

Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de CWI: trend of randverschijnsel?

P.S. van Minnen* en W.A. Zondag

1 Inleiding

Het ontslagrecht – voor de rechtspraak de kern van het arbeidsrecht – weet het wetenschappelijk forum nog altijd te boeien. Er is altijd wel een recent vonnis, beschikking of voorstel tot wetgeving dat aanleiding geeft om een of meerdere ‘pijlers’ van het ontslagrecht – wederzijds goedvinden, opzegging, ontslag op staande voet, ontbinding of ontbindende voorwaarde – onder de juridische microscoop te leggen. Ook de BBA-procedure, het voortraject van de opzegging, heeft aan belangstelling niet te klagen. Met regelmaat worden discussies over het voortbestaan van deze ontslagpoot gevoerd, meest recentelijk naar aanleiding van het door de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel gepresenteerde rapport. Een wat onderbelicht onderdeel van het ontslagrecht is de rechtsbescherming tegen een door de Centrale organisatie werk en inkomen (CWI) genomen beslissing, de actie uit onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. De praktijk, zo blijkt uit (recente) rechtspraak, lijkt met deze route steeds meer bekend te worden.¹ Ons inziens vraagt dit onderdeel van het recht, dat bijzonder complex is vanwege de ligging op het snijvlak publiek recht en civiel recht (en daarin weer uiteenlopend in algemeen vermogensrecht en arbeidsovereenkomstenrecht), nadere doordenking. Dit artikel wil daartoe een aanzet geven. Hierbij is voor de volgende opzet gekozen. Eerst wordt een overzicht gegeven van de verschillende aspecten van de BBA-procedure: het ontstaan en voortbestaan ervan (par. 2.1), het toetsingskader (par. 2.2), het rechtskarakter

* Advocaat te Woerden.

1 Hof 's-Hertogenbosch 20 oktober 1987, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1987, 78 m.n. Acp; Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, JAR 1993, 12; Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, JAR 1995, 65; Rb. Breda 12 december 1995, JAR 1996, 25; Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 1998, JAR 1998, 223; Hof 's-Gravenhage 19 juni 2001, NJ 2001, 576; Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001, JAR 2001, 236. Zie voor een beschrijving van de laatstgenoemde zes zaken: E.A. Roest, Onrechtmatig handelen van de RDA, een goed alternatief?, *ArbeidsRecht* 2002/4, p. 3 e.v.

(par. 2.3) en de rechtsbescherming (par. 2.4). Vervolgens wordt de rechtsbescherming – de actie wegens onrechtmatige daad – uitgediept (par. 3). Daarbij passeren de verschillende aspecten van zo'n actie de revue: de elementen van artikel 6:162 BW, alsmede enkele schadeaspecten. In de laatste paragraaf (par. 4) duiden wij de richting aan die de rechtspraak over de onrechtmatige CWI-daad zou moeten hebben.

2 De BBA-procedure

2.1 Een halve eeuw BBA: niets is duurzamer dan het tijdelijke

De Tweede Wereldoorlog bracht in 1940, naast veel (im)materiële schade, totale ontwrichting van het economische leven mee. Om te voorkomen dat de arbeidsmarkt met werklozen zou worden overspoeld, vaardigde de Duitse bezetter een verbod van ontslag en werktijdverkorting uit, de voorloper van de huidige artikelen 6 en 8 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen. Dit verbod beoogde niet alleen stabiliteit op de arbeidsmarkt te bewerkstelligen, maar ook een massale toeloop op de bestaande werklozensteun te voorkomen. Bovendien beschikte de bezetter op deze wijze over de gegevens van alle volledig of gedeeltelijk werkloze werknemers die konden worden gebruikt voor de *Arbeitseinsatz* in Duitsland.² Aldus werd het arbeidsrecht 'dienstbaar gemaakt aan de eischen die de oorlog stelt', merkt Van der Grinten op.³ Aanvankelijk bestonden het ontslagverbod en het verbod van werktijdverkorting hieruit dat het een werkgever verboden was om na 27 mei 1940 de arbeid in zijn onderneming blijvend of tijdelijk stop te zetten, de arbeidsduur te verminderen beneden 36 uur per week of gedurende een tijdvak van dertig achtereenvolgende dagen vijftientig of meer werknemers in een onderneming, al dan niet tegelijkertijd, te ontslaan. Bovendien waren werkgevers verplicht, wanneer zij in het tijdvak van 10 tot 28 mei 1940 hetzij het werk in de onderneming hadden stopgezet, hetzij vijftientig of meer werknemers – al dan niet tegelijkertijd – hadden ontslagen, hiervan mededeling te doen aan de Arbeidsinspectie. Het ontslagverbod noch het verbod van werktijdverkorting was echter van toepassing ingeval een schriftelijke vergunning van de directeur-generaal van de Arbeid was verkregen teneinde genoemde handelingen te verrichten.

De toepassing van het besluit kwam in handen van de Arbeidsinspectie, die hierdoor voor een geheel nieuwe taak stond. Veel extra werk bracht dit besluit overigens niet mee, daar de meeste ontslagen en werktijdverkortin-

2 H. Naber, 45 jaar ontslagverbod in Nederland, NJB 1985, p. 893.

3 W.C.L. van der Grinten, Nieuw arbeidsrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom 1942, p. 1.

gen reeds vóór 27 mei 1940, toen het verbod nog niet van kracht was, waren geëffectueerd.⁴ De werkzaamheden namen echter toe toen het besluit op 13 juni 1940 werd vervangen door een nieuwe verordening, uitgevaardigd door rijkscommissaris Seys-Inquart.⁵ In deze verordening werd de secretaris-generaal van het departement van SZ bevoegd verklaard tot het uitvaardigen van voorschriften betreffende 'het stilleggen van ondernemingen, de invoering van den verkorten werktijd en het ontslaan van werknemers'.⁶ De Arbeidsinspectie zag zich door de invoering van de nieuwe verordening en het daarop gebaseerde uitvoeringsbesluit, die terugwerkende kracht had tot 9 mei 1940, voor een grote werklast geplaatst.⁷ Drie jaar later, per 1 maart 1943, werd de bevoegdheid van de Arbeidsinspectie beperkt tot het in behandeling nemen van verzoeken om een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting. Het beoordelen van aanvragen voor een ontslagvergunning behoorde vanaf 1 maart 1943 tot de taak van het Gewestelijk Arbeidsbureau.⁸ De aanleiding voor deze nieuwe taakverdeling lag in de steeds groter wordende behoefte aan arbeidskrachten ten gevolge van de verhoogde oorlogsinspanningen.⁹ Door de ontslagvergunningpraktijk te concentreren bij het – toen Duitsgezinde – Gewestelijk Arbeidsbureau konden *Arbeidseinsatz* en vergunningverlening voor ontslag met elkaar worden gecombineerd.¹⁰

4 Besluit van den Opperbevelhebber van land en zeemacht d.d. 27 mei 1940. Centraal verslag der Arbeidsinspectie over 1940, Den Haag 1941, p. 13-14 en 230-231. In totaal zijn op basis van het besluit van den Opperbevelhebber van land- en zeemacht gedurende de periode van 28 mei 1940 tot 13 juni 1940 16 ontslagvergunningen (2739 werknemers) en 13 short-timevergunningen (859 werknemers) verstrekt. Daarnaast is kennisgeving gedaan van 356 stopzettingen (21.579 werknemers) en 216 ontslagen waarbij 25 of meer werknemers waren betrokken (18.599 werknemers). Zie Centraal verslag der Arbeidsinspectie over 1940, p. 231.

5 No. 8/1940 van 11 juni 1940.

6 Verordening van den rijkscommissaris voor het bezette Nederlandsche gebied betreffende het beperken van werk van 11 juni 1940, uittreksel uit het verordnungsblad voor het bezette Nederlandsche gebied, in: C.W. Caron, Regelingen der verhoudingen tusschen werkgever en werknemer, ontslag, korter werktijd, stopzetten bedrijf, loon, Verordeningen en Uitvoeringsbesluiten en hare toepassingen verzameld en toegelicht, Wassenaar 1941, p. 4.

7 Alleen al op basis van het uitvoeringsbesluit werden in 1940 70.107 ontslagvergunningen (428.972 werknemers) en 1464 short-timevergunningen (64.255 werknemers die minder dan 36 uur werkten) afgegeven. Daarnaast werden 569 vergunningen (6569 werknemers) tot tijdelijk of voorgoed stopzetten van werk in de onderneming verleend.

8 Verordening van den rijkscommissaris voor het bezette Nederlandsche gebied betreffende de beperking ten aanzien van het veranderen van betrekking d.d. 1 maart 1943. Hierdoor werd art. 1 lid 1 onder 2 van het Derde uitvoeringsbesluit (no. 14/1942) buiten werking gesteld. Centraal verslag der Arbeidsinspectie over 1943, p. 277.

9 Centraal verslag der Arbeidsinspectie over 1945, p. 18.

10 De achterliggende reden hiervan was dat in het GAB pro-Duitse personen konden worden geplaatst, zodat de bezetter de beschikking kon krijgen over lijsten met pas ontslagen werknemers die, gelet op het feit dat zij werkloos waren, op transport naar Duitsland konden worden gezet. Om deze reden werden Arbeidsbureaus in de volksmond wel 'slavenholen' genoemd. Tegenwoordig spreekt men van 'één-loket-uitvoering'.

Het door de bezetter ingevoerde wetgevingsproduct bleek tegen het einde van de oorlog nog (lang) niet afgeschreven te zijn. Reeds op 17 juli 1944 stelde de Nederlandse regering, op dat moment nog in Londen, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen vast, waarin zowel het ontslagverbod als het verbod van werktijdverkorting werd gecontinueerd.¹¹ Nadien zijn deze verboden gecontinueerd in het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945),¹² dat als voornaamste doel had de productie weer op gang te helpen teneinde de werkgelegenheid en het economisch herstel van het land te bevorderen.¹³ Aanvankelijk lag het in de bedoeling dat het besluit een tijdelijk karakter zou hebben en op niet al te lange termijn zou worden vervangen door een wettelijke regeling. Maar, zoals Mok eens opmerkte, dikwijls is niets duurzamer dan het tijdelijke.¹⁴ Wat betreft het BBA heeft hij hierin gelijk gehad: na een periode van meer dan vijftig jaar (zestig, als de bezettingsjaren worden meegeteld) is het BBA nog steeds van kracht.

Onomstreden is het BBA nooit geweest.¹⁵ Zo is er in 1953, bij de gelegenheid van de herziening van het ontslagrecht, een diepgaande discussie gevoerd over het wel of niet continueren van het ontslagverbod. Vanwege een gebrek aan vertrouwen in de (kanton)rechter is toen besloten het BBA vooralsnog te handhaven. In totaal zijn er nadien twee wetsvoorstellen tot omverwerping van het BBA-regime bij de Tweede Kamer ingediend. Tot nog toe hield het BBA evenwel stand. Tijdens de behandeling van de Wet Flexibiliteit en zekerheid heeft de Minister van SZW toegezegd opnieuw onderzoek te zullen laten verrichten naar de wenselijkheid van het handhaven van de preventieve ontslagtoets. Hiertoe is de Advies Commissie Duaal Ontslagrecht (Commissie-Rood) in het leven geroepen. In het door deze commissie uitgebrachte advies (november 2000) wordt geadviseerd de preventieve ontslagtoets af te schaffen en te vervangen door één repressief stelsel. Gelet op de niet malse kritiek die inmiddels in de literatuur op het advies is gegeven, is het zeker niet vanzelfsprekend dat het advies tot een

11 Besluit van 17 juli 1944, Stb. E 52. Het standpunt van de regering met betrekking tot andere tijdens de bezetting totstandgekomen maatregelen werd neergelegd in het Besluit bezettingsmaatregelen van 17 september 1944, Stb. E 93.

12 Besluit van 5 oktober 1945, Stb. 1945, F 214, laatstelijk gewijzigd bij wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 741.

13 I.P. Asscher-Vonk & W.J.P.M. Fase, H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 1998, p. 116; S.W. Kuip, Ontslagrecht met bijzondere aandacht voor de dringende redenen, Deventer: Kluwer 1993, p. 124; C.E.M. van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, Deventer: Kluwer 1992, p. 16.

14 S. Mok, Vrijheid en gebondenheid in het arbeidsrecht, in: Van sociale politiek naar sociaal recht, Alphen aan den Rijn 1966, p. 224.

15 Zie voor een overzicht: ADO, Afscheid van het duale ontslagrecht, Den Haag 2000; P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, De waarde(n) van het sociaal recht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 115-116.

voorstel tot wet zal worden getransformeerd, laat staan dat het zonder slag of stoot door Tweede en Eerste Kamer zal worden aanvaard. Het laatste jaar is het al weer vrij stil rond de aanbevelingen van de Commissie-Rood. Reden temeer om aandacht te schenken aan een wat onderbelicht aspect van de BBA-procedure: de aansprakelijkheid van de CWI, de opvolger van de RDA.¹⁶ De mogelijkheid om de CWI civielrechtelijk aansprakelijk te stellen zou een belangrijk onderdeel van het huidige – duale – ontslagrecht kunnen, misschien wel moeten, zijn.

2.2 De BBA-procedure: bestuursrecht met civiele impact

Welk karakter heeft de BBA-procedure? Op het eerste gezicht lijkt het een procedure tussen twee civiele partijen die twisten over de vraag of een dienstverband moet eindigen. Een ingediend verzoek, de mogelijkheid tot verweer, eventueel meerdere procesrondes met soms een mondelinge behandeling. Met als afronding een ‘soort’ uitspraak. De ware aard van de BBA-procedure is evenwel bestuursrechtelijk: het uitoefenen van *overheidsgezag*. Er geldt immers een algemeen verbod tot het opzeggen van arbeidsovereenkomsten door werkgevers. De overheid kan echter in daarvoor aangewezen gevallen ontheffing verlenen van dat verbod, c.q. toestemming geven voor opzegging. De achtergrond van het verbod is, zoals hiervoor eerder uiteengezet, puur bestuursrechtelijk, te weten: het voeren van arbeidsmarktbeleid. Aanvankelijk door middel van twee (tamelijk) gelijkwaardige pijlers: het vormgeven van arbeidsvoorwaarden en het reguleren van de ontslagpraktijk. Tegenwoordig ligt het zwaartepunt van het BBA in de preventieve ontslagbescherming die de individuele werknemer daaraan in veel gevallen kan ontnemen.¹⁷

16 Van 1945 tot 1993 kwam de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming voor ontslag toe aan de Minister van SZW. De minister had deze bevoegdheid evenwel feitelijk overgedragen aan de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB), zij het dat de vergunningverlening met inachtneming van door de Minister van SZW opgestelde richtlijnen diende plaats te vinden. Van 1993 tot 1998 was de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorzieningsorganisatie (RDA) op grond van art. 1 van het Delegatiebesluit bevoegd om toestemming voor ontslag te verlenen. Bij het verlenen van de toestemming moesten de regels van het Delegatiebesluit in acht worden genomen. Per 1 januari 1999 en per 1 januari 2002 ontnemen respectievelijk de RDA en de CWI de bevoegdheid om toestemming voor ontslag te verlenen aan art. 6 lid 1 BBA, Wet SUWI, Stb. 2001, 682, gewijzigd Ontslagbesluit 20 december 2001, Stcrt. 27 december 2001, 249, p. 42 en gewijzigd Ontslagbesluit, Scrt. 15 maart 2002, 53, p. 19. In het Mandaatsbesluit CWI is bepaald aan wie het nemen van primaire beslissingen op grond van art. 6 BBA is gemandateerd (Stcrt. 15 maart 2002, 53, p. 19).

17 W.A. Zondag, *Werktijdverkorting, over plaats en functie van een arbeidsmarktinstrument in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 23 e.v.

2.3 Toetsingskader

De CWI moet de hem toegekende bevoegdheid ex artikel 6 BBA (verlenen van toestemming voor ontslag) uitoefenen binnen bepaalde toetsingskaders en met inachtneming van bepaalde voorschriften. Deze regels zijn thans neergelegd in het BBA zelf, het daarop geënte Ontslagbesluit en de Wet melding collectief ontslag (WMCO).¹⁸ Kort gezegd bevat het BBA onder meer bepalingen ten aanzien van de reikwijdte van het verbod en procedurele voorschriften, zoals het horen van vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties (art. 6 lid 4 BBA). Het Ontslagbesluit bevat procedurele voorschriften en een toetsingskader, bestaande uit een algemene maatstaf (art. 3:1) en twee bijzondere maatstaven ten aanzien van ontslag wegens economische redenen (art. 3:1 t/m 4:5) en ten aanzien van ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen (art. 5:1 t/m 5:2). De WMCO bevat aanvullende regels, die bij collectief ontslag in acht genomen moeten worden. Hoofdreutel van WMCO is dat de RDA individuele ontslagaanvragen niet eerder in behandeling neemt dan na één maand nadat de meldingen aan de werknemersverenigingen en RDA is gedaan (art. 6 lid 1 WMCO).

2.4 Rechtsbescherming

Tegen een beslissing ex artikel 6 BBA staat geen (administratief) bezwaar of beroep open.¹⁹ Ontevredenheid met een door de CWI gegeven beslissing lost zich in de praktijk als volgt op. De *werkgever* die het niet eens is met een beslissing tot het niet verlenen van een ontslagvergunning gaat naar de kantonrechter en verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW). De *werknemer* die meent dat er ten onrechte een ontslagvergunning is verleend, kan de (on)redelijkheid van het ontslag laten beoordelen door de rechter in een kennelijk onredelijk ontslag-procedure (art. 7:681 BW).²⁰ In beide procedures is de CWI geen partij: een discussie over de gevolgen van een in de ogen van een werknemer of werkgever onjuist CWI-handelen wordt verplaatst naar een

18 Uitbreiding van de regels is mogelijk bij ministeriële regeling (art. 6 lid 6 BBA).

19 Zie art. 6 lid 10 BBA, art. 8:5 Awb en de daarop gebaseerde negatieve lijst. Voorheen stond de art. 6 BBA-beslissing ook reeds op de negatieve lijst van de Wet AROB. Overigens kan van een beslissing inzake art. 8 BBA wel in beroep worden gegaan bij de bestuursrechter.

20 In bepaalde gevallen kan bij verjaring van een art. 681-vordering de werkgever ex art. 6:162 BW aansprakelijk worden gesteld. HR 3 december 1999, NJ 2000, 235 m.n. PAS (Pratt & Whitney).

procedure tussen werkgever en werknemer. De CWI blijft buiten schot.²¹ Dat betekent dat de inhoud van de CWI-beslissing niet altijd een eind maakt aan de discussie tussen werkgever en werknemer, maar in een aantal gevallen vertrekpunt is voor een procedure bij de rechter tussen werkgever en werknemer. Met een gebrek aan rechtsmiddelen tegen een beslissing ex artikel 6 BBA leeft de arbeidsrechtpraktijk al zó lang dat deze gang van zaken bijna normaal lijkt. Maar dat is het natuurlijk niet: rechtsbescherming van de burger ten opzichte van de overheid is een reeds lang bestaand en groot goed. De aanwezigheid van dergelijke rechtsbescherming is regel, afwezigheid uitzondering. Het is daarom niet verwonderlijk dat in de loop van de tijd de vraag werd gesteld of de procedure van artikel 6 BBA voldeed aan de eisen van artikel 6 EVRM, dat het recht op een eerlijk proces wil garanderen onder meer voor wat betreft de directe vaststelling van 'burgerlijke rechten en verplichtingen'. Deze vraag werd voorgelegd aan de Europese Commissie voor de rechten van de mens (ECRM), die evenwel de opvatting was toegedaan dat artikel 6 EVRM *niet* van toepassing is op de BBA-procedure.²² Samengevat was de ECRM van oordeel dat de BBA-procedure een zaak is tussen werkgever en (indertijd) directeur GAB. Los daarvan dient de werkgever nog een eigen beslissing te nemen tot opzegging. Die beslissing en de gevolgen daarvan kunnen in de procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag worden getoetst.²³ Wij menen dat dit een onjuist standpunt is. Uit rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) moet ons inziens namelijk wel degelijk worden afgeleid dat de BBA-procedure in strijd is met artikel 6 EVRM.²⁴ In deze uitspraken ging het over andersoortige (niet-Nederlandse) bestuursrechtelijke procedures, waarvan het resultaat tevens civielrechtelijke verhoudingen beïnvloedde. Die vielen, aldus het EHRM, onder de werking van artikel 6 EVRM. De bekendste EHRM-uitspraak in dit verband is waarschijnlijk die in de zaak Obermeier.²⁵ Om een arbeidsongeschikte werknemer te kunnen ontslaan, had een Oostenrijkse werkgever toestemming nodig van een administratiefrechtelijke instantie. Die toestemming was slechts beperkt te toetsen in Oostenrijks 'beroep'. Het EHRM achtte dat in strijd met artikel 6 EVRM, waaruit reeds kan blijken dat artikel 6 EVRM een volledige toets eist. Het in de pas lopen met die eisen – die het recht op een eerlijk proces beogen te

21 Overigens houden wij het voor mogelijk dat een werkgever, aangesproken wegens kennelijk onredelijk ontslag gebaseerd op bijvoorbeeld de stelling dat het ontslag is gegeven op een valse grond, de CWI in vrijwaring oproept als de CWI dienaangaande een verwijt treft. In die positie hebben wij de CWI in de praktijk nog niet aangetroffen.

22 ECRM 8 oktober 1980, NJ 1981, 149.

23 In zijn noot onder ECRM 8 oktober 1980, in NJ 1980, 149, noemt E.A. Alkema deze zienswijze van de ECRM 'weinig realistisch'.

24 EHRM 28 juli 1978, NJ 1980, 54; EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602; EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432.

25 EHRM 28 juni 1990, Series A, Vol. 179.

garanderen – brengt dus mee dat de rechter het handelen en oordelen van de CWI in beginsel volledig moet toetsen; een slechts marginale toetsing zou immers weer niet verenigbaar zijn met de eisen van artikel 6 EVRM.²⁶

De heersende mening in literatuur²⁷ en rechtspraak²⁸ – en wij sluiten ons bij die mening aan – is thans dat de procedure ex artikel 6 BBA is onderworpen aan de eisen van artikel 6 EVRM. Een minderheidsstandpunt wordt ingenomen door Van den Boom²⁹ en Van der Grinten.³⁰ Laatstgenoemde maakt daarbij onderscheid tussen werkgever en werknemer. Hij meent dat de *werknemer* niet over strijd met het EVRM kan klagen als een vergunning is afgegeven, maar daarentegen de *werkgever* wel als de vergunning wordt geweigerd. In dat geval is, aldus Van der Grinten, verdedigbaar de stelling dat de werkgever dit oordeel aan de onafhankelijke rechter moet kunnen voorleggen.

Wij wijzen er nog op dat het handelen (en oordelen) van de CWI ook ter toetsing kan worden voorgelegd aan een niet-rechterlijke instantie, de Nationale Ombudsman. De Ombudsman beoordeelt of het gedrag van de betreffende instantie al dan niet behoorlijk is. Onderdeel van deze behoorlijkheidsnorm vormt de rechtmatigheidsvraag. Een negatief oordeel van de Nationale Ombudsman betekent niet dat de ontslagvergunning daarmee komt te vervallen. De Ombudsman geeft weliswaar een oordeel over het handelen van de overheid, maar een directe juridische

26 In niet-BBA-zaken blijkt dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 24 april 1992, NJ 1993). In BBA-zaken blijkt dat uit de gepubliceerde lagere rechtspraak. Om te beginnen de Pally-zaak – zie hierna – waarin de Rb. 's-Gravenhage reeds overwoog dat de door art. 6 EVRM beoogde rechtsbescherming meebrengt dat de rechtbank in beginsel niet volstaat met marginale toetsing; Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, JAR 1993, 12 (er zou sprake zijn van strijd met het EVRM indien de BBA-beslissing niet kan worden getoetst door een rechterlijke instantie die 'bevoegd is tot een volledig onderzoek, zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het recht'); Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, JAR 1995, 65 (de rechtbank zal zich niet beperken tot 'een zuiver marginale (willekeurs)toetsing van het besluit van de Directeur').

27 Onder andere P.F. van der Heiden in SMA 1981, p. 7 e.v., NJB 1986, p. 917, NJB 1988, p. 1300 en G.J.J. Heerma van Voss, NJB 1990, p. 1312 e.v.; ook de Werkgroep herziening ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht, SMA april 1991, p. 214-221. Deze mening lijkt ook als de heersende te worden gesignaleerd in R.M. Beltzer e.a., Ontslagvergoedingen, Den Haag: Sdu Uitgevers, 1998.

28 Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988 (Pally-zaak), NJCM-Bulletin 1989, p. 181-191. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, JAR 1993, 12 en Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, JAR 1995, 65.

29 Van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, p. 185-188. Zie ook haar bespreking van de Pally-zaak in PS, 24-29 november 1988, p. 1677-1684. Van den Boom is echter als functionaris van het ministerie beroepsmatig betrokken (geweest) bij de invulling van de BBA-procedure. Ook de aantekeningen bij art. 6 BBA in de losbladige Arbeidsrecht (Deventer: Kluwer) zijn van haar hand.

30 Zie W.C.L. van der Grinten, Arbeidsovereenkomstenrecht, bewerkt door J.W.M. van der Grinten m.m.v. W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer: Kluwer 1999, p. 226 en 227.

consequentie voor de belanghebbenden heeft het niet. Evenmin is de civiele rechter aan het oordeel van de Nationale Ombudsman gebonden, al kan de rechter daar wel (grote) betekenis aan toekennen.³¹ Uit de jaarverslagen van de Nationale Ombudsman blijkt desondanks dat er regelmatig door werknemers gebruik wordt gemaakt van de klachtprocedure.³² De door werknemers geuite klachten hebben blijkens deze rapporten onder meer betrekking op het feit dat de RDA zijn onderzoeksplicht onvoldoende nakwam, het anciënniteitsbeginsel onjuist toepaste, zijn beschikking onvoldoende motiveerde en het beginsel van hoor en wederhoor niet toepaste.

2.5 Artikel 6 BBA en de onrechtmatige overheidsdaad

Het is mogelijk de CWI rechtstreeks aan te spreken op zijn besluiten en procedures. Daarvoor biedt artikel 6:162 BW een juridische basis: de onrechtmatige (overheids)daad. De burgerlijke rechter als 'restrechter', bij gebreke aan een andere vorm van (administratieve) rechtsbescherming. Een procedure wegens onrechtmatige daad kan zich richten tegen zowel de CWI als zodanig en als werkgever van de functionaris die de beslissing neemt (langs de weg van art. 6:170 BW, de aansprakelijkheid voor ondergeschikten), als tegen degene die de ontslagvergunning heeft ondertekend. Die kan een eigen onrechtmatige daad hebben gepleegd. Ervan uitgaande dat de vorderingen van de gelaedeerde doorgaans boven de competentiegrens van de sector kanton liggen, is de sector civiel van de rechtbank de bevoegde rechter in eerste aanleg. Spreekt men de centrale organisatie CWI aan, dan kan men de rechter van de vestigingsplaats van de CWI benaderen (Zoetermeer, dus Rechtbank 's-Gravenhage). Daarnaast kan men de CWI dagvaarden voor de vestigingsplaats van de betreffende CWI, die de bestreden beslissing heeft genomen. Die vestigingsplaatsen zijn te vinden in de bijlage bij het Besluit werkgebieden CWI. Daarbij dient te worden bedacht dat ook de plaats waar de onrechtmatige daad zich heeft voorgedaan tot bevoegdheid van de rechtbank ter plaatse kan leiden.

Toetsing langs de weg van artikel 6:162 BW dient – zoals hiervoor gesteld – in beginsel *volledig* te zijn (afhankelijk van de aard van de toe te passen bepaling),³³ aangezien op deze wijze de BBA-beslissing in evenwicht kan worden gebracht met de eisen van artikel 6 EVRM. Een volledig evenwicht

31 Aldus ook HR 14 februari 1992, NJ 1992, 320. Een vergelijkbare status vervult de Commissie Gelijke Behandeling (in een aantal procedures) inzake de vraag of sprake is van discriminatie. Zie conclusie plv. P-G Mok bij HR 25 februari 2000, JAR 2000, 83.

32 Blijkens het jaarverslag van de Nationale Ombudsman waren er in 1999 22 klachten die leidden tot 19 rapporten, in 2000 slechts 4 klachten die leidden tot 2 rapporten.

33 Zie verder par. 3.2.1 en 3.2.2.

wordt overigens daarmee nooit bereikt. Bestaat er bij de toetsing in administratief beroep conform de Awb de mogelijkheid om de beslissing te vernietigen en – tevens – een schadevergoeding aan de gelaedeerde toe te kennen, de route van de onrechtmatige overheidsdaad leidt hooguit naar schadevergoeding. De beslissing, afgifte of weigering van een ontslagvergunning, blijft onaangetast.³⁴

3 De onrechtmatige CWI-beslissing

3.1 Algemeen

Wil een actie wegens onrechtmatige overheidsdaad kunnen slagen, dan dient aan de normale eisen voor de onrechtmatige daad te worden voldaan:

- onrechtmatigheid;
- relativiteit;
- toerekenbaarheid;
- causaliteit;
- schade.

Deze elementen worden hierna achtereenvolgens behandeld.

3.2 Onrechtmatigheid

Net als iedere burger of rechtspersoon kan de CWI onrechtmatig handelen. Of dat het geval is, wordt beoordeeld aan de hand van de voor elke jurist bekende onrechtmatigheidscriteria. Onrechtmatig is het handelen in strijd met een van de drie categorieën van artikel 6:162 lid 2 BW, te weten (1) inbreuk op een recht, (2) in strijd met een wettelijke plicht en (3) in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Alvorens wij verder ingaan op voornoemde onrechtmatigheidscriteria merken wij op dat bij een onrechtmatige overheidsdaad op grond van het (niet) verlenen van een ontslagvergunning sprake is van een afwijking ten opzichte van de 'normale' situatie waarin tegen overheidsbeschikkingen een administratieve rechtsgang openstaat. In die situatie is men verplicht het aangevallen besluit aan het voorgeschreven administratief bezwaar en vervolgens de administratieve rechter te onderwerpen. De administratieve rechter zal – in ieder geval – moeten beoordelen of het aangevallen besluit

³⁴ Vgl. Werkgroep herziening ontslagrecht, Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht, SMA 1991, p 216.

standhoudt. Totstandkoming, vorm en inhoud worden beoordeeld aan de hand van de (administratiefrechtelijke) regels die daarvoor gelden. Als de administratieve rechter een aangevallen besluit vernietigt, kan degene die het besluit heeft aangevallen, trachten een schadevergoeding te krijgen. Voorheen was de bevoegdheid voor een oordeel over schadevergoedingen voorbehouden aan de burgerlijk rechter, maar sinds de inwerkingtreding van de Awb kan ook in een bestuursrechtelijke procedure schadevergoeding worden gevorderd.³⁵ In geval er echter voor wordt gekozen om – na administratiefrechtelijke vernietiging van een besluit – bij de civiele rechter schadevergoeding te vorderen op grond van onrechtmatige daad, geldt de zogenoemde leer van de formele rechtskracht. Deze leer houdt – voorzover hier van belang – in dat de burgerlijke rechter het oordeel van de administratieve rechter, die het besluit heeft vernietigd, moet respecteren. Daarmee is de onrechtmatigheid van het overheidshandelen gegeven.³⁶ Dat bestanddeel van de onrechtmatige daad ligt dan niet meer ter beoordeling op de tafel van de civiele rechter. De civiele rechter zal slechts nog over de andere eisen van de onrechtmatige daad (relativiteit, toerekenbaarheid,³⁷ causaal verband en schade) dienen te oordelen. Wil de rechtsbescherming van de burger ten aanzien van een besluit, waartegen *geen* administratieve rechtsgang mogelijk is – zoals bij de vergunningverlening ex artikel 6 BBA –, volledig zijn (en zo aan de eisen van art. 6 EVRM voldoen), dan dient de civiele rechter dezelfde toetsingsvrijheid te hebben als de administratieve rechter zou hebben gehad als deze laatste wél bevoegd zou zijn geweest. Kortom, terughoudendheid van de burgerlijke rechter is misplaatste ‘bescheidenheid’.

Van onrechtmatigheid van de CWI zal doorgaans sprake zijn wanneer in strijd met de wettelijke verplichtingen wordt gehandeld. Als wettelijke verplichting staat voorop het handelen conform het BBA, het Ontslagbesluit

35 Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest dat het schadevergoedingsrecht in de administratief rechtelijke kolom gelijk op zou lopen met dat in de civielrechtelijke kolom. In de praktijk zijn wel degelijk verschillen waar te nemen, bijvoorbeeld ten aanzien van vergoeding kosten die gemaakt worden in de bezwaarfase, alsmede omtrent het aannemen van causaliteit. Het lijkt erop dat administratieve rechters toch iets terughoudender zijn dan hun civiele collega's. Zie ten aanzien van de kosten van de bezwaarfase bijvoorbeeld R.P.J.L. Tjittes, Naar een minder zware overheidsaansprakelijkheid?, NTBR 1998, nr. 4, p. 103-105.

36 Zie hierover Lidy F. Wiggers-Rust, Schadevergoeding wegens (on)rechtmatige overheidsdaad: de burgerlijke rechter buitenspel?, NTBR 1997/7, p. 178-188, i.h.b. p. 185 e.v.; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, Aansprakelijkheid van de overheid voor vernietigde besluiten, A&V 1994/1, p. 1-7.

37 Hoewel in een dergelijk geval de toerekenbaarheid in beginsel gegeven is. Vgl. J.A.E. van der Does & G. Snijders, Overheidsprivaatrecht (Monografieën nieuw BW), Deventer: Kluwer 2001, p. 78 en 79; G.E. van Maanen & R. de Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 97-99.

en de WMCO, alsmede de thans in de Awb gecodificeerde regels van behoorlijk bestuur, zoals het motiveringsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.³⁸ Hoewel op grond van de Awb geen beroep kan worden ingesteld tegen een artikel 6 BBA-beslissing, is overigens de Awb wél van toepassing op het handelen van de CWI als bestuursorgaan. Kijkend naar het BBA en – in het bijzonder – het Ontslagbesluit kan onrechtmatig zijn het buiten toepassing laten van de in het Ontslagbesluit gegeven regels, die weer worden onderverdeeld in procedureregels (art. 2:1 t/m 2:7) en toetsingskaders die gelden bij ontslag wegens economische redenen (art. 4:1 t/m 4:5) en bij ontslag wegens ongeschiktheid van de werknemer (art. 5:1 t/m 5:2). Ook kan van onrechtmatigheid sprake zijn als wordt gehandeld in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het verbod van *détournement de pouvoir* (een bevoegdheid mag niet worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend), het gelijkheidsbeginsel (gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld), het zorgvuldigheidsbeginsel (een beslissing moet met voldoende zorg worden voorbereid en worden uitgevoerd), en het specialiteitsbeginsel (alleen die belangen mogen in de afweging worden betrokken die relevant zijn in het licht van de betreffende regeling).

Hiervoor is al aangegeven dat de toetsing van de rechter langs de weg van artikel 6:162 BW in beginsel een volledige is: de burgerlijke rechter moet toetsen als ware hij een rechter in (volledig) administratief beroep. Maar ook daar zijn grenzen, die vanuit het bestuursrecht wel worden verklaard vanuit de *pouvoir discrétionaire*.

Waar de overheid een *beoordelingsvrijheid* of *beleidsvrijheid* heeft (men spreekt in dat verband wel van ‘vrije’ en ‘gebonden’ bevoegdheden),³⁹ wordt aangenomen dat het invullen van die vrijheid slechts marginaal wordt getoetst door de rechter.⁴⁰ Onder *beoordelingsvrijheid* wordt verstaan de ruimte die een bestuursorgaan heeft om in een concreet geval te beoordelen of voldaan is aan de geldende voorwaarden. *Beleidsvrijheid* is aanwezig als de wetgever aan een bestuursorgaan een bevoegdheid heeft verleend die het al dan niet kan uitoefenen aan de hand van een door het bestuursorgaan te verrichten inventarisatie en afweging van belangen. In de wet komt dit laatste veelal tot uitdrukking door middel van een ‘kan’-bepaling: het bestuursorgaan *kan* subsidie verlenen. Ook komt beleidsvrijheid tot uiting in het verbinden van voorschriften, beperkingen en voorwaarden aan een

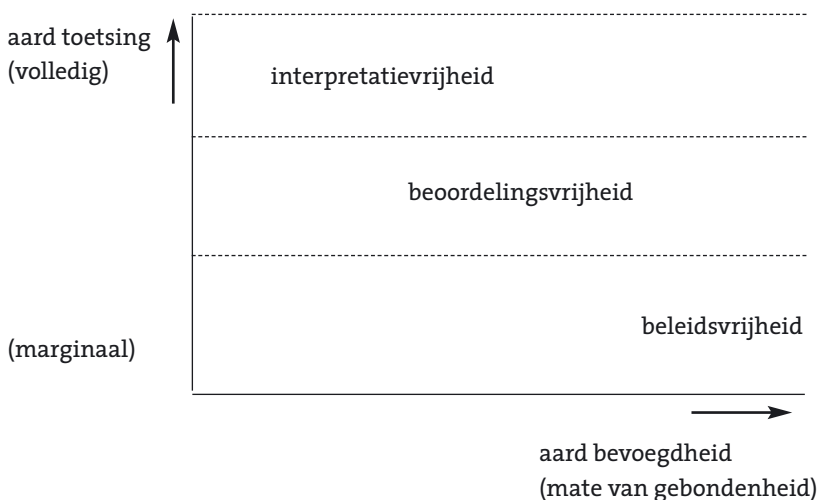
³⁸ Respectievelijk art. 3:46 en 3:4 Awb.

³⁹ Vgl. J.B.J.M. ten Berge, *Besturen door de overheid*, Deventer: Kluwer 1998, p. 246: ‘Beleidsvrijheid in absolute zin bestaat niet, net zo min als er volledige gebonden bevoegdheden bestaan. De meeste beschikkingen bevinden zich ergens tussen de polen vrij – gebonden in. Er bestaan slechts meer vrije en meer gebonden beschikkingen.’

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld HR 30 maart 1990, NJ 1991, 644.

beschikking. De rechter beperkt zich dan tot het beantwoorden van de vraag of het besluit van het bestuursorgaan 'kennelijk onredelijk' is, of het bestuursorgaan 'in redelijkheid (niet) tot het aangevallen oordeel heeft kunnen komen'.⁴¹ Men dient het voorgaande wel te onderscheiden van het gegeven dat een bestuursorgaan altijd wel enige *interpretatievrijheid* heeft.⁴² Onder *interpretatievrijheid* wordt verstaan de bevoegdheid die een bestuursorgaan heeft bij het interpreteren van onduidelijke wetsbepalingen. Interpretatievrijheid biedt een bestuursorgaan minder speelruimte dan beoordelingsvrijheid en nóg minder dan (zuivere) beleidsvrijheid.⁴³ De toepassing of uitleg van wettelijke termen of begrippen wordt door de rechter *volledig* getoetst.

Het voorgaande inzake de verhouding tussen de aard van de aan het bestuursorgaan toekomende bevoegdheid en de aard van de rechterlijke toetsing kan worden geïllustreerd aan de hand van onderstaande figuur.



Figuur 1: Schematische weergave van de relatie tussen aard van de rechterlijke toetsing en de aard van de bevoegdheid

41 Aldus Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van administratief recht, tiende druk, Den Haag: VUGA 1997, p. 173-175, alsmede p. 696-699.

42 Ten Berge, Besturen door de overheid, p. 247-248.

43 Ten Berge, Besturen door de overheid, p. 247; Van Maanen & De Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, p. 58: 'in het algemeen kan men stellen dat de rechter zich bij "echte" beleidsvrijheid terughoudender zal opstellen dan in het geval van beoordelingsvrijheid'.

De vraag is nu wanneer een overheidsorgaan, zoals de CWI, een vrijheid bezit die de rechter noodzaakt beperkt te toetsen. De CWI heeft, zoals hierna te bespreken, inderdaad een zekere beoordelingsvrijheid⁴⁴ en beleidsvrijheid⁴⁵ die ertoe leiden dat de rechter niet volledig kan toetsen. Waar het echter gaat om de uitleg van in het Ontslagbesluit gehanteerde *begrippen* is die vrijheid er niet. Begrippen dienen op de juiste wijze door de CWI te worden toegepast en geïnterpreteerd. Of, met de woorden van Duk, 'rechts kan (...) telkens maar één antwoord als het juiste worden aangemerkt...'.⁴⁶ Overigens kan de beperktere toetsing door de rechter bij beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid worden gecompenseerd door toetsing van de wijze waarop de CWI gebruikmaakt van zijn beleidsautonomie c.q. beoordelingsvrijheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toetsing is geen marginale, maar (weer) een volledige. Dit volgt uit het – voor bestuursrechtjuristen bekende – Ikon-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur (in casu het gelijkheidsbeginsel) niet slechts aan de orde behoeft te komen in het kader 'van een toepassing van een aan de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf'.⁴⁷

Nemen wij thans de proef op de som door een aantal aspecten van de BBA-procedure onder de loep van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad te leggen. Daarbij stellen wij de in het Ontslagbesluit neergelegde bevoegdheden centraal en maken onderscheid tussen twee categorieën 'schendingen', namelijk onrechtmatigheid wegens schending van procedurele regels en onrechtmatigheid wegens een onjuiste inhoud van beslissingen. Ten aanzien van de laatstgenoemde categorie is weer onderscheid gemaakt tussen de bedrijfseconomische ontslaggrond en ontslag op andere dan bedrijfseconomische gronden. Door middel van de onderstaande analyse willen wij duidelijk maken dat de rechter in een procedure tegen de CWI op grond van artikel 6:162 BW niet zonder meer tot de conclusie kan komen dat er geheel volledig dan wel geheel marginaal moet worden getoetst. Hij zal ten aanzien van *iedere* afzonderlijke gedraging en ten aanzien van *iedere* afzonderlijke bevoegdheid moeten nagaan hoe volledig of hoe marginaal kan worden getoetst.

44 Zie bijvoorbeeld art. 3:1 Ontslagbesluit (de CWI moet beoordelen of het ontslag redelijk is).

45 Zie bijvoorbeeld art. 2:3 lid 1, 2:4 en 4:5 Ontslagbesluit (blijkend uit het gebruik van het woord 'kan').

46 W. Duk, Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid, RM Themis 1998, nr. 4, p. 161.

47 HR 22 maart 1991, NJ 1991, 400. In de literatuur wordt aanvaard dat hetgeen geldt voor privaatrechtelijk handelen door het bestuur ook geldt voor publiekrechtelijk handelen van de overheid. Asser-Hartkamp III, 1998, nr. 290a; Van Maanen & De Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, p. 6

3.2.1 *Onrechtmatigheid wegens schending van procedurele regels en vormvoorschriften*

Hoor en wederhoor, openbaarheid van stukken, advisering

Een BBA-procedure dient te voldoen aan de normale eisen van hoor en wederhoor en openbaarheid van stukken. Het nakomen van die eisen heeft – naast bevordering van de besluitvormingskwaliteit – toch vooral ook tot doel de betrokkenen een *fair trial* (als bedoeld in art. 6 EVRM) te bieden. Tegen de achtergrond van dit gegeven kunnen kritische kanttekeningen worden geplaatst bij enkele gebruiken in de BBA-procedure. Wordt door de CWI, bijvoorbeeld als het arbeidsgehandicapte werknemers betreft of werknemers die langer dan twee jaar ziek zijn, advies gevraagd aan het Uitvoeringsorgaan Werknemersverzekeringen (UWV), dan blijkt in de praktijk dit advies lang niet altijd ter kennis te worden gebracht van partijen in de BBA-procedure. Op deze wijze wordt betrokkenen ten onrechte de mogelijkheid op het geven van een reactie onthouden.⁴⁸ Overigens is het Ontslagbesluit op dit punt onlangs aangepast in het kader van de Wet Verbetering Poortwachter.⁴⁹ Werd eerst advisering omtrent arbeidsongeschiktheid en herstel dwingend aan de CWI opgedragen,⁵⁰ thans heeft de CWI (geclausuleerde) beoordelingsvrijheid: advies wordt gevraagd indien de CWI dat voor zijn besluitvorming noodzakelijk acht. De rechter zal dat oordeel marginaal toetsen. Het vragen van advies staat de CWI dus vrij, maar *als* advies wordt uitgebracht, dan moeten partijen ons inziens daarop kunnen reageren.

Een ander advies dat in zijn volledige inhoud niet bekend wordt, is het advies van de ontslagadviescommissie (art. 2:5 Ontslagbesluit). Weliswaar wordt in de beslissing van de CWI doorgaans naar dat advies verwezen,⁵¹ het advies wordt echter niet met overwegingen op papier gezet en aan de

48 Aldus ook Nationale Ombudsman 17 februari 1995, JAR 1995, 64 (de Ombudsman overwoog dat op grond van art. 4:8 Awb een belanghebbende in de gelegenheid gesteld dient te worden zijn zienswijze naar voren te brengen indien de te nemen beschikking zou steunen op gegevens die de belanghebbende betreffen en indien de belanghebbende deze gegevens niet zelf heeft verstrekt. Dit artikel behoeft slechts niet toegepast te worden als de vereiste spoed zich daartegen verzet. In casu was hiervan evenwel niet gebleken. Voorts had de RDA op grond van art. 29 WPR (inzage in persoonsgegevens) het advies aan werknemer dienen te verstrekken). Zie voorts Nationale Ombudsman 12 oktober 1995, JAR 1995, 217 (aan het GAK was advies gevraagd voordat de betrokkene in kennis was gesteld van de ontslagaanvraag. Betrokkene werd pas van de ontslagaanvraag op de hoogte gesteld door een oproep van het GAK. Aldus was sprake van een onbehoorlijke gedraging van de RDA). Vgl. eveneens: R. Knegt, Evaluatie-onderzoek ontslagvergunningprocedure RDA, Den Haag 2000, p. 33.

49 Wijziging ontslagbesluit 12 maart 2002, Stcrt. 15 maart 2002, 53, p. 19, inwerkingtreding per 1 april 2002.

50 Al gebeurde dat lang niet altijd in de praktijk: Nationale Ombudsman 11 december 1995, JAR 1996, 14; Knegt, Evaluatie-onderzoek ontslagvergunningprocedure RDA, p. 23-24.

51 Dat is een verplichting o.g.v. art. 3:8 Awb.

betrokkenen – voor commentaar – toegezonden. Uit het *Reglement Ontslagadviescommissie CWI*⁵² blijkt dat als sprake is van een verdeeld advies van de Ontslagadviescommissie de beslissende CWI daarvan melding moet doen aan het Hoofd juridische zaken. Wat die daarmee doet, laat het Reglement in het midden. Ook kan door de beslissende CWI advies worden gevraagd aan het Adjunct-hoofd juridische zaken van de CWI. Dezelfde melding, vergezeld van een verplichte adviesaanvraag, is voorgeschreven als de CWI wil afwijken van een unaniem advies van de Ontslagadviescommissie. Het komt ons voor dat in al die gevallen het ontvangen advies aan partijen in de ontslagprocedure moet worden toegezonden. Blijft zulks achterwege, dan vinden wij dat een schending van het *fair trial*-beginsel, in het bijzonder in strijd met de openbaarheid van behandeling, hetgeen tot onrechtmatig handelen van de CWI leidt. Toezending aan partijen heeft, naar wij menen, dan ook als gevolg dat partijen in de gelegenheid gesteld moeten worden naar aanleiding van het advies nog eens te reageren. Het BBA, het Ontslagbesluit en het Reglement Ontslagadviescommissie geven hieromtrent geen enkel voor-schrift.

Naast de hiervoor behandelde ‘interne’ advisering door Ontslagadviescommissie en Adjunct-hoofd ontslagzaken kent de BBA-procedure in een aantal gevallen ‘externe advisering’.

In artikel 2:3 Ontslagbesluit is te lezen dat de CWI – indien aannemelijk is dat een verzoek om een ontslagvergunning verband houdt met de arbeidsomstandigheden binnen een onderneming – de Arbeidsinspectie kan verzoeken daarnaar een onderzoek in te stellen. De CWI heeft terzake beleidsvrijheid, namelijk ten aanzien van de vaststelling van de aannemelijkheid van het verband en ten aanzien van het überhaupt indienen van een verzoek (het betreft immers een ‘kan’-bepaling). De wijze waarop de CWI met deze beleidsvrijheid omgaat (het gebeurt in de praktijk nauwelijks⁵³), zal, zoals wij hierboven hebben uiteengezet, slechts marginaal door de civiele rechter kunnen worden getoetst. Lid 3 van het artikel geeft aan dat de CWI werkgever en werknemer in de gelegenheid kan stellen een reactie te geven op het advies. Uit de Awb volgt ons inziens echter dat het advies altijd aan werkgever en werknemer zou

52 Vastgesteld op 7 maart 2002 door de Raad van Bestuur CWI, Stcrt. 14 maart 2002, 53, p. 23.

53 In 1998 is bijvoorbeeld landelijk gezien slechts aan één Arbeidsinspectie om advies gevraagd. In het dossieronderzoek kwam Knegt zelfs geen enkel geval tegen. Knegt, Evaluatie-onderzoek ontslagvergunningsprocedure RDA, p. 21.

moeten worden toegezonden.⁵⁴ Toezending is zinvol, omdat – weliswaar in strijd met de tekst van lid 3 van artikel 2:3 Awb – de CWI werkgever en werknemer niet het recht kan ontzeggen op het advies te reageren. Doet het CWI dat wel, dan vinden wij dat in strijd met het *fair trial*-beginsel en is het onrechtmatig handelen van de CWI voor ons gegeven.⁵⁵

Motivering

Een beslissing van de CWI moet, net als elke andere overheidsbeslissing, voorzien zijn van een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb), in administratief beroep op straffe van vernietiging van het betreffende besluit. Bij gebreke van Awb-beroep heeft de onrechtmatige overheidsdaad dat gat te vullen. Of de motivering de beslissing kan dragen, dient door de rechter volledig te worden getoetst. Zo neen, dan leidt dat niet tot vernietiging, maar slechts tot een mogelijke verbintenis tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. In het verlengde daarvan ligt de vraag of door het motiveringsgebrek schade is ontstaan. (Hoewel deze vraag hierna nog aan de orde komt, willen wij er voorhands op wijzen dat de CWI ons inziens een verzwaarde stelplicht heeft, welke de CWI alleen dan vervult indien er afdoende motivering van de beslissing is gegeven. Men denke aan de situatie dat een werknemer stelt dat de CWI in strijd met het anciënniteitsbeginsel een vergunning heeft afgegeven.) In de motivering van de ontslagvergunning zal dan te lezen moeten zijn waarom de CWI meent dat er wel conform de regels is beslist.⁵⁶ Aan de motivering van een beslissing zullen bijzondere eisen mogen worden gesteld ingeval de CWI afwijkt van een advies dat in het kader van de hiervoor genoemde interne en/of externe advisering is gegeven.

54 Van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, meldt op p. 89 dat het advies ter inzage ligt en dat op verzoek een kopie wordt verstrekt. Wij menen dat toezending op initiatief van de CWI aangewezen is. Ter inzage legging is, aldus ook afd. 3.4 en 3.5 Awb, voorbehouden voor besluiten waarbij grote groepen belanghebbenden dan wel bij het bestuur onbekende belanghebbenden betrokken zijn. De BBA-procedure speelt zich altijd af tussen een individuele werkgever en een individuele werknemer, die bij de CWI bekend zijn. Ook grote (collectieve) ontslagen leiden altijd tot individuele beslissingen van de CWI.

55 Een ander voorkomend fenomeen betreft de weigering (omvangrijke) stukken aan met name werknemers toe te zenden. Het uitsluitend ter inzage leggen van stukken lijkt ons geen correcte handelwijze. Is men partij in een procedure, dan dient men een afschrift van de stukken te krijgen. Van de CWI mag in dat opzicht een actieve opstelling worden verwacht. Vgl. Nationale Ombudsman 26 juli 1996, JAR 1996, 171 (verweer van de werknemer had aan de werkgever moeten worden voorgelegd). Uiteraard behoeft de werknemer niet in alle opzichten 'bij de hand' te worden genomen. Vgl. Nationale Ombudsman 15 november 1995, JAR 1995, 256 (aanvullend verweer behoeft niet te worden opgevraagd).

56 Aldus ook Nationale Ombudsman 28 november 1996, JAR 1997, 26 (RDA was niet ingegaan op het verweer van de werknemer).

3.2.2 *Onrechtmatigheid wegens onjuiste inhoud van de beslissingen*

In de BBA-procedure wordt beslist of een voorgenomen opzegging van een arbeidsovereenkomst 'redelijk' is, waarbij de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer worden afgewogen en andere belangen (waaronder financiële draagkracht van de onderneming, de mogelijkheid voor de werkgever om het ontslag te voorkomen door interne overplaatsing of een gewijzigde werkorganisatie, de arbeidsmarktpositie van de werknemer en de duur van het dienstverband) voorzover deze in het Ontslagbesluit zijn terug te vinden.⁵⁷ Zoals opgemerkt, maakt het Ontslagbesluit vervolgens onderscheid tussen ontslag wegens economische redenen en ontslag wegens niet-economische redenen.

De bedrijfseconomische redenen

Betreft het verzoek om toestemming een opzegging wegens bedrijfseconomische redenen, dan wordt de toestemming slechts verleend wanneer de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat wegens genoemde redenen een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen (art. 4:1 Ontslagbesluit). De eerste vraag die hier opdoemt, is wanneer de werkgever de bedrijfseconomische gronden⁵⁸ aannemelijk heeft gemaakt. Hier is (anders dan bij het begrip 'bewijzen') sprake van een vrij zacht begrip, dat enige beoordelingsvrijheid in zich houdt. Het Ontslagbesluit en de toelichting daarop geven niet aan op welke wijze een werkgever een bedrijfseconomische grond moet onderbouwen. Van den Boom⁵⁹ wijst er in dit verband op dat van de ontslagambtenaren geen helderziendheid mag worden verwacht. Zij legt uit dat niet méér kan worden gedaan dan het naast elkaar leggen van een aantal balansen en verlies- en winstrekeningen van de werkgever, waarbij aan de hand van het 'gezonde verstand' vragen moeten worden gesteld. Als hulpmiddel kan de CWI bedrijfseconomische kengetallen hanteren.⁶⁰ In een aantal gevallen wordt volstaan met een gemotiveerde rapportage van een registeraccountant of een andere deskundige, aldus Van den Boom. De CWI heeft dan als taak uit die gegevens de bedrijfseconomische noodzaak

57 Art. 3:1 Ontslagbesluit.

58 De toelichting op het Ontslagbesluit geeft aan dat onder bedrijfseconomische gronden ook bedrijfsorganisatorische redenen alsmede technologische wijzigingen in het productieproces moeten worden verstaan.

59 Van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, p. 116 en 117.

60 Zie ook Knecht, Evaluatie-onderzoek ontslagvergunningprocedure RDA, p. 18 en 22. 'Het is voor een bedrijfseconomische noodzaak geen voorwaarde dat er een onmiddellijk liquiditeitstekort is; het gaat er veeleer om dat de onderneming aannemelijk moet maken dat de strategische keuzes die noodzakelijk zijn om de produktmarktpositie van het bedrijf niet verloren te laten gaan een aanpassing van de omvang of de aard van het personeelsbestand onvermijdelijk maken.'

tot inkrimping (ontslagen) te destilleren. In de praktijk worden daarbij ook wel gegevens omtrent orderportefeuille, mutaties in personeelsomvang en een eventueel akkoord met de reorganisatie van ondernemingsraad en/of vakbonden betrokken. Hier kan de CWI natuurlijk de mist in gaan. Het lijkt ons ontoelaatbaar – potentieel onrechtmatig – als de CWI een bedrijfseconomische noodzaak accepteert ingeval geen gegevens daaromtrent door de werkgever zijn verstrekt. De CWI heeft derhalve onderbouwing te eisen, hetgeen spoort met de op de CWI rustende onderzoeksplicht. In deze lijn oordeelde de Nationale Ombudsman in een zaak uit 1997. Volgens de Ombudsman was de RDA ten onrechte tot de conclusie gekomen dat werkgever aan de hand van zijn jaarcijfers de financieel zwakke positie van de onderneming aannemelijk had gemaakt.⁶¹ Het had daarom op de weg van de RDA gelegen de werkgever nadere vragen te stellen, alvorens een beslissing te nemen op de ontslaanvraag. Door een dergelijk nader onderzoek achterwege te laten, was de RDA tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht en was de onderzochte gedraging op dit punt niet behoorlijk.

De volgende vraag is in hoeverre de CWI een bedrijfseconomische noodzaak *inhoudelijk* toetst. Van den Boom⁶² is terecht stellig: de CWI toetst marginaal. Dit houdt verband met het uitgangspunt van de, ook door de Ondernemingskamer in procedures ex artikel 26 WOR zo gerespecteerde, ondernemersvrijheid. Het is de ondernemer die zijn onderneming tot op zekere hoogte inricht op een wijze die hem als ondernemer goeddunkt. Dat heeft de CWI op gelijke wijze als de Ondernemingskamer te respecteren. (In dat verband verdedigen wij de stelling dat hetgeen door de Ondernemingskamer als een 'redelijk besluit' wordt aangemerkt, ook door de CWI als 'goed genoeg' mag, ja zelfs *moet* worden aangemerkt, behoudens de situatie waarin blijkt dat de Ondernemingskamer niet kon beschikken over bepaalde gegevens.) Het opstellen van marktverwachtingen, die de bouwstenen vormen voor het te voeren beleid met betrekking tot de ondernemingsactiviteiten, behoort immers tot de taken c.q. autonomie van de ondernemer.⁶³ De keerzijde van dit primaat van de ondernemersvrijheid is de beperkte toetsing van de door de werkgever vastgestelde bedrijfseconomische noodzaak, alsmede de omvang van en de wijze waarop tot reorganisatie wordt overgegaan. Het reorganiseren van een onderneming heeft – voorzover hier van belang – twee aspecten. Ten eerste het vaststellen van de noodzaak tot ingrijpen: de werkgever komt tot het oordeel dat het onge-

61 Nationale Ombudsman 24 november 1997, JAR 1998, 1. In dezelfde zin t.a.v. het anciënniteitsbeginsel: Nationale Ombudsman 1 februari 1995, JAR 1995, 63.

62 Van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, 1992, p. 117 en 118.

63 Nationale Ombudsman 24 november 1997, JAR 1998, 1. Vgl. voorts Hof Amsterdam (OK) 27 mei 1982, NJ 1983, 754 m.n. Ma (m.b.t. het adviesrecht ex. art. 25 WOR); Hof Amsterdam (OK) 10 december 1981, NJ 1983, 24 m.n. Ma (enquêtezaak).

wijzigd doorgaan op de ingeslagen weg niet tot een optimaal c.q. wenselijk bedrijfsresultaat leidt dan wel, het meest sombere scenario, tot de ondergang van de onderneming.⁶⁴ Wordt de noodzakelijkheid van het ontslag in een BBA-procedure gemotiveerd ter discussie gesteld, dan geldt dat de CWI zich op grond van artikel 3:2 Awb niet 'lijdelijk' mag opstellen, maar een actieve rol moet vervullen bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van het ontslag.⁶⁵ Is die noodzaak vastgesteld, dan komt het tweede aspect: welke ingrepen gaat de werkgever plegen om de onderneming overeind te houden? Dit betreft het schrijven van het reorganisatieplan. De werkgever kan ervoor kiezen bepaalde producten uit het assortiment te halen, waardoor bijvoorbeeld een productielijn kan worden afgestoten of gesloten. In de taal van de financiële pagina's in de kranten wordt dat doorgaans aangeduid als '(her)oriëntatie op de kernactiviteiten'. De werkgever kan ook een kaasschaaf op de onderneming loslaten: diverse afdelingen worden – qua arbeidsplaatsen – gereduceerd. Ook de inrichting van het reorganisatieplan valt onder de slechts marginaal te toetsen ondernemersvrijheid.⁶⁶ Hier komt wel het gewicht van een oordeel van Ondernemingsraad en vakbonden tot zijn recht. Oordelen zij negatief over een reorganisatie, dan is te rechtvaardigen dat de CWI zich kritischer opstelt. Met andere woorden: zich minder terughoudend (minder marginaal) opstelt. Datzelfde willen wij betogen indien ondernemingsraad en vakbonden niet zijn geraadpleegd.⁶⁷

Voor de selectie van werknemers die voor ontslag worden voorgedragen, worden de in artikel 4:2 Ontslagbesluit genoemde criteria toegepast. Dit houdt in dat per bedrijfsvestiging en per categorie uitwisselbare functies het dienstjarenbeginsel wordt toegepast. Onjuiste toepassing van het dienstjarenbeginsel door de CWI kan een onrechtmatige daad opleveren. Van belang is daarom dat de CWI van de werkgever overzichten vraagt waaruit de anciënniteit van de werknemers blijkt.⁶⁸ Worden dergelijke overzichten niet verstrekt door de werkgever, dan kan de CWI niet de

64 Een verliesgevende situatie is geen noodzakelijke voorwaarde voor een gerechtvaardigd ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 18 juni 1998, JOR 1998, 108, NJ 1999, 371 (Total).

65 E.J.H.M. Lousberg, Bescherming van de arbeid in het licht van nieuwe technologieën, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 47; Van den Boom, De praktijk van het arbeidsbureau, 1992, p. 116-118.

66 In de praktijk worden door veel werknemers verweren gevoerd die zijn samen te vatten als 'het zou niet moeten mogen'. Duidelijk zal zijn dat de CWI een dergelijk verweer niet snel zal honoreren.

67 Een situatie die zich ook voordoet indien geen ondernemingsraad bij de onderneming functioneert dan wel de vakbonden binnen de onderneming geen positie hebben.

68 Nationale Ombudsman 1 februari 1995, JAR 1995, 63.

juiste afweging maken. Doet de CWI dat in zo'n situatie wel, dan lijkt ons dat onrechtmatig. Indien de werkgever dit wenst, kan de regel dat werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking komen in geval van groepsontslagen van tien of meer werknemers tegelijkertijd binnen een werkgebied worden toegepast per leeftijdsgroep.⁶⁹ De keuze om het dienstjarenbeginsel toe te passen binnen leeftijdsgroepen is aan de werkgever. Het maken van die keuze kan als zodanig niet getoetst worden door de CWI. De toepassing van het dienstjarenbeginsel wordt moeilijker door de in artikel 4:2 lid 1 Ontslagbesluit opgenomen begrippen bedrijfsvestiging en uitwisselbare functies. De problemen die zich ten aanzien van het begrip bedrijfsvestiging voordoen, laten zich schetsen met een aan de praktijk ontleend voorbeeld.⁷⁰

Een cateringbedrijf heeft werkzaamheden op zeven locaties: drie in Den Haag, twee in Leiden, twee in Delft. Op die locaties werken een aantal werknemers. Werkgever dient het aantal arbeidsplaatsen terug te brengen. Moet nu de anciënniteit per locatie, dan wel over alle locaties gezamenlijk, worden beoordeeld? De RDA bekeek dat per locatie. De Nationale Ombudsman meende dat zulks onjuist was. Uit de omstandigheden van het geval (daaronder in het bijzonder het voorkomen van roulaties van het personeel over de locaties) leidde de Ombudsman af dat de anciënniteit over de gezamenlijke locaties beoordeeld moest worden. Omdat het begrip 'bedrijfsvestiging' niet van enige definitie is voorzien, heeft de CWI, aldus de Ombudsman in de onderhavige zaak,⁷¹ een zekere beoordelingsruimte (bedoeld zal zijn interpretatievrijheid). Van die beoordelingsruimte moet de CWI naar redelijkheid gebruikmaken.⁷² Echter, omdat geen sprake is van een beoordelingsvrijheid, maar een interpretatievrijheid kan de rechter de invulling van deze begrippen door de CWI volledig toetsen. Overigens is in een recente wijziging van het

69 Deze leeftijdsgroepen zijn de groepen van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder.

70 Rapport 1997/415 d.d. 24 september 1997 van de Nationale Ombudsman. Zie over andere aspecten die bij toepassing van het anciënniteitsbeginsel een rol spelen en waardering behoeven: RDA Dordrecht 10 mei 1993, JAR 1993, 209 (juridische eenheid versus feitelijke situatie); RDA Rijnmond 28 augustus 1995, JAR 1995, 218 (opbouw binnen concern); RDA Noord-Oost Brabant 27 maart 1996, JAR 1996, 82 (uitwisselbare functies); RDA Midden-Nederland 22 augustus 1997, JAR 1997, 86 (toepassing bijzondere richtlijn bij overgang van onderneming).

71 Onder 2.3. van 'beoordeling en conclusie' van de Ombudsman.

72 De Ombudsman verwees naar art. 8 van het Delegationbesluit 1993, waarin de algemene redelijkheidstoets was vastgelegd. Die toets is in het Ontslagbesluit terug te vinden in art. 3:1.

Ontslagbesluit⁷³ in de toelichting op het nieuwe artikel 4:2 Ontslagbesluit een meer inhoudelijke invulling aan het begrip bedrijfsvestiging gegeven.

Op het selectie criterium kunnen twee uitzonderingen worden gemaakt: bijzondere kwaliteiten en een zwakke arbeidsmarktpositie.

De werkgever kan aannemelijk maken dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn. In dat geval kan de CWI een uitzondering maken op het dienstjarenbeginsel. In de praktijk houdt dat dus in dat er een werknemer op de ontslaglijst staat die volgens het dienstjarenbeginsel niet ontslagen zou moeten worden, maar moet wijken voor een ander die volgens de werkgever wel onmisbaar is. Toepassing van het dienstjarenbeginsel blijft achterwege indien de werkgever de bijzondere kwaliteiten van een andere werknemer *aannemelijk* maakt. De term 'aannemelijk' houdt naar ons oordeel vrij veel beoordelingsvrijheid voor de CWI in, met als gevolg daarvan een beperkte (marginale) toetsing door de rechter in het kader van de onrechtmatigheid. Wel kunnen in procedurele zin eisen worden gesteld. Zo zal van de werkgever mogen worden verlangd dat hij aangeeft welke bijzondere kwaliteiten voor welke activiteit precies noodzakelijk zijn, welke dan de bijzondere kwaliteiten van die andere werknemer zijn (naar wij menen dient de werkgever die andere werknemer ook bekend te maken) en – menen wij – aan te tonen dat de werknemer die thans op de ontslaglijst staat die kwaliteiten niet bezit en zich evenmin eenvoudig of spoedig eigen kan maken. Heeft de werkgever een en ander aannemelijk gemaakt, dan *kan* de CWI van het afspiegelingsbeginsel afwijken. Dat is een term die een *beoordelingsvrijheid* impliceert en de rechter tot terughoudende toetsing van de toepassing van die bevoegdheid dwingt.

Een andere mogelijkheid om toepassing van het dienstjarenbeginsel te doorkruisen is te vinden in artikel 4:2 lid 5 Ontslagbesluit. Het betreft de mogelijkheid om een *werknemer met een zwakke arbeidsmarktpositie* te beschermen, indien zo'n werknemer op grond van het dienstjarenbeginsel in aanmerking zou komen voor ontslag en de werknemer die dan de plaats op de ontslaglijst van de te beschermen werknemer inneemt niet een zwakke arbeidsmarktpositie heeft. Het artikellid geeft aan dat de CWI *kan* besluiten de voor de werknemer met de zwakke positie gevraagde ontslagvergunning te weigeren. Ook hier geeft het gebruik van de term 'kan' aan dat de CWI beoordelingsvrijheid heeft. Het gebruik van die vrijheid kan door de rechter in het kader van een onrechtmatige daadsactie slechts marginaal worden getoetst.

73 Wijziging Ontslagbesluit 20 december 2001, Stcr. 27 december 2001, 249, p. 42.

Een derde doorkruising van het anciënniteitsbeginsel zou kunnen worden gerealiseerd door het toepassen van deeltijdontslag. Deeltijdontslag met medewerking van de CWI is echter (juist daarom) beperkt toegestaan.⁷⁴ Artikel 4:3 Ontslagbesluit bepaalt dat de CWI toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding weigert 'indien het aantal werknemers dat voor ontslag wordt voorgedragen groter is dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen, tenzij de werkgever aannemelijk kan maken dat dit onvermijdelijk is'. In de toelichting wordt hierover opgemerkt dat de arbeidsverhouding ondeelbaar is, hetgeen betekent dat de CWI wanneer hem om toestemming tot beëindiging van de arbeidsverhouding wordt verzocht, deze toestemming slechts integraal, dat wil zeggen ten aanzien van de gehele arbeidsverhouding, kan verlenen of weigeren.⁷⁵ In relatie tot artikel 4:1 Ontslagbesluit betekent dit volgens de toelichting meer in het bijzonder dat de CWI geen medewerking kan verlenen aan het spreiden of het verdelen van ontslagen over meer werknemers dan noodzakelijkerwijze voortvloeit uit het verval van arbeidsplaatsen. Alleen als de werkgever aannemelijk kan maken dat dit onvermijdelijk is, kan ervan worden afgeweken.⁷⁶ Afwijking van het verbod van deeltijdontslag is dus slechts mogelijk als de werkgever *aannemelijk* kan maken dat deeltijdontslagen *onvermijdelijk* zijn. Wij vragen ons af wat de beoordelingsvrijheid van de CWI op dit punt is. Aannemelijk maken dat iets onvermijdelijk is, lijkt met elkaar in tegenspraak. Enerzijds geldt er een zware eis voor afwijking: dat moet onvermijdelijk zijn. Echter, die onvermijdelijkheid hoeft de werkgever niet *aan te tonen*, hij hoeft die slechts *aannemelijk* te maken. Wij concluderen daaruit dat er zware eisen moeten worden gesteld aan de onderbouwing door de werkgever van de onvermijdelijkheid, maar dat *als* die onderbou-

74 Uit eigen empirisch onderzoek blijkt dat het aantal verzoeken om medewerking aan een deeltijdontslag (hierna te noemen een verzoek tot deeltijdontslag) per (voormalige) RDA-regio varieert tussen 0,5 en 7% (gemiddeld 3%) van het totaal aantal verzoeken om een ontslagvergunning. De meest voorkomende redenen voor deeltijdontslag zijn economische redenen, gevolgd door gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Minder frequent aangevoerde redenen zijn bedrijfsorganisatorische redenen. In de meerderheid van de gevallen werken alle RDA's mee aan de realisering van een deeltijdontslag wanneer de werkgever een gegronde reden heeft. Zie uitvoerig hierover P.S. van Minnen & W.A. Zondag, Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde, ARA 2002/1, p. 91-92.

75 Van Klaveren meent dat dit standpunt is gebaseerd op de wens van de minister te voorkomen dat de RDA zich op het terrein van de contractsvrijheid en daarmee de arbeidsvoorwaarden begeeft. F. van Klaveren, Partiële ontbinding van de arbeidsovereenkomst als mogelijkheid van flexibilisering, in: F.J.L. Pennings, Flexibilisering van het sociaal recht, Deventer: Kluwer 1996, p. 67.

76 Ter illustratie wordt gewezen op het geval dat omstandigheden, gelegen in de functies van de werknemers, en/of de wijze waarop die functies met elkaar samenhangen, noodzakelijk maken dat een werkgever een groter aantal werknemers voor ontslag voordraagt dan het aantal arbeidsplaatsen dat komt te vervallen.

wing deugdelijk is, de CWI de vrijheid heeft om afwijking van het verbod op deeltijdontslagen al dan niet toe te staan. Is er een deugdelijke onderbouwing, dan zal de rechter het oordeel van de CWI omtrent de aannemelijkheid slechts marginaal kunnen toetsen.

Ten slotte geeft artikel 4:5 van het Ontslagbesluit de mogelijkheid om aan een ontslagvergunning een herindienstnemingsvoorwaarde te verbinden. Het is een 'kan'-bevoegdheid, hetgeen betekent dat de CWI veel vrijheid toekomt om de voorwaarde al dan niet aan een ontslagvergunning te verbinden. Het hanteren van die ruimte kan door de rechter slechts marginaal worden getoetst. Wel stelt het artikel als eis aan de voorwaarde een beperkte termijn waarbinnen de herindienstneming aan de orde kan zijn (26 weken na het verlenen van de ontslagvergunning).⁷⁷ Verder is bepaald dat de herindienstneming dient te geschieden op basis van de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden. De CWI is gebonden aan de inhoud van de voorwaarden. Wijkt de CWI van die voorgeschreven inhoud af, dan is de onrechtmatigheid van het CWI-handelen gegeven. Concreet betekent dit dat de CWI geen voorwaarden ten aanzien van bijvoorbeeld herindienstneming tegen een andere arbeidsduur (deeltijdontslag), gewijzigde arbeidsvoorwaarden (wijzigingsontslag)⁷⁸ of het betalen van een ontslagvergoeding aan een ontslagvergunning kan verbinden.⁷⁹ In de praktijk wordt, ter omzeiling hiervan, gebruikgemaakt van een premisse, een expliciete in de vergunning genoemde veronderstelling dat de werkgever de werknemer tegen een andere arbeidsduur of andere arbeidsvoorwaarden in dienst zal nemen en/of een vergoeding aan de werknemer zal betalen.⁸⁰ De verlening van een ontslagvergunning onder de *premissa* van wederindienstneming is door de Nationale Ombudsman in de beoordeling van een klacht tegen de RDA Noord-Oost Brabant aanvaard.⁸¹ Wel wijst de ombudsman erop dat de RDA zich, gelet op het risico dat de werkneemster in kwestie was verbonden aan de verlening van een volledige ontslagvergunning, zich ervan diende te vergewissen dat de werkgeefster de werkneemster direct aansluitend aan de beëindiging van de dienstbetrekking een nieuwe, in arbeidsduur beperkte, arbeidsovereenkomst zou aanbieden. Hieraan was in casu volgens de

77 Als een rechtsgeldige voorwaarde in vervulling gaat, kan de werknemer de opzegging alsnog vernietigen. HR 3 mei 1991, NJ 1991, 705.

78 Vgl. RDA 8 december 1993, JAR 1994, 1 (geen bevoegdheid tot medewerking aan wijziging).

79 Vgl. RDA 's-Hertogenbosch 27 mei 1994, JAR 1994, 156 (geen bevoegdheid tot weigeren van ontslagvergunning wegens ontbreken van vergoeding). Daarentegen: RDA Amsterdam, Zaanstreek, Waterland 6 december 1994, JAR 1995, 37 (toekenning van vergoeding is onderdeel van gehele belangenafweging).

80 Zie uitvoerig Van Minnen & Zondag, Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde, p. 85 e.v.

81 Nationale Ombudsman 26 juli 1996, JAR 1996, 171.

ombudsman voldaan. Wij achten het evenwel zeer de vraag of er een (juridische) basis bestaat voor deze 'nazorgverplichting'. In BBA noch Ontslagbesluit is daarvoor een basis te vinden. En als de CWI, bij zijn nazorg, vaststelt dat de werkgever geen nieuw contract aanbiedt, dan heeft dat geen consequenties: de CWI kan een eens gegeven vergunning niet meer intrekken: eens gegeven, blijft gegeven. Dit betekent dat de CWI, als de werkgever zijn toezegging niet nakomt, op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld: het hanteren van een dergelijke premisse is niet toelaatbaar.

Ontslag op andere dan bedrijfseconomische gronden

Ook ten aanzien van de vergunningverlening op niet-bedrijfseconomische gronden is het voor de vraag of de rechter volledig kan toetsen aan artikel 6:162 BW van belang in welke mate de CWI beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid en interpretatievrijheid toekomt. Gelet op het gegeven dat dit artikel niet een te grote omvang behoort te krijgen, beperken wij ons thans tot een aantal korte typering. Bezien wij de ontslaggrond 'disfunctioneren van de werknemer', dan valt op dat artikel 5:1 en 5:2 Ontslagbesluit verschillende gradaties kennen:

- a de werkgever moet de ongeschiktheid van de werknemer *aannemelijk* maken (wijst op een beoordelingsvrijheid, dus marginale toetsing door de rechter);
- b de ongeschiktheid van de werknemer vloeit niet voort uit ziekte of gebreken (wijst op een gebonden bevoegdheid, dus volledige toetsing door de rechter);
- c de werkgever heeft voldoende contact met de werknemer gehad teneinde verbetering in diens functioneren aan te brengen⁸² (wijst op een gebonden bevoegdheid, dus volledige toetsing door de rechter);
- d aannemelijk is dat het disfunctioneren van de werknemer niet te wijten is aan onvoldoende zorg voor de arbeidsomstandigheden zijdens de werkgever (wijst op een beoordelingsvrijheid, dus marginale toetsing);
- e een beroep op een gewetensbezwaar door de werknemer moet een *ernstig* gewetensbezwaar betreffen. Echter, de werkgever mag een werknemer met een ernstig gewetensbezwaar desondanks ontslaan als de werkgever redelijkerwijs geen mogelijkheid heeft om de werknemer een aangepaste dan wel andere functie aan te bieden (beide beoordelingen wijzen op een gebonden bevoegdheid, dus volledige toetsing);

⁸² Vgl. hierover Knegt, Evaluatie-onderzoek ontslagvergunningsprocedure RDA, p. 23.

- f eventueel verwijtbaar handelen zijdens de werknemer moet door de werkgever aannemelijk worden gemaakt (wijst op een beoordelingsvrijheid, dus marginale toetsing);
- g bij verstoring van de arbeidsverhouding moet aannemelijk worden gemaakt (1) dat van een ernstige en duurzame verstoring sprake is (wijst op een beoordelingsvrijheid, dus marginale toetsing) en (2) dat herstel van de arbeidsverhouding, al dan niet door middel van overplaatsing, niet mogelijk is (wijst op gebonden bevoegdheid, dus volledige toetsing);
- h bij ongeschiktheid wegens ziekte moet de werkgever aannemelijk maken (1) dat er arbeidsongeschiktheid is, (2) dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en (3) dat hij redelijkerwijs niet de mogelijkheid heeft de werknemer te herplaatsen in een aangepaste dan wel andere passende functie (wijst op een beoordelingsvrijheid, dus marginale toetsing).

Een vergelijkbare mix aan beoordelingsvrijheid en gebonden bevoegdheden vindt men in de overige bepalingen van het Ontslagbesluit, zoals artikel 6 inzake de bescherming van werknemers in verband met medezeggenschapsactiviteiten, artikel 7 inzake het tegengaan van discriminatie.⁸³ In de toelichting bij het Ontslagbesluit valt te lezen dat bij ontslagen op bedrijfseconomische gronden bij de toepassing van artikel 4:2 Ontslagbesluit de CWI zich niet lijdelijk moet opstellen, maar daarnaar eigen onderzoek in moet stellen indien de CWI constateert dat bepaalde groepen die bescherming tegen discriminatie verdienen in het geding komen (de toelichting spreekt van 'allochtonen, vrouwen etc.'). De CWI dient zich 'te vergewissen', aldus de toelichting. Wij houden het erop dat op grond hiervan een inspanningsverplichting op de CWI rust. Is er een oververtegenwoordiging van te beschermen groepen, dan dient van de inspanning te blijken. Blijkt daarvan niet, dan levert zulks onrechtmatigheid op. Blijkt wel van inspanning, dan kan die inspanning en het resultaat daarvan slechts marginaal door de rechter worden getoetst.

83 Wij menen dat dit voorschrift zich richt op alle groepen die de wet bescherming tegen discriminatie bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten biedt, zoals het voorschrift tot gelijke behandeling van mannen/vrouwen (art. 7:646 lid 1 BW), het opzegverbod tijdens zwangerschap en arbeidsongeschiktheid in verband met zwangerschap (art. 7:670 lid 2 BW), militaire dienstplicht (art. 7:670 lid 3 BW), alsook het van toepassing zijn van de in de Algemene wet gelijke behandeling verboden gronden voor onderscheid.

3.3 Relativiteit

Het handelen van de CWI wordt langs de gewone meetlat van de onrechtmatige daad gelegd. Wil aansprakelijkheid uit onrechtmatig handelen kunnen bestaan, dan dient er relativiteit te zijn, hetgeen wil zeggen dat de norm strekt tot bescherming van degene die er een beroep op doet (art. 6:163 BW). Dat lijkt niet snel problemen op te leveren. Gelet op de vrij strikte normering van de procedure en afweging van de CWI zal schending daarvan al snel de belanghebbende werkgever of werknemer schenden in een belang dat nu juist beoogd werd te worden beschermd. Met name de werknemer kan hiervan voordeel hebben: het ontslagverbod strekt, zoals hiervoor is besproken, voornamelijk tot zijn bescherming.

3.4 Toerekenbaarheid

Onrechtmatig handelen wordt al snel aan een overheidsorgaan toegerekend.⁸⁴ Schending van een geschreven of ongeschreven regel (de rechtsstaatidee brengt immers mee dat de overheid zelf gebonden is aan het geldende recht en in beginsel steeds een uitdrukkelijk bevoegdheid voor haar handelen in de wet moet hebben gekregen),⁸⁵ een (onverwachte) wijziging van jurisprudentie (de stand van het recht), het wordt de overheid – en dus ook de CWI – op grond van verkeersopvattingen toegerekend.⁸⁶ Het enkele feit dat de CWI als overheidsinstantie tevens het algemeen belang behartigt (en daarom afwijkt van de regels die zijn opgenomen in het Ontslagbesluit), vormt op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond voor onrechtmatig handelen.⁸⁷ De grondslag voor die toerekening wordt wel gevonden in de stelling

84 Zie in die zin ook Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van administratief recht, p. 704-707; Van der Does & Snijders, Overheidsprivaatrecht, p. 84-85; Van Maanen & De Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, p. 97-99, alsmede HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113. Volstaan wordt hier verder met een verwijzing naar de uitvoerige opsomming van jurisprudentie en literatuur door M.W. Scheltema in: Onrechtmatige daad, deel V.B (losbladig), aant. 171-175.

85 W.G. Huijgen, Onrechtmatige overheidsdaad waarheen?, NTBR 1998/4, p. 106.

86 Dit volgt uit HR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165 m.n. CJHB. Schuld is volgens dit arrest in beginsel gegeven bij achteraf gebleken onjuiste wetsuitleg. Zie ook Van Maanen & De Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, p. 97.

87 Zie in dit verband het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad, een overheidshandelen gericht op het algemeen belang. Huijgen, Onrechtmatige overheidsdaad waarheen?, p. 107-109; J. Spier, Aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige overheidsdaad, WPNR, nr. 6074 (1992), p. 985 e.v.

dat het redelijker is de schade door dergelijke overheidsfouten voor rekening van het collectief te laten komen dan voor de individuele gelaedeerde.⁸⁸

De toerekening wordt evenwel begrensd door onjuiste informatieverstrekking door de eisende partij in een procedure wegens onrechtmatige daad. Daaraan doet naar onze mening de op zichzelf staande onderzoeksverplichting van de CWI slechts beperkt iets af, aangezien de CWI niet verplicht is elke mededeling op feitelijke juistheid te onderzoeken. Ditzelfde kan worden betoogd ten aanzien van door de werkgever ingebrachte informatie die door de werknemer als juist wordt erkend dan wel op geen enkele wijze wordt bestreden. Eventueel kan zulks ook bij het begroten van de schade aan de werknemer worden tegengeworpen bij het verdisconteren van eigen schuld.⁸⁹

3.5 Causaliteit

Ten aanzien van de causaliteit tussen onrechtmatig handelen en de schade worden op het gebied van de onrechtmatige overheidsdaad geen afwijkingen ten opzicht van de 'civiele' onrechtmatige daad aangetroffen. Dat betekent ook dat de gelaedeerde, als de normschending door de CWI vaststaat, tegemoet kan worden gekomen in het causaliteitsbewijs door een causaliteitsvermoeden: 'indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, [is] daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven'.⁹⁰ De aangesprokene kan dan nog stellen en – bij

88 Tjittes beschrijft de opkomst van de wederkerige rechtsverhouding tussen burger en overheid, die ertoe zou kunnen gaan leiden dat de overheid minder een machtspositie ten opzichte van de burger inneemt en er hogere eisen worden gesteld aan het gedrag van de burger. Dat zou gevolgen kunnen hebben voor de toerekenbaarheid, aldus verstaan wij Tjittes. In de rechtspraktijk blijkt daarvan op dit moment echter weinig. Tjittes, *Naar een minder zware overheidsaansprakelijkheid?*, p. 100-105.

89 Aldus ook Tjittes, *Naar een minder zware overheidsaansprakelijkheid?*, p. 102.

90 Aldus HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (De Stichting Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum) onder verwijzing naar HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II). Zie ook HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119 (Amev/Sjors), HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnik) en HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Stichting M/H). Vgl. ook de jurisprudentie inzake de bewijslast ten aanzien van het causaal verband in het kader van een procedure ex art. 7:658 BW: HR 17 november 2000, JAR 2000, 261 (Unilever/Dikmans) en HR 26 januari 2001, JAR 2001, 39, waarover C.J.M. Klaassen, *ArA 2001/2*, p. 35 e.v.; R. van de Water, *Bewijslastverdeling bij beroepsziekten*, *ArbeidsRecht 2001/12*, p. 13 e.v.; J.J.M. de Laat, *Een regen van bedrijfsongevallen*, *SR 2001*, p. 181 e.v.

betwisting – proberen te bewijzen dat de schade ook zonder het onrechtmatig handelen zou zijn ontstaan. Dit lot trof de CWI bij het Hof 's-Hertogenbosch.⁹¹ In casu had de RDA de werkgeefster (Golfkarton), na afwijzing van een eerder verzoek, toestemming voor ontslag gegeven op de grond dat de werknemer (Tak) ten gevolge van ziekte of gebreken niet meer in staat was aan de gestelde functie-eisen te voldoen. Tak stelde vervolgens de RDA aansprakelijk voor de geleden schade, bestaande uit het gederfde inkomen over de periode van twee jaar. De RDA had, aldus Tak, ten onrechte toestemming gegeven, aangezien hij nog bij zijn werkgeefster had kunnen worden herplaatst in een andere passende functie. Dit was onvoldoende onderzocht door de RDA. Bij tussenvonnis kwam de rechtbank tot de conclusie dat de RDA dit onderzoek inderdaad had nagelaten. Vervolgens stelde de rechtbank een onderzoek in naar de vraag of de RDA indien hij bedoelde mogelijkheid van herplaatsing van Tak wél had onderzocht, eveneens toestemming voor ontslag zou hebben gegeven. Tak kreeg de opdracht te bewijzen dat er bij Golfkarton passend werk aanwezig was. Dat houdt naar wij menen in dat de rechtbank het causaliteitsvermoeden niet gebruikte. Bij eindvonnis oordeelde de rechtbank overigens wel dat indien de herplaatsingsmogelijkheden van Tak door de RDA zorgvuldig waren onderzocht het verzoek om toestemming ex artikel 6 BBA had moeten worden afgewezen. Daarmee neemt de rechtbank het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de RDA en de door Tak geleden inkomensschade aan. De uitkomst bleef bij het hof in stand. Het hof oordeelde dat door het (vaststaande) onrechtmatig handelen van de RDA het risico van het bestaan van inkomensschade bij Tak in het leven was geroepen en het risico zich ook had verwezenlijkt. Daarmee was het causaal verband tussen de gedraging van de RDA en de ontstane schade in beginsel gegeven en was het aan de RDA te bewijzen dat die schade ook zonder zijn onrechtmatig gedrag zou zijn ontstaan. Nu de RDA de aanwezigheid van het causaal verband betwistte, diende volgens het hof te worden beoordeeld of de RDA aannemelijk had gemaakt dat Golfkarton redelijkerwijs niet de mogelijkheid had Tak te herplaatsen in een aangepaste of passende functie. Deze benadering is dus een andere dan die van de rechtbank.

De omkeringsregel die een gelaedeerde tegemoetkomt bij het vestigen van de causaliteit tussen onrechtmatige gedraging en geleden schade, is inmiddels meermalen door de Hoge Raad bevestigd.⁹² In een tegen de CWI aangespannen procedure, gebaseerd op onrechtmatige daad, kan dit de

91 Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001, JAR 2001, 236.

92 Bijvoorbeeld in HR 27 oktober 2000, NJ 2001, 119; HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 en HR 2 maart 2001, RvdW 2001, 62.

werkgever of werknemer goed van pas komen. Het biedt extra kansen om op deze wijze de geleden schade door onrechtmatig handelen van de CWI vergoed te krijgen.⁹³ Het kan zelfs zo zijn dat een werknemer op deze wijze een sterkere processuele positie krijgt dan in een reguliere 'kennelijk onredelijk ontslag'-procedure tegen de werkgever. Volgens vaste rechtspraak moet de kennelijke onredelijkheid immers door de eisende partij worden gesteld en bewezen, al is omkering van de bewijslast onder omstandigheden mogelijk.⁹⁴

3.6 Schade

Geen actie zonder schade: wil er met succes een actie uit onrechtmatige daad ingesteld kunnen worden, dan is schade een vereiste.⁹⁵ Net als bij een 'gewone' onrechtmatige daad kan zowel vergoeding wegens materiële als wegens immateriële schade worden gevorderd. Wij beperken ons thans tot de vergoeding van materiële schade. In de praktijk zullen zich dan twee situaties kunnen voordoen.

Allereerst is er de situatie dat de *werkgever* ten onrechte geen ontslagvergunning heeft gekregen. Hij kan proberen de arbeidsovereenkomst met de werknemer op andere wijze tot een einde te brengen, bijvoorbeeld door een ontbinding. De vraag rijst dan of de werkgever een eventuele ontbindingsvergoeding kan verhalen op de CWI. Hierover heeft het Hof 's-Gravenhage een interessante uitspraak gedaan.⁹⁶ Het betrof de volgende casus.

Een door Mecola BV gevraagde ontslagvergunning om de arbeidsovereenkomst met een werknemer wegens bedrijfseconomische redenen op te zeggen, werd afgewezen. Mecola BV verzocht vervolgens de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW te ontbinden, hetgeen – onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer – ook gebeurde. Daarop heeft Mecola BV de RDA gedagvaard wegens onrechtmatige daad. Doordat de RDA ten onrechte geen vergunning had verleend, was Mecola BV immers gedwongen de arbeidsovereenkomst via de ontbindingsroute tot een einde te laten komen waardoor uiteindelijk aan de werknemer een vergoeding moest worden betaald. De rechtbank was van oordeel dat er onvoldoende causaal verband bestond tussen de handelwijze van de RDA en de door

93 Aldus ook Roest, *Onrechtmatig handelen van de RDA, een goed alternatief?*, p. 10.⁹⁴

94 HR 7 september 2001, JAR 2001, 188; HR 16 januari 1998, JAR 1998, 56; HR 29 mei 1998, JAR 1998, 154.

95 Een uitzondering bestaat indien de gelaedeerde vaststelling van aansprakelijkheid en veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat vordert. In dat geval dient de gelaedeerde te stellen en slechts aannemelijk te maken dat de mogelijkheid van schade bestaat.

96 Hof 's-Gravenhage 19 juni 2001, NJ 2001, 576.

Mecola BV geleden schade. Want, zo stelde de rechtbank, indien de toestemming wel zou zijn verleend, dan had de werknemer alsnog schadevergoeding in een artikel 7:681 BW-procedure kunnen vorderen. Ook het hof was deze opvatting toegedaan. Het hof oordeelde dat er in beginsel voldoende causale relatie bestond tussen ontbindingsvergoeding en onrechtmatige daad van de CWI, maar dat het *conditio sine qua non*-verband ontbrak. Het hof stelde vervolgens de vraag wat – naar algemene ervaringsregelen – zou zijn gebeurd indien er wel een ontslagvergunning zou zijn afgegeven. Volgens het hof zou een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag zijn gevolgd en die procedure zou hoogstwaarschijnlijk de werknemer dezelfde vergoeding hebben opgeleverd als deze had gekregen in de ontbindingsprocedure. Het handelen van de CWI veroorzaakte dus geen schade. De schade zou ook zonder onrechtmatige daad zijn ontstaan. Is dit een juiste opvatting? Het komt ons voor dat het hof hier wel met erg grote slagen over het ijs schaatst. Om te beginnen leert de ervaring dat slechts een klein deel van de opzeggingen door een werknemer gevolgd wordt door een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag.⁹⁷ En de praktijk leert verder ook dat er in ‘kennelijk onredelijk ontslag’-procedures minder vaak en tevens lagere vergoedingen worden toegekend dan in ontbindingsprocedures. In de praktijk wordt strenger getoetst dan in een ontbindingsprocedure ex artikel 7:685 BW, waarin toekenning van ontslagvergoeding als uitgangspunt lijkt te gelden en het niet toekennen van een vergoeding van onderbouwing moet worden voorzien. Hoezeer die discrepantie ook stof voor discussie kan opleveren,⁹⁸ de ervaringsregels die het hof hier hanteerde, zullen niet ieders ervaringsregels zijn.

De vraag rijst vervolgens hoe de zaak beoordeeld had moeten worden als de werkgever na weigering van de vergunning geen ontbinding had gevraagd. Is het door te betalen loon een schadepost die is toe te rekenen aan de CWI? Wat als tegenover loon een arbeidsprestatie staat? Doorgaans zal verrichte arbeid positief bijdragen aan het ondernemingsresultaat. Als er echter geen arbeid voorhanden is, kan dat anders liggen.⁹⁹ In dat geval zal aan de hand van de gewone regels de (redelijke) toerekening ingevuld moeten worden. Bij het begroten van schade spe-

97 C.J. Loonstra, Het systeem van het ontslagvergoedingsrecht, in: C.J. Loonstra (red.), De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 318. Te weinig werknemers krijgen bij het einde van het dienstverband te veel en te veel werknemers ontvangen bij het einde dienstverband te weinig (of niets), zo concludeert Loonstra terecht.

98 Zie C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Ontslagvergoedingsrecht, stand van zaken en perspectief, NJB 2000, p. 1267.

99 Vgl. hierover J.M. van Slooten, Arbeid en loon (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 177 e.v.

len ook zaken als de verplichting van de gelaedeerde om de schade te beperken een rol. Een werkgever die in deze situatie achterover leunt, zal wel tegengeworpen krijgen dat hij maatregelen had moeten nemen om de schade te beperken, dan wel dat de werkgever eigen schuld heeft ten aanzien van het ontstaan van (een deel van) de schade.¹⁰⁰ Dat zou wellicht zo ver kunnen gaan dat van de werkgever het entameren van een ontbindingsprocedure wordt gevergd. En dan rijst weer de vraag wat te doen met eventuele ontbindingsvergoedingen, een vraag die wij niet op voorhand hetzelfde zouden willen beantwoorden als het Hof 's-Gravenhage deed. Eventueel kan ook een nieuwe ontslagvergunning worden gevraagd nadat men de CWI op het vermeend onjuist handelen heeft gewezen dan wel in de nieuwe aanvraag nadrukkelijk het juiste kader aanvoert. Weliswaar kent de BBA-procedure geen mogelijkheden voor bezwaar, maar op deze wijze is dat via een omweg mogelijk *de facto* wel te realiseren voor de werkgever (de werknemer kan – als slechts verwerende partij – van deze mogelijkheid nimmer gebruikmaken). Niet duidelijk is in hoeverre van deze mogelijkheid in de praktijk gebruik wordt gemaakt.

De tweede situatie die zich in de praktijk voordoet, is die van de afgegeven ontslagvergunning waarvan de *werknemer* meent dat die afgifte tegenover hem een onrechtmatige daad oplevert. Qua materiële schade dient dan te worden gedacht aan directe inkomensschade (loon versus uitkering) en indirecte inkomensschade (pensioenschade, gemis aan carrièreperspectief). Dergelijke vormen van schade zijn wel te berekenen, waarbij een parallel getrokken kan worden met schadeberekeningen in de letselschadepraktijk. Moeilijker lijkt de vraag te beantwoorden hoever de schadevergoedingsplicht wordt beïnvloed door zaken als schadebeperkingsplicht en voordeelstoerekening. Van *voordeelstoerekening* zou gesproken kunnen worden als wegens het ontslag (Ww-)rechten tot uitkering komen.¹⁰¹ Als een schadetoebrengeende gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel, waaronder een te verkrijgen uitkering op grond van een schadeverzekering, heeft opgeleverd, dan wordt dit voor-

100 Zie in dit verband Van Maanen & De Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, p. 105 en 106, die wijzen op HR 7 november 1997, NJ 1998, 364. Daarin claimde een belastingplichtige, die na langdurig procederen tegen de fiscus in het gelijk werd gesteld, renteschade. De belastingplichtige had de belasting al betaald. Hij had geen gebruikgemaakt van de mogelijkheden bezwaar te maken tegen voorlopige aanslagen dan wel uitstel van betaling te verzoeken. Daarin lag, aldus de HR, geen eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. Wellicht rechtvaardigt dit arrest de stelling dat van een gelaedeerde niet geëist kan worden dat deze andere procedures gaat voeren ter beperking van zijn schade.

101 Anders: Bolt, die voordeelstoerekening bij werkloosheid nauwelijks voorstelbaar acht. A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening bij de begroting van de schadevergoeding in geval van onrechtmatige daad en wanprestatie* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 68.

deel bij de vaststelling van de schadevergoeding in rekening gebracht, voorzover dit redelijk is (art. 6:100 BW).¹⁰² Langs andere weg zou in het kader van de *schadebeperkingsplicht* het niet aanvragen (of behouden) van een WW-uitkering na ontslag een schending van de verplichting tot beperking van de geleden schade kunnen inhouden. Verder zal de werknemer vanuit deze verplichting geacht worden activiteiten tot het vinden van ander betaald werk te verrichten c.q. aangeboden werk te accepteren.¹⁰³ Net als bij de benadeelde werkgever doemt bij de werknemer de vraag op in hoeverre van de werknemer kan worden verwacht dat hij gaat procederen tegen een ander dan de CWI, dus een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag opstart tegen de werkgever. Nu naar algemene ervaringsregelen die procedure slechts beperkte kansen lijkt te bieden op een vergoeding, zien wij niet dat op de werknemer snel een dergelijke plicht zal rusten. De werknemer in deze situatie kunnen wij toch niet helemaal gelijkstellen met de werkgever in deze positie. Als de werkgever geen ontslagvergunning krijgt, heeft hij een andere snelle procedure om zijn kansen op beëindiging te beproeven (ontbinding), dan wel het indienen van een nieuwe ontslagvergunningaanvraag. Die wegen zijn veel eenvoudiger dan de voor de werknemer moeizame – en langdurige – route van het kennelijk onredelijk ontslag.

4 Aansprakelijkheid van de RDA: een randverschijnsel?

Het onderzoeksgebied van de overheidsaansprakelijkheid is nog volop in ontwikkeling en in beweging. 'Het formuleren van algemene regels lijkt (nog) een schier onmogelijke taak', luidt de conclusie van de werkgroepen privaatrecht op een in 1996 te Rotterdam gehouden studiedag over overheidsaansprakelijkheid.¹⁰⁴ De respectieve deelnemers van de werkgroepen kregen dan ook de opdracht mee naar huis om binnen hun dagelijkse praktijk mee te werken aan de ontwikkeling van een eenduidig standpunt. Ten

102 In nagenoeg alle socialeverzekeringswetten vindt men een bijzondere regeling met betrekking tot de voordeelstoerekening. Art. 68 WAZ met regresrecht in art. 69-91 WAZ; art. 89 WAO met regresrecht in art. 90 WAO; art. 65a-65d ABWZ; art. 60-61 WAJONG; art. 83a-83d ZFW; art. 60-62 ANW met regresrecht in art. 61 ANW. Bepaald is dan dat de rechter bij het vaststellen van de schadevergoeding waarop de verzekerde naar burgerlijk recht aanspraak kan maken, rekening houdt met krachtens de betreffende socialezekeringswet bestaande aanspraken. Ook de Hoge Raad lijkt in het arrest van 5 februari 1988 (NJ 1988, 950) bij de beoordeling van de 'kennelijk onredelijkheid' van een ontslag rekening te houden met het recht op een AAW-WAO-uitkering.

103 Hof 's-Hertogenbosch vond in zijn arrest van 22 augustus 2001, JAR 2001, 236, dat de werknemer – gelet op het feit dat hij tijdelijke werkzaamheden had verricht – aannemelijk had gemaakt zich te hebben ingespannen de schade te beperken. Die inspanning was – ook in het licht van de (vage) stellingname van de CWI – volgens het hof voldoende geweest.

104 In: C.P.M. Cleiren (red.), *Voor risico van de overheid?*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 301.

aanzien van de *richting* – ‘meer of minder’ overheidsaansprakelijkheid – waarin het leerstuk zich zal gaan c.q. zal moeten ontwikkelen, bestaan verschillende meningen. Al sinds jaar en dag is er een stroming die bevreesd is voor een te ruime aansprakelijkheid van de overheid, een vrees die is ingegeven door het pragmatische gegeven van te hoog oplopende kosten. In 1997 is deze vrees nog verwoord door de Commissie-Van Kemenade.¹⁰⁵ De rechtsbescherming in ons land zou volgens de commissie te ver zijn doorgeschoten en zou slagvaardig besturen in de weg staan.¹⁰⁶ Een uitwerking van dit laatste, het in de weg staan van slagvaardig besturen, is ook naar voren gebracht door Scheltema, regeringscommissaris voor de Awb. Hij verdedigt de stelling dat de overheid niet te snel aansprakelijk zou moeten zijn voor gemaakte fouten tijdens het primaire besluitvormingsproces indien deze fouten later (in de bezwaarschriftenprocedure) zijn hersteld. Zijns inziens zou in de primaire besluitvorming het accent moeten worden gelegd op een snelle beslissing en minder op de zorgvuldigheid, aangezien de bezwaarprocedure bedoeld is voor een bestuurlijke heroverweging, waaronder een herstel van gemaakte fouten. ‘Meer kwaliteit (waaronder snelheid) en minder aansprakelijkheid’, luidt zijn motto voor het nieuwe bestuursrecht.

De opvatting dat het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid zou moeten worden teruggebogen ten faveure van de overheid, wijzen wij ten stelligste af. Vanuit een rechtsstatelijk perspectief vervult een rechterlijke toetsing van overheidshandelen een onmisbare rol, die geenszins – zeker niet vanuit het oogpunt van kostenbeheersing – zou mogen worden teruggedrongen.¹⁰⁷ Integendeel, uitbreiding van deze rol achten wij gewenst. De rechter heeft voldoende instrumenten om daar waar de schadevergoeding gelet op de gegeven omstandigheden onredelijk hoog zou uitpakken, deze op een adequate wijze te matigen. Met betrekking tot het handelen door de CWI in het kader van de ontslagvergunningverlening voegen wij daaraan toe dat een vergaande rechtelijke toetsing noodzakelijk is om burgers – werkgevers en werknemers – de door artikel 6 EVRM voorgeschreven rechtsbescherming te kunnen garanderen. De rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van de CWI dient zich derhalve in die richting verder te ontwikkelen. Geen randverschijnsel, maar een trend!

105 J.A. van Kemenade & C.J.N. Versteden, Bestuur in het geding. Rapport van de werkgroep inzake terugdringing van de jurisdisering van het openbaar bestuur, Haarlem, 1997.

106 Scheltema, Beste bestuursjuristen moeten niet naar de rechterlijke macht, NTB 1993, p. 156.

107 Van Maanen & De Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, p. 69; Nota jurisdisering in het openbaar bestuur, Kamerstukken II 1998/99, 26 360, nr. 1. Zie ook Tjittes over aansprakelijkheid van de overheid voor schade als gevolg van een onrechtmatige primaire besluitvorming. Hij vraagt zich af waarom de overheid anders zou moeten worden behandeld dan een onderneming. Schade als gevolg van een gebrekkig product behoort tot het normale bedrijfsrisico. Hetzelfde geldt zijns inziens voor schade veroorzaakt door gebrekkige producten van de overheid, zoals besluiten. Tjittes, Naar een minder zware overheidsaansprakelijkheid?, p. 104-105.