

Rapport

Datum: 22 december 2006
Rapportnummer: 2006/393

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland te Eindhoven zijn werkgever toestemming heeft verleend de arbeidsverhouding met hem om bedrijfseconomische redenen te beëindigen. Verzoeker is van mening dat de CWI daarbij aan de door hem gevoerde verweren voorbij is gegaan, met name die betreffende:

1. het niet juist toepassen van het anciënniteitsbeginsel;
2. het op grond van artikel 4:2, zesde lid van het Ontslagbesluit buiten toepassing laten van het anciënniteitsbeginsel;
3. het schenden van de op herplaatsing gerichte onderzoeksplicht van de werkgever zoals bedoeld in artikel 4:4 juncto 5:2, eerste lid, onder b, van het Ontslagbesluit.

Beoordeling

Bevindingen

I. Algemeen

1. Verzoeker was sinds 1 februari 1992 in dienst bij zijn werkgever. Hij vervulde de functie van verzuimbegeleider binnen de regio ZO, marktgebied X.
2. Bij brief van 29 april 2004 verzocht werkgever de Centrale organisatie werk en inkomen te Eindhoven (hierna: de CWI) hem voor 62 van zijn werknemers een ontslagvergunning te verlenen wegens bedrijfseconomische redenen. Werkgever gaf onder meer aan dat binnen de 17 marktgebieden van de 4 regio's (NO, NW, ZO en ZW) de formaties binnen de verzuimteams werden teruggebracht. Deze 17 marktgebieden dienden te worden beschouwd als zelfstandige eenheden. Bij de selectie van de verzuimbegeleiders die voor ontslag werden voorgedragen had werkgever zich laten leiden door het anciënniteitsbeginsel. Wat betreft de functie verzuimbegeleider waren er binnen het bedrijf van werkgever geen andere vergelijkbare functies.

Volgens het bijgevoegde personeelsoverzicht waren er binnen de regio ZO, marktgebied Eindhoven vijf verzuimbegeleiders werkzaam, te weten:

-H. datum in dienst: 01-10-77

-(Verzoeker; N.o.) datum in dienst: 01-02-92

-G. datum in dienst: 01-01-94

-M. datum in dienst: 01-09-97

-Mu. datum in dienst: 11-01-99

Twee van de vijf verzuimbegeleiders kwamen volgens werkgever voor ontslag in aanmerking, te weten verzoeker en M. Ten aanzien van G. merkte werkgever op dat werkgever rekening had gehouden met het GAK verleden van de heer G. waardoor G. een aanzienlijk langer dienstverband had dan op het personeelsoverzicht was aangegeven. Voorts was mevrouw Mu. intern overgeplaatst in de functie van service coördinator.

3. Verzoekers gemachtigde merkte in zijn verweerschrift aan de CWI van 13 mei 2004 op dat het anciënniteitsbeginsel door werkgever niet juist was toegepast. Binnen de regio Eindhoven ZO waren vijf verzuimbegeleiders werkzaam. Volgens verzoeker kwamen de heer M, mevrouw Mu, en de heer G. als eerste voor ontslag in aanmerking omdat deze later dan verzoeker in dienst waren getreden.

Wat betreft de heer G. merkte verzoeker op dat werkgever aan de hand van stukken aannemelijk moest maken dat G. langer in dienst was dan verzoeker.

Verzoeker gaf verder aan dat mevrouw Mu. een andere functie had gekregen binnen het bedrijf van werkgever. Het was verzoeker niet duidelijk waarom werkgever deze functie niet aan hem had aangeboden.

Voorts was verzoeker ruim dertig jaar geleden slachtoffer geworden van een verkeersongeval, als gevolg van welk ongeval verzoeker zijn gehele linker arm mist. Verzoeker was dan ook arbeidsongeschikt in de zin der wet. Als een direct gevolg van zijn ernstige fysieke beperkingen als gevolg van zijn handicap was verzoeker in zeer beperkte mate herplaatsbaar op de arbeidsmarkt. Verzoeker bekleedde dan ook een uiterst zwakke arbeidsmarktpositie als bedoeld in artikel 4:2, zesde lid van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.).

Tevens merkte verzoeker op dat de functie verzuimbegeleider en verzuimconsulent volledig uitwisselbaar waren. Verzoeker was dan ook van mening in aanmerking te kunnen komen voor de functie van verzuimconsulent.

4. De CWI verzocht werkgever bij brief van 26 mei 2004 aan te geven of het anciënniteitsbeginsel ten aanzien van verzoeker wel juist werd toegepast, aangezien de heer G. op een later tijdstip dan verzoeker in dienst was getreden.

5. Werkgever deed de CWI bij brief van 7 juni 2004 mee dat de heer G. een zogeheten GAK-verleden had. Op het personeelsoverzicht stond weliswaar 1 januari 1994, maar dit betrof zijn formele datum indiensttreding bij De Twaalf Provinciën N.V., één van de rechtsvoorgangers van werkgever. Daarvoor was de heer G. sinds 16 mei 1975 werkzaam voor het toenmalige GAK, dus ver voor de datum 1 februari 1992, de datum waarop

verzoeker in dienst was getreden. Hoewel destijds strikt gesproken geen sprake was van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW, was in het van toepassing zijnde en met de vakbonden overeengekomen Sociaal Plan nadrukkelijk afgesproken dat ook het GAK verleden meetelde bij de beoordeling van de anciënniteit. Het door werkgever bijgevoegde Sociaal Plan luidde te dien aanzien:

“...Bij de bepaling van anciënniteit (lengte dienstverband) geldt de datum van indiensttreding bij (werkgever; N.o.), dan wel één van haar rechtsvoorgangers (Avios Arbozorg B.V. of De Twaalf Provinciën Landelijke Arbodienst N.V.). Het eventuele (zonder onderbrekingen) opgebouwde arbeidsverleden bij de voormalige GAK-organisatie (als ware het een rechtsvoorganger van De Twaalf Provinciën) zal eveneens worden meegeteld bij de bepaling van de lengte van het dienstverband...”

Ten aanzien van mevrouw Mu. merkte werkgever op dat mevrouw Mu. aanvankelijk was voorgedragen voor ontslag. Zij had echter, geheel op eigen initiatief en nadrukkelijk verzoek, de functie van service coördinator aanvaard. Het ging hierbij om een ‘niet passende’ functie als bedoeld in het Sociaal Plan aangezien deze functie wat betrof inhoud, niveau, (gewenste) competenties, aanzienlijk lager was dan de functie van verzuimbegeleider.

Wat betreft de functie van verzuimconsulent gaf werkgever aan dat deze functie niet volledig uitwisselbaar is met de functie van verzuimbegeleider. De aard, inhoud en niveau van beide functies waren verschillend. Daarbij kwam dat de functie van verzuimconsulent twee schalen hoger lag. Noch verzoeker noch de heer G, kwam in aanmerking voor de functie van verzuimconsulent.

Bijgevoegd was een afschrift van de arbeidsovereenkomst tussen de heer G. en het GAK. Uit deze overeenkomst bleek dat de heer G. op 16 mei 1975 bij het GAK in dienst was getreden.

6. Verzoeker deelde de CWI in zijn nadere schriftelijke reactie van 21 juni 2004 mee van mening te blijven dat werkgever het anciënniteitsbeginsel niet juist had toegepast. Alleen als er sprake was van een overgang van onderneming in de zin van de wet worden rechten van eerder in dienst getreden werknemers geëerbiedigd en konden de opgebouwde dienstjaren voor de overname worden overgenomen. In dit geval was er echter geen sprake van overgang van onderneming. Dit betekende dat de dienstjaren van de heer G. van voor 1 januari 1994 niet konden worden meegenomen. Dat in het Sociaal Plan hierover afwijkende afspraken waren gemaakt deed hieraan niet af, aldus verzoeker.

Verzoeker merkte verder op dat de functie van service coördinator hem niet was aangeboden. Bij gebrek aan wetenschap omtrent aard en inhoud van deze functie betwistte verzoeker dat deze functie niet passend voor hem zou zijn.

Verzoeker ontkende dat het mobiliteitsbureau van werkgever geprobeerd had om hem te herplaatsen. Verzoeker had met dit bureau nimmer gesprekken gehad. Volgens verzoeker leefde werkgever de verplichting niet na om te kijken naar herplaatsingsmogelijkheden voor verzoeker binnen het bedrijf, zoals bepaald in artikel 5:2 eerste lid sub b juncto artikel 4:4 van het Ontslagbesluit, (zie Achtergrond, onder 1.).

Voorts was werkgever op geen enkele wijze ingegaan op de arbeidshandicap van verzoeker. Werkgever had zonder nadere onderbouwing gesteld dat verzoekers handicap onvoldoende rechtvaardigingsgrond vormde om af te wijken van het anciënniteitsbeginsel. Verzoeker wees er in dat verband op dat zijn handicap in 1996 wel degelijk in de weg had gestaan aan onverkorte toepassing van het anciënniteitsbeginsel.

Verzoeker wees de CWI er verder op dat werkgever hem in 2003 de functie van verzuimconsulent had aangeboden. Aangezien de noodzaak van functiewisseling niet was onderbouwd had verzoeker gelet op de korte beslistermijn van deze functie afgezien. Volgens verzoeker duidde dit er echter op dat de functies van verzuimbegeleider en verzuimconsulent onderling uitwisselbaar waren.

7. Bij beslissing van 25 juni 2004 verleende de CWI werkgever toestemming de arbeidsverhouding met verzoeker te beëindigen. De CWI overwoog in zijn beslissing onder meer:

“Betrokkene heeft zich beroepen op het feit dat de heer G. en mevrouw Mu. na hem in dienst zijn gekomen, zodat het anciënniteitsbeginsel zou zijn geschonden. Mevrouw Mu. blijkt evenwel te zijn herplaatst, in een door werkgever als niet-passend aangeduide functie elders in de organisatie, op een qua inhoud en competenties aanzienlijk lager niveau. Haar (oorspronkelijke) functie is evenwel wel degelijk vervallen, aldus werkgever.

De heer G. komt niet voor ontslag in aanmerking, omdat bij de bepaling van zijn anciënniteit rekening is gehouden met een voorgaand dienstverband bij GAK. De daaromtrent door werkgever gegeven nadere uiteenzetting acht ik concludent. Meetellen van een dergelijk eerder dienstverband past overigens binnen het door mij voorgestane en sinds jaar en dag toegepaste beleid.

Dat de functies verzuimconsulent en verzuimbegeleider voldoende vergelijkbaar respectievelijk onderling uitwisselbaar zijn, is van werkgevers zijde met kracht van argumenten weerlegd. Een aanbod om een lager (bedoeld wordt: hoger; N.o.) gekwalificeerde functie te gaan vervullen brengt immers nog niet met zich mee dat van dergelijke uitwisselbaarheid gesproken zou moeten worden.

Betrokkene heeft zich verder nog beroepen op een arbeidshandicap die hem een zwakke arbeidsmarktpositie zou bezorgen. Een dergelijke omstandigheid kan op grond van artikel 4:2, vijfde lid, van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.; N.o.) tot een weigering

van mijn toestemming leiden. In casu is evenwel sprake van een discretionaire bevoegdheid. In de omstandigheden van het geval heb ik onvoldoende aanleiding gezien om van deze bevoegdheid gebruik te maken.”

8. Verzoeker kon zich met het verlenen van de ontslagvergunning door de CWI niet verenigen. In een klachtbrief van 12 juli 2004 verwees de gemachtigde van verzoeker de CWI naar een bijgevoegde concept brief aan de Nationale ombudsman. In deze brief merkte verzoeker onder meer op dat de CWI ongemotiveerd aan zijn gevoerd verweer voorbij was gegaan. In het bijzonder zijn verweer dat het anciënniteitsbeginsel niet juist was toegepast, het geen rekening houden met het feit dat verzoeker arbeidsgehandicapt was alsmede dat verzoeker niet de functie van service coördinator was aangeboden die aan mevrouw Mu. was aangeboden.

9. De CWI antwoordde de gemachtigde van verzoeker schriftelijk op 2 september 2004 onder meer dat het Burgerlijk Wetboek casusposities kende waarin sprake is van meerespectievelijk doortellen van anciënniteit, óók zonder dat er sprake was van een overgang van onderneming. De CWI verwees verzoeker hierbij naar artikel 7:667, vijfde lid en 7:668a, tweede lid BW (zie Achtergrond, onder 2.) en naar gerechtelijke uitspraken waarin werd overwogen dat niet zozeer de formele band tussen werkgever en werknemer doorslaggevend was, als wel de periode waarin werknemer en werkgever feitelijk met elkaar hebben samengewerkt (zie ook Achtergrond, onder 3). Het meetellen van de anciënniteit die is opgebouwd bij een vorige werkgever zoals in casu, is bij de uitvoering van de ontslagtoets door de CWI staand beleid, aldus de CWI.

Wat betreft de functie die door werkgever aan mevrouw Mu. was aangeboden merkte de CWI op dat mevrouw Mu. werkgever uit eigen beweging had verzocht haar in aanmerking te laten komen voor de functie van service coördinator. Deze functie was qua inhoud, niveau en (gewenste) competenties aanzienlijk lager dan haar oorspronkelijke functie. De aanvaarding door mevrouw Mu. van de functie van service coördinator maakte deze functie niet tevens passend voor verzoeker.

De CWI merkte verder op dat de functies van verzuimconsulent en verzuimbegeleider niet onderling uitwisselbaar waren. Dit gelet op hetgeen werkgever had opgemerkt over het verschil in aard, inhoud en het twee schalen hoger liggende niveau van verzuimconsulent.

Ten aanzien van de klacht van verzoeker dat van het anciënniteitsbeginsel had moeten worden afgeweken op grond van zijn arbeidshandicap merkte de CWI op dat de motivering van de CWI in de ontslagbeslissing ontoereikend was. Dit liet echter onverlet dat de CWI op goede gronden geen gebruik had gemaakt van deze bevoegdheid. De door verzoeker bepleite afwijking van het anciënniteitsbeginsel zou immers inhouden dat de gevraagde ontslagvergunning voor verzoeker was geweigerd, omdat hij een zwakke arbeidsmarktpositie had, terwijl dit niet het geval zou zijn met de werknemer die alsdan voor ontslag in aanmerking zou komen. De volgende die voor ontslag in aanmerking kwam

was de heer G. Het verschil in anciënniteit tussen verzoeker en de heer G. was echter zestien jaar en het ging de CWI erg ver om bij een dergelijk groot verschil in anciënniteit toch het voordeel te geven aan de werknemer met de minste dienstjaren. Voorts had de heer G, gelet op zijn 55-jarige leeftijd, eveneens een zwakke arbeidsmarktpositie. Althans een niet minder zwakke arbeidspositie dan verzoeker.

Wat betreft de herplaatsingsplicht van werkgever zoals neergelegd in artikel 4:4 juncto 5:2, eerste lid van het Ontslagbesluit gaf de CWI aan dat dit een inspanningsverplichting van werkgever betrof. Van werkgever mochten alleen reële inspanningen worden gevergd. De CWI vond het vanzelfsprekend dat van een werkgever die zich genoodzaakt zag de arbeidsorganisatie in te krimpen, in het algemeen niet kon of hoefde te worden gevergd dat deze een of meer arbeidsplaatsen creëerde of openhield boven de formatieve sterkte.

10. Verzoeker kon zich met deze reactie van de CWI op zijn klacht niet verenigen en wendde zich bij brief van 17 september 2004 tot de Nationale ombudsman met het verzoek zijn klacht in onderzoek te nemen.

II. Ten aanzien van het anciënniteitsbeginsel

Bevindingen

1. Verzoeker klaagt er in de eerste plaats over dat de CWI bij het verlenen van de ontslagvergunning voor hem het anciënniteitsbeginsel niet juist heeft toegepast.

Volgens verzoeker mocht de CWI geen rekening houden met het GAK verleden van een collega van verzoeker bij het vaststellen van de anciënniteit aangezien er geen sprake was van een overgang van onderneming in de zin van de wet.

2. De CWI deed de Nationale ombudsman in reactie op de klacht van verzoeker op 12 april 2005 ten aanzien van het anciënniteitsbeginsel mee dat de CWI voor de bepaling van de anciënniteit regelmatig wordt geconfronteerd met verschillende vormen van dienstverbanden/arbeidsverhoudingen bij een zelfde werkgever ofwel een arbeidsverleden bij opvolgende werkgevers. De CWI heeft ervoor gekozen hierin een eigen beleid te voeren. Hoewel de CWI een publiekrechtelijke invulling geeft aan de vaststelling van de duur van een dienstverband, maakt zij wel gebruik van de bepalingen en jurisprudentie uit het civiele recht.

De CWI gaf verder aan voor de vaststelling van de duur van een dienstverband in principe aan te sluiten bij de daarvoor in het Burgerlijk Wetboek opgenomen regels voor de opzegtermijn. Dit betekent dat de duur van de arbeidsovereenkomst voor het bepalen van de opzegtermijn in beginsel gelijk is aan de duur van het dienstverband voor het bepalen van de ontslagvolgorde. Indien dit echter tot een onredelijk resultaat zou leiden behoudt de CWI zich het recht voor om daarvan af te wijken. De CWI wees verder onder meer op de

bepaling van artikel 7:667, vijfde lid BW waarin wordt bepaald dat voor het berekenen van de juiste opzegtermijn het arbeidsverleden wordt meegeteld bij juridisch verschillende werkgevers die redelijkerwijs ten opzichte van de verrichte arbeid kunnen worden beschouwd als elkaars rechtsopvolger (zie Achtergrond, onder 2.).

Verzoekers collega was in 1975 in dienst getreden bij het GAK. Op 1 januari 1994 was verzoekers collega formeel in dienst getreden bij De Twaalf Provinciën Landelijke Arbodienst N.V., een rechtsvoorganger van werkgever. De CWI stelt zich op het standpunt dat het GAK en De Twaalf Provinciën in het kader van de verrichte arbeid redelijkerwijs kunnen worden beschouwd als elkaars rechtsopvolger. De Twaalf Provinciën was in 2000 door middel van een fusie opgegaan in het bedrijf van werkgever. Dit betekende dat De Twaalf Provinciën kon worden beschouwd als rechtsvoorganger van werkgever, aldus de CWI.

3. De CWI merkte in een aanvullende reactie aan de Nationale ombudsman van 24 oktober 2006 onder meer op:

“...Niet alleen het arbeidsverleden bij Gak van de heer G. is meegeteld. Ook het arbeidverleden van (verzoeker; N.o.) bij de BVG is meegeteld door werkgever bij de vaststelling duur dienstverband. Zouden zowel het arbeidsverleden van de heer G. bij het Gak, alsmede het arbeidsverleden van (verzoeker; N.o.) bij BVG *niet* zijn meegeteld bij de vaststelling duur dienstverband, dan nog zou de heer G. een langer dienstverband hebben dan (verzoeker; N.o.). Uit de stukken blijkt dat (verzoeker; N.o.) op 1 januari 1995 formeel in dienst is getreden bij Avios Arbozorg en dat de heer G. op 1 januari 1994 formeel in dienst is getreden bij Twaalf Provinciën. Zoals reeds gesteld worden beide laatste bedrijven, als gevolg van een fusie in 2000 waaruit (werkgever; N.o.) is ontstaan, gezien als rechtsvoorganger van (werkgever; N.o.).

Samenvattend stel ik vast dat, nu (de toelichting op) artikel 4:2 van het Ontslagbesluit niet aangeeft op welke wijze de duur van het dienstverband van werknemers moet worden vastgesteld, noch aangeeft of en in hoeverre gewerkte perioden bij eventuele “rechtsvoorgangers” (uitzenbureau's, werkgevers waaruit een werkgever is voortgekomen, etc.) moeten worden meegeteld bij de vaststelling van de duur van het dienstverband, CWI in het kader van de redelijkheidstoets ex artikel 6 BBA 1945 een zelfstandige bevoegdheid heeft om dit begrip nader (beleidsmatig) in te vullen. In casu heeft de CWI gemeend dat het, gelet op de fusie waaruit (werkgever; N.o.) is ontstaan, de tussen (werkgever; N.o.) en de vakorganisaties gemaakte afspraken omtrent het meetellen van het opgebouwde arbeidsverleden bij “rechtsvoorgangers” van (werkgever; N.o.) en de door G. verrichte arbeid bij De Twaalf Provinciën, welke in het verlengde lag van zijn verrichte arbeid bij het Gak, het redelijk is de zogeheten Gak-periode mee te tellen bij de vaststelling van de anciënniteit van G....”

4. Het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) deelde de Nationale ombudsman daarnaar gevraagd op 19 en 31 oktober 2006 mee dat er destijds binnen het sociaal verzekeringswezen door het GAK een deel van de werkzaamheden was geprivatiseerd en was overgedragen aan Reaal en Arbo Groep GAK (AGG). Het GAK heeft nooit een relatie gehad met De Twaalf Provinciën, aldus het UWV.

Ten aanzien van de relatie tussen de voormalige BVG en Avios Arbozorg deelde het UWV mee dat na invoering van de TZ-arbo wetgeving de “arbozorg” werd losgekoppeld van de BVG. Dit onderdeel van deze bedrijfsvereniging ging onder de naam Avios Arbozorg als zelfstandige arbodienst operen. Er was geen sprake van enige rechtsopvolging. Wel was een deel van het toenmalig BVG-personeel overgestapt naar Avios.

Beoordeling

5. Ter beoordeling ligt voor de vraag of de CWI bij het bepalen van de anciënniteit in redelijkheid het dienstverband van een collega van verzoeker bij een andere werkgever heeft mogen meetellen.

6. Het anciënniteitsbeginsel is neergelegd in artikel 4:2 van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.). Het anciënniteitsbeginsel houdt in dat per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking dient te worden gebracht.

7. Het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving houdt in dat bestuursorganen bij de voorbereiding van hun handelingen de relevante informatie verwerven. Dit vereiste, dat een uitwerking is van het zorgvuldigheidsbeginsel, impliceert onder meer dat het bestuursorgaan zich dient te overtuigen van de juistheid dan wel aannemelijkheid van de informatie waarop het zijn beslissing baseert en dat het bestuursorgaan nader onderzoek dient te verrichten indien er redenen zijn om aan de beschikbare informatie te twijfelen.

8. Ten aanzien van het anciënniteitsbeginsel vermeldt het Ontslagbesluit enkel dat degene met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag in aanmerking komt. Niet wordt nader gepreciseerd hoe de duur van het dienstverband moet worden vastgesteld. De CWI zoekt bij het bepalen van de duur van het dienstverband aansluiting bij bepalingen uit het BW en de jurisprudentie. In artikel 7:767, vijfde lid van het BW dat ziet op het einde van het dienstverband, wordt aangegeven dat van een voortgezette arbeidsovereenkomst eveneens sprake is indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. Ook in de jurisprudentie wordt uitgegaan van een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger te zijn van de vorige werkgever (zie Achtergrond, onder 3).

9. De CWI is bij het nemen van haar beslissing op de ontslagvraag voor verzoeker ervan uitgegaan dat het GAK en De Twaalf Provinciën redelijkerwijze beschouwd kunnen worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.

Tevens heeft de CWI opgemerkt dat ook het arbeidsverleden van verzoeker bij de BVG is meegeteld door werkgever bij de vaststelling van de duur van het dienstverband van verzoeker. Zouden zowel het arbeidsverleden van de heer G. bij het GAK als het arbeidsverleden van verzoeker bij de BVG niet zijn meegeteld bij de vaststelling van de duur van het dienstverband dan nog zou de heer G. een langer dienstverband hebben dan verzoeker. Dit omdat verzoeker op 1 januari 1995 formeel in dienst was getreden bij Avios Arbozorg en de heer G. op 1 januari 1994 formeel in dienst was getreden bij De Twaalf Provinciën.

10. Het UWV heeft de Nationale ombudsman desgevraagd meegedeeld dat er tussen het GAK en De Twaalf Provinciën nooit een relatie heeft bestaan. Ten aanzien van de relatie tussen de voormalige BVG en Avios Arbozorg liet het UWV weten dat het onderdeel “arbozorg” van de BVG was losgekoppeld en onder de naam Avios Arbozorg als zelfstandige arbodienst was gaan opereren. Een deel van het toenmalige BVG-personeel was daarbij overgestapt naar Avios Arbozorg.

11. Uit de reacties van de CWI blijkt dat zij zich enerzijds aansluit bij eerder genoemde bepalingen uit het BW en anderzijds bij hetgeen is bepaald in het sociaal plan van werkgever. Niet gezegd is evenwel dat bij het opstellen van het sociaal plan bedoelde bepalingen uit het BW leidend zijn geweest. De informatie die de Nationale ombudsman van het UWV heeft ontvangen lijkt op het tegendeel te wijzen. Van de CWI had mogen worden verwacht dat zij had onderzocht (bijvoorbeeld door de werkgever nadere informatie te vragen) waarom in het sociaal plan was bepaald dat het arbeidsverleden van het GAK en de BVG dienden te worden meegeteld en of daarmee gesproken kon worden van werkgevers die redelijkerwijze beschouwd konden worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn. Door dit niet te doen is de CWI uit een oogpunt van een actieve en adequate informatieverwerving jegens verzoeker tekortgeschoten.

De onderzochte gedraging is op dit onderdeel niet behoorlijk.

III. Ten aanzien van de zwakke arbeidsmarktpositie van verzoeker

Bevindingen

1. Verzoeker klaagt er verder over dat de CWI bij het nemen van haar beslissing om voor hem een ontslagvergunning te verlenen geen rekening heeft gehouden met het feit dat hij arbeidsgehandicapt was en uit dien hoofde een zwakke arbeidsmarktpositie had.

2. De CWI merkte dienaangaande op dat de CWI op goede gronden geen gebruik had gemaakt van de bevoegdheid om de ontslagvergunning voor verzoeker te weigeren omdat hij een zwakke arbeidsmarktpositie zou hebben. De werknemer die na verzoeker in aanmerking zou komen voor ontslag had een veel langer dienstverband dan verzoeker, te weten zestien jaar. Het ging de CWI te ver om bij een dergelijk groot verschil in anciënniteit toch het voordeel te gunnen aan de werknemer met de minste dienstjaren. Daarbij kwam dat ten aanzien van de werknemer die na verzoeker voor ontslag in aanmerking kwam niet gesproken kon worden van een sterke of wezenlijk minder zwakke arbeidsmarktpositie. Dit gelet op het feit dat deze werknemer 55 jaar oud was, en verzoeker 46 jaar oud. Volgens de CWI was het van algemene bekendheid dat de arbeidsmarktpositie van 50-plussers verre van rooskleurig was.

Beoordeling

3. Ingevolge artikel 4:2, zesde lid van het Ontslagbesluit kan de CWI toestemming weigeren ten aanzien van een werknemer die overeenkomstig het eerste of tweede lid voor ontslag in aanmerking komt, indien deze werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie heeft, en dit niet het geval is met de werknemer die alsdan voor ontslag in aanmerking komt.

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

5. Uit het vorenstaande volgt dat afwijking van het anciënniteitsbeginsel alleen is toegestaan als de dan - in plaats van verzoeker - voor ontslag voorgedragen werknemer over een betere dan wel goede arbeidsmarktpositie beschikt. In dat geval heeft de CWI een discretionaire bevoegdheid om van deze afwijkingsmogelijkheid gebruik te maken.

De werknemer die na verzoeker voor ontslag in aanmerking kwam was 55 jaar en dus ouder dan verzoeker die 46 jaar oud was. De CWI kan in haar standpunt worden gevolgd dat de werknemer die na verzoeker voor ontslag in aanmerking kwam, gelet op zijn leeftijd, niet een sterke of wezenlijk minder zwakke arbeidsmarktpositie had dan verzoeker. De CWI kon dan ook in redelijkheid besluiten om niet van het anciënniteitsbeginsel ten gunste van verzoeker af te wijken.

De onderzochte gedraging is op dit onderdeel behoorlijk.

IV. Ten aanzien van de herplaatsingsplicht van werkgever

Bevindingen

1. Verzoeker klaagt er ten slotte over dat de CWI niet is nagegaan of werkgever wel aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid had hem te

herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen het bedrijf van werkgever welke functie voor verzoeker als passend kon worden beschouwd.

2. De CWI merkte op dat op werkgever een inspanningsverplichting rustte om verzoeker te herplaatsen en niet een resultaatverplichting. Volgens de CWI kan van een werkgever die zich genoodzaakt ziet de organisatie in te krimpen, in het algemeen niet worden gevergd dat deze een of meer arbeidsplaatsen creëert of openhoudt boven de formatieve sterkte. Daarbij kwam dat werkgever op steekhoudende wijze aannemelijk had gemaakt dat aan (formatieve) inkrimping van de organisatie niet viel te ontkomen, was er een positief advies van de Ondernemingsraad, een Sociaal Plan waarin was voorzien in mogelijkheden om aan bij de reorganisatie betrokken werknemers een andere passende arbeidsplaats aan te bieden, en was er een mobiliteitsbureau ingericht en (financiële) ruimte vrijgemaakt voor faciliteiten en begeleiding. Volgens de CWI had werkgever zich op deze wijze op een correcte en toereikende wijze ingespannen om te proberen verzoeker te herplaatsen. Dat er met verzoeker geen gesprekken zouden zijn gevoerd door of namens het mobiliteitsbureau maakte dit niet anders, aldus de CWI.

Beoordeling

3. Vaststaat dat verzoeker door het gemis van zijn gehele linker arm een arbeidsgehandicapte werknemer is als bedoeld in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten. Ingevolge artikel 4:4 juncto artikel 5:2, eerste lid, onder b van het Ontslagbesluit kan ontslag voor een arbeidsgehandicapte werknemer alleen worden verleend indien werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft deze werknemer te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming welke voor hem als passend kan worden beschouwd.

4. Wat betreft de herplaatsingsmogelijkheden binnen het bedrijf van werkgever heeft verzoeker gesteld dat werkgever hem de functie had moeten aanbieden van service coördinator. Ook voerde verzoeker aan in aanmerking te komen voor de functie van verzuimconsulent.

Wat betreft de functie van service coördinator merkte werkgever tijdens de ontslagprocedure op dat deze functie niet als passend voor verzoeker kon worden beschouwd omdat deze functie wat inhoud, niveau en (gewenste) competenties, aanzienlijk lager was dan de functie van verzuimbegeleider. Om die reden was de betrokken vacature niet als zijnde een passende functie aan verzoeker voorgelegd. Mevrouw Mu. had zelf het initiatief genomen ter zake van de aanvaarding van deze functie

Ten aanzien van de functie van verzuimconsulent gaf werkgever aan dat deze functie niet volledig uitwisselbaar was met de functie van verzuimbegeleider. De aard, inhoud en niveau van beide functies waren te verschillend. Daarbij kwam dat de functie van verzuimconsulent twee schalen hoger lag.

5. De Nationale ombudsman onderschrijft het standpunt van de CWI dat op werkgever een inspanningsverplichting rustte verzoeker te herplaatsen en geen resultaat verplichting. Werkgever heeft algemene maatregelen genomen, zoals het inschakelen van een mobiliteitsbureau, het vrijmaken van (financiële) ruimte voor faciliteiten en begeleiding om overtollig personeel, waaronder verzoeker, te herplaatsen. Ten aanzien van verzoeker gaf werkgever verder aan waarom hij niet in de functie van service coördinator of verzuimconsulent was herplaatst. Gelet op het vorenstaande alsmede gelet op het feit dat verzoeker verder geen functies (vacatures) heeft genoemd waarvoor hij in aanmerking meende te kunnen komen, kon de CWI in redelijkheid ervan uitgaan dat werkgever in voldoende mate aan zijn inspanningsverplichting om verzoeker te herplaatsen had voldaan alsmede dat er binnen het bedrijf van werkgever voor verzoeker geen herplaatsingsmogelijkheden waren.

De onderzochte gedraging is op dit punt eveneens behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland te Eindhoven, is

gegrond ten aanzien van:

- de toepassing van het anciënniteitsbeginsel wegens strijd met het vereiste van actieve en adequate informatieverwerving.

niet gegrond ten aanzien van:

- de herplaatsingsplicht van werkgever;
- de zwakke arbeidsmarktpositie van verzoeker.

Onderzoek

Op 17 september 2004 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van de heer H. te Lieshout, ingediend door de heer mr. B.P.G. Dijkers, advocaat te Eindhoven, met een klacht over een gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen, district Zuidoost Nederland te Eindhoven.

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.

Tijdens het onderzoek kregen de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen en verzoeker de gelegenheid op de door ieder van hen verstrekte inlichtingen te reageren.

Tevens werd de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen een aantal specifieke vragen gesteld.

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

De reactie van de Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen gaf aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen.

Verzoeker gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

Informatieoverzicht

De bevindingen van het onderzoek zijn gebaseerd op de volgende informatie:

1. Verzoekschrift van 17 september 2004.
2. De stukken uit het ontslagdossier en de overige correspondentie tussen de CWI en verzoeker.
3. Reactie op de klacht van de Raad van bestuur van de CWI, gedateerd 12 april 2005
4. Nadere reactie van verzoekers gemachtigde, gedateerd 28 juni 2005
5. Nadere reactie van de Raad van bestuur van de CWI, gedateerd 4 november 2005

Bevindingen

Zie onder Beoordeling.

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, zoals dit luidde tot 1 maart 2006

"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."

Artikel 4:2, eerste, vijfde en zesde lid, zoals dit luidde tot 1 maart 2006

"1. Per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging worden de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking gebracht.

5. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt, dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn, kan de Centrale organisatie werk en inkomen deze werknemer bij de toepassing van het eerste en tweede lid buiten beschouwing laten.

6. De CWI kan toestemming weigeren ten aanzien van een werknemer die overeenkomstig het eerste of tweede lid voor ontslag in aanmerking komt, indien deze werknemer een zwakke arbeidsmarktpositie heeft, en dit niet het geval is met de werknemer die alsdan voor ontslag in aanmerking komt."

Artikel 4:4, zoals dit luidde tot 1 maart 2006

"Indien toepassing van de artikelen 4:1 en 4:2 er toe leidt dat een of meer arbeidsgehandicapte werknemers als bedoeld in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten, voor ontslag in aanmerking komen, kan toestemming te hunner aanzien slechts worden verleend indien is voldaan aan artikel 5:2, eerste lid onder b, en tweede lid."

Artikel 5:2, eerste lid, onder b, zoals dit luidde tot 1 maart 2006

"1. Indien de werkgever als grond voor opzegging van de arbeidsverhouding aanvoert dat de werknemer tengevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat is aan de gestelde functie-eisen te voldoen, kan de toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding slechts worden verleend indien de werkgever:

(...)

b. aannemelijk heeft gemaakt dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere functie binnen de onderneming welke voor die werknemer als passend kan worden beschouwd.”

2. Burgerlijk Wetboek

Artikel 7:667, vijfde lid

“5. Van een voortgezette arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn.”

Artikel 7:668a, tweede lid

“2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.”

3. Uitspraak Hoge Raad van 1 mei 1987, NJ 1988/20

“3. Beoordeling van het middel

(...) De Rb. heeft miskend dat niet alleen wanneer tussen dezelfde pp. een nieuwe arbeidsovereenkomst in onmiddellijke aansluiting op de vorige wordt gesloten, maar ook wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd kan zijn dat nietigheid van het proeftijdbeding daaruit volgt; dat laatste zal in de regel het geval zijn indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever (HR 24 okt. 1986, NJ 1987, 293)”