaf de CWI op 27 januari 2006 nog aan dat uit de reactie van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zijns inziens bleek dat de minister de uitvoeringspraktijk in zulke ontslagprocedures en overgang van ondernemingen ten volle onderschrijft.

## Achtergrond

1. **Ontslagbesluit** (besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 december 1998, nr. AV/RV/98/38505, Stcrt. 238)

### § 3. Algemene toetsingsmaatstaf

#### Artikel 3:1

"De Centrale organisatie werk en inkomen beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is. Hij neemt daarbij in aanmerking de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen voor zover de navolgende regels dit inhouden."

### § 4. Ontslag wegens bedrijfseconomische redenen

#### Artikel 4:1, eerste lid

"Indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat op grond van bedrijfseconomische redenen een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen, verleent de Centrale organisatie werk en inkomen toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding van de daarbij



betrokken werknemers met inachtneming van de artikelen 4:2 tot en met 4:4."

## 2. **Burgerlijk Wetboek**

Artikel 663, boek 7

"Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip."

Artikel 670, achtste lid, boek 7

"De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de in zijn onderneming werkzame werknemer niet opzeggen wegens de in artikel 662, lid 2, onderdeel a, bedoelde overgang van die onderneming."