



Rapport

Datum: 17 augustus 2007
Rapportnummer: 2007/170

Klacht

Verzoekster klaagt erover dat de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) te Hengelo bij beslissing van 24 januari 2006 heeft geweigerd haar toestemming te verlenen om de arbeidsverhouding met een van haar werknemers wegens bedrijfseconomische redenen te beëindigen. In het bijzonder klaagt verzoekster erover dat de CWI:

- in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor heeft gehandeld door de door werknemer nieuw naar voren gebrachte stellingen niet aan haar voor te leggen alvorens een beslissing op de ontslag aanvraag te nemen;
- ten onrechte haar beroep op de hardheidsclausule zoals neergelegd in artikel 4:2, vierde lid van het Ontslagbesluit niet heeft gehonoreerd.

Beoordeling

I. Bevindingen

1. Verzoekster exploiteert een uitzendbureau. Bij brief van 30 november 2005 verzocht verzoekster de Centrale organisatie werk en inkomen (hierna: CWI) te Hengelo haar voor een van haar werknemers een ontslagvergunning te verlenen wegens bedrijfseconomische redenen.

De betrokken werknemer was op 24 november 1999 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van verzoekster. Vanaf 1 mei 2001 was werknemer voor onbepaalde tijd in dienst bij verzoekster. De laatst door werknemer uitgeoefende functie was die van productiemedewerker voor veertien uur per week bij opdrachtgever X, aldus verzoekster.

Voorts merkte verzoekster op dat werknemer vanaf 4 maart 2005 tot 30 november 2005 in de leegloop zat en dat het verzoekster niet was gelukt werknemer in haar huidige functie dan wel in een andere passende functie te werk te stellen. Verzoekster had hiervoor diverse plaatsingsacties ondernomen, echter zonder succes, aldus verzoekster.

Verzoekster gaf verder aan van mening te zijn het anciënniteitsbeginsel zoals gesteld in artikel 4:1, eerste lid en 4:2, eerste lid van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1) correct te hebben toegepast. Door het inleenbedrijf X waar werknemer laatstelijk werkzaam was geweest, zou de inleenopdracht binnenkort beëindigd worden. Inleenbedrijf X had om die reden verzoekster op 9 november 2005 schriftelijk te kennen gegeven dat uitwisseling van werknemer om die reden niet zinvol was. Bij een ander inleenbedrijf Y was werknemer voorgesteld als callcenter medewerker maar helaas niet geschikt bevonden om deze functie te kunnen uitvoeren. Verzoekster verwees de CWI naar een bijgevoegde brief van inleenbedrijf Y d.d. 1 december 2005 waarin Y aangaf niet op het voorstel van verzoekster te willen ingaan om werknemer uit te wisselen voor een

andere uitzendkracht van verzoekster. Voor het overige waren er binnen het mobiliteitsgebied van werkneemster geen bedrijven waar vier of meer personen via verzoekster werkzaam waren, aldus verzoekster.

Verzoekster deed verder een beroep op de hardheidsclausule zoals neergelegd in artikel 4:2, vierde lid van het Ontslagbesluit. Deze bepaling houdt in dat indien de vervanging van een werkneemster die uit hoofde van haar functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, de CWI deze werknemers bij de toepassing van het eerste lid van artikel 4:2 van het Ontslagbesluit buiten beschouwing kan laten (zie Achtergrond, onder 1).

2. Bij brief van 1 december 2005 verzocht de CWI verzoekster nadere vragen te beantwoorden. Onder meer diende verzoekster aan te geven waarom de functie van callcentermedewerker uitwisselbaar zou kunnen zijn met de functie van werkneemster alsmede in hoeverre de verwachte einddatum bij inleenbedrijf X ook de definitieve einddatum was. Voorts verzocht de CWI verzoekster aan te geven in hoeverre de functies van magazijnmedewerker en algemeen medewerker horeca/huishouding onderling uitwisselbaar waren met de functie van werkneemster.

3. Verzoekster liet de CWI bij brief van 9 december 2005 weten dat werknemers van een uitzendbureau op basis van kunde en kennis worden ingeschaald. Werkneemster was ingeschaald in functiegroep 1. De functie van callcentermedewerker was ingeschaald in groep 2 en was dus niet passend voor werkneemster. Omdat werkneemster zelf had aangegeven dat zij dergelijke werkzaamheden wilde verrichten, had verzoekster daar bij haar selectie rekening mee gehouden. Het was echter aan de opdrachtgever om uiteindelijk te beslissen of hij de persoon die door verzoekster was voorgedragen ook in zijn bedrijf en op die functie wilde plaatsen. Verder gaf verzoekster aan waarom de functies van magazijnmedewerker en algemeen medewerker horeca/huishouding niet uitwisselbaar waren met de functie van werkneemster.

4. Werkneemster merkte in haar verweerschrift van 12 december 2005 op dat verzoekster op 27 oktober 2004 van de ene op de andere dag haar werkzaamheden bij inleenbedrijf Z had beëindigd zonder dat er op dat moment sprake was van leegloop. Verzoekster had voor werkneemster in de plaats weer een nieuwe uitzendkracht uitgezonden. Dit was beslist niet omdat werkneemster haar werkzaamheden niet goed zou uitvoeren. Voorts merkte werkneemster op dat zij in de herplaatsingsgesprekken had aangegeven in een straal van vijftig kilometer te willen werken. Volgens werkneemster werkten er via verzoekster bij Z meer dan vier personen en voldeed zij aan de door Z gestelde eisen. Volgens werkneemster kon zij, gelet op de drukke periode, direct bij Z worden ingezet.

5. Verzoekster deelde de CWI in haar nadere reactie van 21 december 2005 mee dat verzoekster destijds op aangeven van inleenbedrijf Z een aantal detacheringskrachten had moeten terugtrekken. Vervolgens had Z ervoor gekozen om bepaalde plekken opnieuw in

te vullen met uitzendkrachten. Verzoekster had hierin geen enkele zeggenschap gehad. Verzoekster merkte in dit verband op dat zij met opdrachtgevers een klant/leverancier relatie heeft en dat zij vanuit die positie geen dwang kan uitoefenen om mensen uit te wisselen. De opdrachtgever zou dan voor een ander uitzendbureau kunnen kiezen, aldus verzoekster. Voorts merkte verzoekster op dat met het herinrichten van de organisatie, Z tevens de eisen had aangescherpt waaronder de straal waarbinnen potentiële werknemers woonachtig dienden te zijn. Deze was op dat moment vastgesteld op maximaal vijftien kilometer vanaf de vestiging van Z te A. Om die reden kwam werknemer niet in aanmerking voor de vacature bij Z, aldus verzoekster. Tevens gaf verzoekster aan dat het functioneren van werknemer helemaal niet ter discussie stond.

6. Werknemer liet de CWI bij brief van 28 december 2005 weten dat Z geen volledig werk meer had voor de detachingskrachten die een contract hadden van meer dan twintig uur per week. Werknemer had een contract voor acht uur per week, terwijl zij gemiddeld veertien uur per week werkte. Voor haar was er dus geen leegloop aan de orde, aldus werknemer. Ook was de afstand van maximaal vijftien kilometer toen nog niet aan de orde.

Verder merkte werknemer op dat verzoekster haar op 27 oktober 2004 had uitgenodigd voor een gesprek. Verzoekster vroeg of werknemer wilde blijven werken of haar contract wilde opzeggen. Als zij voor het laatste koos dan kon zij tot het eind van 2004 bij Z blijven werken. Werknemer had gezegd dat zij graag wilde blijven werken en zag zich daardoor door verzoekster gedwongen onmiddellijk haar werkzaamheden bij Z te staken. Waarom zij dit moest doen was haar niet duidelijk. Volgens werknemer had zij gewoon bij Z kunnen blijven werken tot verzoekster ander werk voor haar had gevonden.

7. De CWI verzocht verzoekster bij brief van 10 januari 2006 nadere informatie te verstrekken over de einddatum van beëindiging van de opdracht bij inleenbedrijf X. Dit omdat verzoekster in haar brief aan de CWI van 9 december 2005 als einddatum had aangegeven "onbekend". Voorts merkte de CWI nog op:

"...In het overzicht staat aangegeven dat er via uw onderneming drie productiemedewerkers werkzaam zijn bij (X; N.o.), welke personen alledrie een korter dienstverband hebben dan betrokkene. Wanneer de opdracht van (X; N.o.) niet op korte termijn eindigt zou dus met het ontslag van betrokkene in strijd met het anciënniteitsbeginsel (conform bijlage B) worden gehandeld. Ik wijs u er daarbij overigens op dat de door u overgelegde brief d.d. 9 november 2005 m.b.t. een eventuele inruil van uitzendkrachten onvoldoende is voor een (eventueel) beroep op de hardheidsclausule (artikel 4:2 lid 4 Ontslagbesluit)..."

8. Verzoekster deelde de CWI op 16 januari 2006 schriftelijk mee dat er op dat moment nog steeds geen definitieve datum van beëindiging bekend was. Van de in de opgave vermelde drie productiemedewerkers was er op dat moment nog één persoon werkzaam

bij inleenbedrijf X. Verzoekster had inleenbedrijf X wederom telefonisch gevraagd om werkneemster uit te wisselen tegen de op dat moment nog werkzame medewerker. X had nogmaals aangegeven hier niet aan mee te willen werken. Verzoekster verwees de CWI naar een bijgevoegde brief van X aan verzoekster van 16 januari 2006 waarin X duidelijk te kennen gaf de bij X gedetacheerde medewerkers niet uit te willen wisselen tegen de betrokken werkneemster. Als reden gaf X aan tevreden te zijn over de huidige uitzendkrachten, het inwerken van een nieuwe kracht tijd en geld kost en gelet op de eerdere ervaringen met de betrokken werkneemster was X van mening dat werkneemster niet functioneerde volgens de eisen die X aan zijn medewerkers stelt. Voorts had X aan verzoekster te kennen gegeven dat indien verzoekster nog langer zou aandringen dit consequenties kon hebben voor de relatie met verzoekster.

9. Werkneemster merkte in haar nader verweerschrift van 18 januari 2006 op dat zij was ingegaan op de situatie bij Z omdat dit de laatste opdrachtgever was. Wel had zij van 18 januari tot en met 22 februari 2005 drie avonden bij X gewerkt, maar dit had zij gedaan omdat verzoekster haar had gezegd dat dit nodig was om haar na enkele maanden niet gewerkt te hebben weer in het arbeidsproces te krijgen. Werkneemster verwees in dit verband naar haar loonspecificatie waar leegloopuren op stonden vermeld. Als de opdracht als werk was beschouwd dan had er gestaan "Normale uren", aldus werkneemster. Volgens werkneemster had verzoekster alle verslagen van de herplaatsingsgesprekken bewerkt alvorens deze naar de CWI toe te sturen. Werkneemster voegde bij haar reactie kopieën van de originele verslagen van de acht herplaatsingsgesprekken over de periode 27 oktober 2004 tot en met 9 december 2005. Op al deze gespreksverslagen stond getypt vermeld dat de laatste opdrachtgever Z was en dat er vanaf 27 oktober 2004 sprake was van leegloop.

Dit in tegenstelling tot de eerder door werkneemster overgelegde gespreksverslagen waarop handgeschreven stond vermeld dat de huidige functie van werkneemster productiemedewerkster was bij X.

10. Bij beslissing van 24 januari 2006 onthield de CWI verzoekster haar toestemming om de arbeidsverhouding met werkneemster te beëindigen. De CWI overwoog in haar beslissing dat uit de door X overgelegde correspondentie duidelijk was geworden dat de opdracht tot het inlenen van werkneemster was opgezegd. Echter gelet op de aan de CWI ter beschikking staande stukken konden er volgens de CWI vraagtekens worden gezet bij de vraag of die inleenopdracht ook daadwerkelijk als laatste inleenopdracht in het kader van Bijlage B van het Ontslagbesluit diende te worden gezien. De door werkneemster in laatste instantie overgelegde stukken gaven een ander beeld dan door werkgever in diens aanvraag was geschetst. Voorts merkte de CWI op:

"...Voor zover er vanuit moet worden gegaan dat (X; N.o.) als laatste inlener moet worden gezien is uiteindelijk duidelijk geworden dat daar, zoals ook door werkgever aangegeven in diens schrijven van 16 januari 2006, in ieder geval nog één medewerker met een korter

dienstverband dan betrokkene in de functie van productiemedewerker via werkgever werkzaam is. Nu werknemer volgens de opgave van werkgever ook aldaar in de functie van productiemedewerker werkzaam is geweest is helder dat hiermee in strijd met de conform Bijlage B van het Ontslagbesluit te hanteren anciënniteitsregels wordt gehandeld. Dit geldt eens te meer nu werkgever - wederom uiteindelijk - heeft toegegeven dat, in tegenstelling tot hetgeen werkgever in zijn schrijven d.d. 9 december 2005 heeft vermeld, nog geen definitieve datum van beëindiging van de inleenovereenkomst met betrekking tot de productiewerkzaamheden bij de betreffende opdrachtgever bekend is.

Werkgever heeft aangegeven dat hij de opdrachtgever (X; N.o.) heeft gevraagd werknemer uit te wisselen tegen de betreffende persoon die nog bij deze inleener werkzaam is. Van deze opdrachtgever is een brief overgelegd waarin wordt aangegeven dat deze niet op het uitwisselingsvoorstel wil ingaan. Werkgever beroept zich om die reden op de hardheidsclausule zoals opgenomen in artikel 4:2, lid 4 Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.; N.o.). Ingevolge dit artikel kan een werknemer bij de toepassing van het anciënniteitsbeginsel buiten beschouwing worden gelaten indien werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van deze werknemer, die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. Zoals bij werkgever bekend mag worden verondersteld gaat de verantwoordelijkheid van werkgever verder dan het enkel doen van een aanbod en het overleggen van een schrijven van de opdrachtgever waarin deze aangeeft het vervangingsvoorstel niet te (willen) accepteren. In dat kader verwijs ik tevens naar Hoofdstuk 17 van de Beleidsregels Ontslagtaak CWI (versie oktober 2005). Uit de door werkgever aangeleverde informatie wordt geenszins duidelijk welke inspanningen werkgever concreet heeft geleverd een eventuele vervanging te bewerkstelligen.

Concluderend stel ik vast dat werkgever mij er niet van heeft weten te overtuigen dat hij werknemer conform de geldende ontslagregelgeving terecht voor ontslag heeft voorgedragen. Op zijn minst kan worden gesteld dat werkgever niet helder en consistent is geweest in zijn informatieverstrekking, waardoor naast de vraag wat nu als laatste inleenopdracht voor betrokkene dient te gelden in dit geval tevens moeilijk te bepalen valt op grond van welke gegevens dient te worden beoordeeld of en in hoeverre werkgever zich heeft gehouden aan de geldende anciënniteitsregels..."

11. Verzoekster kon zich met de onthouding van de ontslagvergunning door de CWI niet verenigen en diende hierover bij brief van 20 februari 2006 een klacht in bij de CWI. Verzoekster merkte onder meer het volgende op:

"Toepassing Anciënniteitbeginsel

Bij een ontslagaanvraag wegens **economische redenen** vindt de selectie van de voor ontslag voor te dragen werknemers op grond van het anciënniteitbeginsel plaats per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging.

Wij zijn van mening dat wij het anciënniteitbeginsel, zoals gesteld in de artikelen 4:1, eerste lid en 4:2, eerste lid van het Ontslagbesluit, in deze correct toepassen. Er wordt door ons altijd gekeken naar het werkend bestand van de door het uitzendbureau bij de opdrachtgever, waar de betrokken persoon het laatst werkzaam is geweest, te werk gestelde personen. Daarnaast dienen wij op grond van bijlage B van het ontslagbesluit te kijken naar uitwisselbare functies bij andere opdrachtgevers. Wij kunnen ons daarbij beperken tot opdrachtgevers waar 4 of meer werknemers via het uitzendbureau werkzaam zijn in uitwisselbare functies en waarvan de opdracht nog tenminste twee maanden voortduurt. Indien er werknemers werken in een uitwisselbare functie wordt door ons altijd middels een brief een voorstel gedaan om de betreffende medewerker uit te wisselen. Door het aanleveren van een dergelijke brief, waarin een ruilaanbod wordt gedaan, leveren wij een eerste substantieel begin van bewijs dat vervanging te bezwaarlijk kan zijn. Daarbij lopen wij als uitzendbureau steevast tegen het volgende probleem aan: Een opdrachtgever heeft voor een uitzendbureau gekozen vanwege de flexibiliteit en omdat de administratieve verplichtingen door het uitzendbureau worden afgewikkeld.

De via het uitzendbureau geleverde personen zijn op basis van kennis en kunde van de betrokken medewerker door de opdrachtgever **zelf** geselecteerd en geplaatst. Een opdrachtgever heeft dan ook geen enkel belang bij een eventuele uitwisseling. Een uitzendbureau heeft ook geen enkele mogelijkheid om dit (juridisch) af te dwingen. Een opdrachtgever is vaak ook niet bereid om hier iets over op papier te zetten. Terecht wordt dan opgemerkt dat het een zaak is van het uitzendbureau en niet van de opdrachtgever. (Verzoekster; N.o.) kan de betreffende opdrachtgever ook niet verplichten tot het doen van uitspraken of het op papier vastleggen van de beweegredenen. Indien wij hier op blijven aandringen heeft dit altijd een negatief effect op de verstandhouding met de klant en zou de klant ook kunnen overwegen de opdracht aan een ander uitzendbureau te geven. (Verzoekster; N.o.) heeft met de opdrachtgever een klant / leverancierverhouding en kan daarom geen enkele invloed uitoefenen op de bedrijfsvoering van de betreffende opdrachtgever.

Daar waar een uitzendbureau dus niet aan de verplichting kan voldoen om een werknemer uit te wisselen, wordt een beroep gedaan op de hardheidsclausule van het (nieuwe) artikel 4:2, vierde lid, van het ontslagbesluit. Indien een werkgever zich hierop beroept, zal CWI het bij de beoordeling van het beroep moeten stellen *zonder* de informatie van de opdrachtgever. Indien de opdrachtgever dan al bereid is om, na lang aandringen, zijn motivatie op papier te zetten, dan zal hij dit doen in bewoordingen welke voor zijn bedrijf niet schadelijk is. Helaas wordt een dergelijke verklaring niet door u geaccepteerd. In bovengenoemde ontslagaanvraag geeft u in uw brief van 24 januari jl., blz. 3, aan:

" Zoals bij werkgever bekend mag worden verondersteld gaat de verantwoordelijkheid van werkgever verder dan het enkel doen van een aanbod en het overleggen van een schrijven van de opdrachtgever waarin deze aangeeft het vervangingsvoorstel niet te (willen) accepteren." U verwijst daarbij naar hoofdstuk 17 van de beleidsregels Ontslagtaak CWI.

In dit hoofdstuk staat echter nergens beschreven dat het doen van een aanbod en het overleggen van een schrijven niet voldoende zou zijn. Geen enkele andere locatie van het CWI heeft ons ooit meegedeeld dat het doen van een aanbod en het overleggen van een verklaring niet afdoende zou zijn. Daarnaast vragen wij ons af welke concrete inspanningen u dan van ons verwacht om een eventuele vervanging te bewerkstelligen. Uit de brief die wij van de betreffende opdrachtgever hebben overgelegd en welke wij na diverse verzoeken hebben ontvangen, blijkt al dat de opdrachtgever dergelijke verzoeken niet op prijs stelt. Een uitzendbureau kan zich niet permitteren een relatie op het spel te zetten. Daar zijn te grote belangen mee gemoeid.

(...)

Reactie op het verweer van werknemer

Het valt ons op dat u in uw conclusie het gestelde van een werknemer in principe als juist en correct beschouwt en de door ons gegeven informatie, op zijn minst "twijfelachtig" wordt geacht. Wij maken u daarbij op het volgende attent.

Bij het indienen van een ontslagaanvraag is de feitelijke situatie bepalend. Deze kan echter gewijzigd zijn of worden nadat de aanvraag door u in behandeling is genomen.

Indien een opdrachtgever ons aangeeft dat een opdracht voor het inlenen van personeel **binnenkort** wordt beëindigd omdat overwogen wordt de productie elders in Europa onder te brengen, dan is er voor ons geen enkele reden daaraan te twijfelen. (Zie brief opdrachtgever d.d. 9 november 2005.) Als later echter blijkt dat de medewerkers waarvan de opdracht zou worden beëindigd, er toch nog werken omdat een bepaalde productie eerst afgemaakt moet worden, dan kunt u ons dat niet verwijten.

In de tweede alinea van uw conclusie vraagt u zich af of die inleenopdracht ook daadwerkelijk als laatste inleenopdracht dient te worden gezien. U gaat hierbij af op de in laatste instantie overgelegde stukken van werknemer. De brief van (X; N.o.) d.d. 25 mei 2005 geeft echter duidelijk aan dat werknemer daar werkzaam is geweest van 24 januari 2005 tot en met 3 maart 2005.

Ook werknemer zelf bevestigt dat zij daar werkzaam is geweest van 18 januari tot en met 22 februari '05. Dat zij deze opdrachtgever kennelijk niet als laatste werkgever ziet, doet hier niets aan af. Wij hebben haar verschillende malen geprobeerd uit te leggen dat de opdracht bij Z voor haar was gestopt en dat haar werkzaamheden aldaar direct zijn beëindigd. De reden hiervan is dat wij haar direct beschikbaar wilden hebben voor ander werk. Dit mede omdat werknemer een arbeidsovereenkomst met ons heeft voor 14 uur en het in die regio zeer moeilijk is om werk te vinden voor parttimers. Als ondernemer hebben wij die vrijheid. Het verbaast ons dan ook dat u ingaat op de beweringen van de werknemer waarbij (verzoekster; N.o.) als onbetrouwbaar wordt bestempeld omdat wij

zaken "bewerkt" zouden hebben. (Verzoekster; N.o.) is een gerenommeerd Uitzendbureau en aangesloten bij de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU) gevestigd te Amsterdam. Wij kunnen ons niet permitteren om te sjoemelen met gegevens.

Het is echter correct dat er door de vestiging bij het invullen van de herplaatsingsgesprekken fouten zijn gemaakt bij de opgave van de laatste opdrachtgever. Deze zijn na controle door ondergetekende gecorrigeerd. Dit is gedaan met de beste bedoelingen en uitsluitend ter verduidelijking voor u en niet om de boel anders voor te stellen dan in werkelijkheid het geval is. De betreffende intercedent had dit ook met de werknemer moeten bespreken maar heeft dit helaas niet gedaan. Door een vestiging worden leegloopuren geboekt indien er sprake is van daadwerkelijke leegloop en indien de werknemer geplaatst is onder de kostprijs. Dit laatste was in onderhavig geval van toepassing.

Als u het beginsel van hoor en wederhoor zou hebben toegepast, zouden wij u het voorgaande hebben kunnen meedelen. U heeft dit evenwel nagelaten, en de stellingen van de werknemer direct voor waar aangenomen. Dit lijkt ons een onjuiste gang van zaken. Graag vernemen wij om welke redenen u heeft gemeend het beginsel van hoor en wederhoor niet te hoeven toepassen."

12. De Raad van bestuur liet verzoekster op 1 mei 2006 schriftelijk weten wat betreft het door verzoekster gedane beroep op de hardheidsclausule begrip te hebben voor de lastige situatie waarin verzoekster zich bevond. De CWI zag zich echter genooddaakt om de wet- en regelgeving met betrekking tot de hardheidsclausule toe te passen en was van mening dat dit inzake de ontslagaanvraag voor werkneemster op correcte wijze was gebeurd. De CWI handhaafde haar standpunt dat het enkel doen van een aanbod en het overleggen van een schrijven van een opdrachtgever waarin deze aangeeft het vervangingsvoorstel niet te (willen) accepteren onvoldoende is om een beroep op de hardheidsclausule aannemelijk te maken. De CWI verwees verzoekster hiervoor uitdrukkelijk naar de Beleidsregels Ontslagtaak CWI (zie Achtergrond, onder 2.; N.o.)

Wat betreft de klacht van verzoekster dat de CWI haar niet in de gelegenheid had gesteld op het laatste verweer van verzoekster te reageren, merkte de CWI op dat het Ontslagbesluit uitgaat van twee ronden van hoor en wederhoor. Aangezien er in deze zaak drie ronden van hoor en wederhoor hadden plaatsgevonden, was naar de mening van de CWI het beginsel van hoor en wederhoor niet geschonden. Voorts was de CWI van mening dat verzoekster had erkend dat er bij het invullen van de herplaatsingsgesprekken fouten waren gemaakt. Verzoekster had dit dan ook kunnen constateren bij het opstellen van de ontslagaanvraag en dus drie keer de gelegenheid gehad de CWI te laten weten dat de verslagen van de herplaatsingsgesprekken niet juist waren ingevuld.

13. Verzoekster kon zich met deze reactie van de CWI op haar klacht niet verenigen en wendde zich bij brief van 22 juni 2006 tot de Nationale ombudsman.

II. Ten aanzien van het beginsel van hoor en wederhoor

Bevindingen

1. Verzoekster klaagt erover dat de CWI in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor heeft gehandeld door de door werknemster nieuw naar voren gebrachte stellingen niet aan haar voor te leggen alvorens een beslissing op de ontslagaanvraag te nemen. Werknemeester had in de derde ronde van hoor en wederhoor de originele verslagen van de herplaatsingsgesprekken overgelegd waarin een andere laatste opdrachtgever stond vermeld dan op de eerder in de procedure door verzoekster overgelegde gespreksverslagen.

2. De Raad voor bestuur van de CWI verwees de Nationale ombudsman in haar reactie op de klacht van verzoekster naar de reactie van de CWI van 1 mei 2006. Voorts merkte de Raad van bestuur nog het volgende op:

“...De stellingen zoals deze door werknemster in haar brief d.d. 18 januari 2006 zijn verwoord, zijn “nieuw” in de zin dat deze nog niet eerder door haar expliciet zijn aangevoerd in de ontslagprocedure. Inhoudelijk gezien was het door haar gestelde voor verzoeker blijkbaar niet nieuw. Door verzoeker is namelijk zelf aangegeven dat het bekend was dat er door de betrokken vestiging van (verzoekster; N.o.) fouten zijn gemaakt bij het invullen van de herplaatsingsgesprekken en bij de opgave van de laatste opdrachtgever (...). Indien verzoekster zorgvuldig de door haar overgelegde stukken bij het indienen van de ontslagaanvraag d.d. 30 november 2005 had bestudeerd, had dit reeds duidelijk kunnen zijn en mijns inziens moeten worden en had hiermee geanticipeerd kunnen worden op de in de derde ronde door werknemster aangevoerde stellingen in haar schrijven van 18 januari 2006. Verzoekster heeft derhalve drie ronden van hoor en wederhoor de tijd gehad dit kenbaar te maken.

Ook gelet op artikel 4:7 van de Algemene wet bestuursrecht kan mijns inziens uit het verloop van de procedure worden geconcludeerd dat de door werknemster in de derde ronde aangevoerde argumenten inhoudelijk niet afwijken van feiten en belangen die reeds eerder door verzoekster zijn verstrekt, dan wel, indien u concludeert dat er sprake is van een afwijking van de aanvraag, deze slechts van geringe betekenis voor verzoekster kan zijn...”

Tevens merkte de CWI op dat de CWI in haar ontslagbeschikking niet zonder meer van de juistheid van de stellingen van werknemster zoals gedaan in haar schrijven van 28 januari 2006 was uitgegaan. Door de CWI was niet geconcludeerd dat het door verzoekster gestelde onjuist was en het door werknemster gestelde juist, er werd enkel en alleen vastgesteld dat de stellingen van werknemster twijfel hadden oproepen bij de vraag welke opdrachtgever als laatste opdrachtgever diende te worden beschouwd.

De CWI was er bij de beoordeling van de ontslaanvraag zelfs van uitgegaan dat X de laatste opdrachtgever was geweest. Het was de CWI dan ook niet duidelijk, nu de CWI was uitgegaan van de stellingen van verzoekster en niet van de stellingen van werkneemster, waarom het beginsel van hoor en wederhoor geschonden zou zijn. Het laten reageren van verzoekster op de stellingen van werkneemster zoals gedaan in haar schrijven van 18 januari 2006 zou met betrekking tot dit punt niet tot een ander resultaat hebben geleid. Het was de CWI dan ook niet duidelijk welk belang verzoekster had om op de stellingen van werkneemster van 18 januari 2006 te mogen reageren.

De CWI had kort gezegd, de toestemming aan verzoekster onthouden, omdat er enerzijds bij de opdrachtgever X (laatste opdrachtgever volgens verzoekster) in ieder geval nog een medewerker met een korter dienstverband werkzaam was in de functie van productiemedewerker hetgeen met zich meebracht dat het anciënniteitsbeginsel conform Bijlage B niet juist was toegepast en anderzijds omdat er nog geen definitieve einddatum van de beëindiging van de inleenovereenkomst met betrekking tot productiewerkzaamheden bij de betreffende opdrachtgever bekend was.

3. Verzoekster liet de Nationale ombudsman in haar schriftelijke reactie van 15 augustus 2006 weten dat in de eerdere verweren van werkneemster noch impliciet noch expliciet de stellingen zijn opgeworpen die werkneemster in haar laatste verweerschrift van 18 januari 2006 had opgeworpen. De stelling van de CWI dat verzoekster op een dergelijk verweer had moeten anticiperen, was volgens verzoekster dan ook onjuist en gaf geenszins een rechtvaardiging voor de omstandigheid dat de CWI verzoekster niet in de gelegenheid had gesteld te reageren op het verweer van werkneemster. Door haar handelwijze had de CWI in strijd gehandeld met het beginsel van hoor en wederhoor, aldus verzoekster.

Beoordeling

4. Het vereiste van hoor en wederhoor houdt in dat bestuursorganen bij de voorbereiding van een handeling of beslissing betrokkenen in staat stellen te worden gehoord.

5. In deze zaak hebben drie rondes van hoor en wederhoor plaatsgevonden. De werkneemster heeft in de laatste ronde aangegeven dat verzoekster gegevens op de gespreksformulieren zou hebben gewijzigd. Dit heeft verzoekster als een onterechte aantijging ervaren. De Nationale ombudsman heeft begrip voor de gevoelens van verzoekster dat zij op die aantijgingen niet heeft kunnen reageren. De CWI heeft aangegeven en de Nationale ombudsman is ook van oordeel dat die aantijgingen geen rol hebben gespeeld bij de beslissing. Zowel uit de ontslagbeslissing als de reactie van de CWI blijkt voldoende dat het geschilpunt tussen werkneemster en verzoekster over wie als laatste inlener beschouwd moet worden door de CWI in het voordeel van verzoekster is beslist.

Drie rondes van hoor en wederhoor voeden de veronderstelling dat daarmee voldoende gelegenheid is gegeven voor hoor en wederhoor. Maar het vereiste houdt meer in. Van belang is dat het bestuursorgaan ter voorbereiding van het te nemen besluit uit de gegevens verkregen door hoor en wederhoor een duidelijke selectie maakt en *niet in het besluit betreft gegevens waar geen wederhoor op heeft kunnen plaatsvinden*. In de reactie van het besluit komt dat niet ten volle tot uitdrukking. In het besluit is allereerst een opsomming gegeven van hetgeen in hoor en wederhoor aan de orde is gekomen. In de conclusie die volgt blijkt dat gekozen is voor de lezing die verzoekster heeft gegeven ten aanzien van de vraag wie als laatste inlener moet worden beschouwd. Echter daarvoor zijn bewoordingen gebruikt die geen duidelijke keus lijken te maken. Dat geldt met name voor het gebruik van de zinsnede: "Voor zover er vanuit moet worden gegaan dat (...) als laatste inlener moet worden gezien...". Vervolgens wordt de conclusie afgesloten met de opmerking dat verzoekster niet helder en consistent is geweest in de informatieverstrekking. Gelet op de latere reactie van de CWI dat de vergunning is geweigerd in verband met overtreden anciënniteitsregels bij de laatste inlener, is dit een overbodige toevoeging en geen onderdeel van de conclusie, maar wel een verwijzing naar de opmerking van de werkneemster gemaakt in de laatste ronde van hoor en wederhoor.

De CWI heeft er voor gekozen om verzoekster niet op die laatste opmerking van werkneemster te laten reageren. Daarom had de CWI verder in de conclusie van het ontslagbesluit niet de hiervoor als overbodig gekenmerkte toevoeging moeten opnemen,

De onderzochte gedraging op dit punt is niet behoorlijk.

III. Ten aanzien van de hardheidsclausule

Bevindingen

1. Verzoekster klaagt er verder over dat de CWI ten onrechte haar beroep op de hardheidsclausule zoals neergelegd in artikel 4:2, vierde lid van het Ontslagbesluit niet heeft gehonoreerd.
2. Verzoekster had tijdens de ontslagprocedure aangevoerd, dat zij het inleenbedrijf waar betrokken werkneemster werkzaam was geweest tweemaal had benaderd met de vraag of het mogelijk was om werkneemster uit te wisselen tegen de op dat moment nog werkzame werknemer met een korter dienstverband dan werkneemster. Het inleenbedrijf had dit echter bij brieven van 9 november 2005 en 16 december 2005 uitdrukkelijk geweigerd. Tevens had het inleenbedrijf verzoekster in de brief van 16 december 2005 te kennen gegeven dat indien verzoekster nog langer zou aandringen dit consequenties kon hebben voor de relatie met verzoekster.
3. De CWI stelt zich op het standpunt dat het enkel overleggen door verzoekster van een brief van het inleenbedrijf dat hij geen vervanging wenst, onvoldoende is om een beroep te

doen op de hardheidsclausule.

Beoordeling

4. De hardheidsclausule is neergelegd in artikel 4:2, vierde lid van het Ontslagbesluit (zie Achtergrond, onder 1.). De hardheidsclausule houdt in dat indien de werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, de CWI deze werknemer bij de toepassing van het anciënniteitsbeginsel buiten beschouwing kan laten.

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

6. Verzoekster heeft het inleenbedrijf tweemaal benaderd met de vraag of werkneemster kon worden uitgewisseld met de op dat moment daar nog werkzame werknemer met een korter dienstverband. Het inleenbedrijf heeft verzoekster onder opgaaf van redenen laten weten waarom het niet bereid was tot uitwisseling over te gaan. Een van de redenen was dat werkneemster niet functioneerde volgens de eisen die het inleenbedrijf stelde aan zijn medewerkers. Tevens heeft het inleenbedrijf uitdrukkelijk aangegeven dat het consequenties kon hebben voor de relatie met verzoekster, indien verzoekster bleef aandringen op de bedoelde uitwisseling. Gelet op het vorenstaande is de Nationale ombudsman van mening dat de CWI in redelijkheid niet van verzoekster heeft kunnen verlangen dat zij nog meer druk zou uitoefenen op het inleenbedrijf om werkneemster uit te mogen wisselen. Dit betekent dat de CWI ten onrechte het beroep van verzoekster op toepassing van de hardheidsclausule heeft afgewezen. Immers, het gaat te ver om de relatie met het inleenbedrijf zodanig op de spits te drijven dat het inleenbedrijf zich geroepen voelt de inleenovereenkomst met verzoekster te beëindigen met alle nadelige gevolgen van dien.

De onderzochte gedraging op dit punt is niet behoorlijk.

Het vorenstaande geeft de Nationale ombudsman tevens aanleiding tot het doen van een aanbeveling. De CWI heeft onvoldoende aandacht besteed in de besluitvorming aan de moeilijke positie van de werkgever als het inleenbedrijf niet bereid is tot uitwisseling van werknemers over te gaan

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen te Hengelo, is

gegrond ten aanzien van:

- het niet voor wederhoor voorleggen aan verzoekster van het laatste verweerschrift van werkneemster.
- het afwijzen van het verzoek om toepassing van de hardheidsclausule wegens strijd met het redelijkheidsvereiste.

aanbeveling

De Raad van bestuur van de CWI wordt in overweging gegeven te bevorderen dat de CWI bij een beroep op de hardheidsclausule uitdrukkelijk rekening houdt met de belangen van een werkgever die geconfronteerd wordt met de expliciete en gemotiveerde weigering van een inlener om met vervanging van één van zijn werknemers in te stemmen.

De Raad van bestuur van de CWI deelde Nationale ombudsman bij brief van 14 augustus 2008 mee dat de CWI de aanbeveling zal opvolgen, in die zin dat de CWI in vergelijkbare gevallen op bedrijfseconomische gronden een ontslagvergunning zal verlenen.

Onderzoek

Op 23 juni 2006 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift van X B.V. te Almere, met een klacht over een gedraging van de Centrale organisatie werk en inkomen te Hengelo.

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 te Amsterdam verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Vervolgens werd verzoekster in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen te reageren.

De Raad van bestuur van de Centrale organisatie werk en inkomen berichtte dat het verslag haar geen aanleiding gaf tot het maken van opmerkingen.

Verzoekster gaf binnen de gestelde termijn geen reactie.

Informatieoverzicht

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

1. Verzoekschrift van 22 juni 2006.

2. De stukken uit het ontslagdossier en de overige correspondentie tussen de CWI en verzoekster.

3. Reactie op de klacht van de Raad van bestuur van de CWI, gedateerd

4 augustus 2006.

4. Nadere reactie van verzoekster, gedateerd 15 augustus 2006.

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, zoals dit luidde tot 1 maart 2006

"1. 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. Indien een uitzendwerkgever als bedoeld in Bijlage B van een verzoek om toestemming tot opzegging van een arbeidsverhouding doet op grond van bedrijfseconomische redenen wordt bij de beoordeling van die redenen tevens die bijlage in acht genomen."

Artikel 4:2, eerste en vierde 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.

4. Indien de werkgever aannemelijk maakt dat de vervanging van een werknemer die uit hoofde van zijn functie bij een derde te werk is gesteld om onder diens toezicht en leiding werkzaam te zijn, in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, kan de Centrale organisatie werk en inkomen deze werknemer bij de toepassing van het eerst lid buiten beschouwing laten."

2. Beleidsregels Ontslagtaak CWI (versie oktober 2005)

"17. Ontslagregime driehoeksrelaties (hardheidsclausule)

(...)

1. De hardheidsclausule van artikel 4:2, vierde lid, van het Ontslagbesluit

(...)

De toelichting bij artikel 4:2, vierde lid, van het Ontslagbesluit stelt dat van de hardheidsclausule gebruik kan worden gemaakt indien de werkgever aannemelijk maakt dat vervanging van een bij een derde (onder diens toezicht en leiding) werkzame werknemer in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd. Met '*vervanging*' wordt dan bedoeld, dat op grond van een ruilaanbod van de werkgever aan de opdrachtgever een overtollige werknemer met een hogere anciënniteit in de plaats treedt van een in een uitwisselbare functie met een lagere anciënniteit. De werkgever zal tegenover de CWI aannemelijk moeten maken dat vervanging van de betrokken werknemer, in het licht van de zakelijke relatie tussen de werkgever en de opdrachtgever, te bezwaarlijk is.

(...)

Bij een beroep op de hardheidsclausule neemt de CWI het navolgende in acht:

- Allereerst wordt de redelijkheid beoordeeld van de door de werkgever aangevoerde omstandigheden. Doorgaans zal een werkgever aanvoeren dat de inlener niet akkoord wenst te gaan met de wisseling en daar ook de reden(en) voor aangeven. Is CWI van de redelijkheid daarvan overtuigd, dan komen de omstandigheden van de toelichting verder niet aan de orde.

- Indien de CWI echter van mening is dat de argumenten niet overtuigend zijn, dan kunnen de in de toelichting genoemde omstandigheden benut worden voor vragen aan de werkgever. De omstandigheden zijn overigens niet limitatief! De praktijk wijst veelal uit dat ook andere omstandigheden dan de genoemde een rol kunnen spelen. Het is niet de bedoeling dat CWI de in de toelichting genoemde omstandigheden als een checklist gaat

gebruiken. Het gaat erom dat CWI zorgvuldig afweegt of een beroep op de hardheidsclausule gerechtvaardigd is.

- uitgangspunt is dat de aangevoerde omstandigheden tot de overtuiging leiden dat vervanging in redelijkheid niet kan worden geveerd. Het betreft hier immers een hardheidsclausule voor het enige objectieve selectie criterium bij ontslag, te weten het anciënniteitsbeginsel..."