



Rapport

23 Collectief ontslag in de Thuiszorg Oordeel Op basis van het onderzoek vindt de Nationale ombudsman de klacht over het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen te Amsterdam gegrond.

Datum: 23 juni 2014

Rapportnummer: 2014/064

Inhoudsopgave

Samenvatting 2

klachtFORMULERING 2

Wat er aan de klacht vooraf ging 3

Klachtafhandeling door het UWV 4

Klacht bij de Nationale ombudsman 4

OPening ONDERZOEK door DE Nationale ombudsman 5

Reactie van het UWV 5

REactie ABVAKABO 6

het oordeel van de Nationale ombudsman 6

Slotbeschouwing 8

57. De vakbond concludeerde als volgt: 23

Samenvatting

Een thuiszorgorganisatie was door het overbrengen van huishoudelijke zorg van de AWBZ naar de Wmo in financiële problemen gekomen. Het had in aanbestedingsrondes te lage onder de kostprijs liggende tarieven voor huishoudelijke zorg geboden. De oplossing om de huishoudelijke zorg toch te kunnen blijven verlenen werd gevonden in het laten vervallen van alle thuishulpfuncties met functieschaal 15 en 20 en tegelijkertijd het aantal thuishulpfuncties in schaal 10 met evenzoveel fte uit te breiden.

De werkgever vroeg ontslag aan voor de medewerkers die niet ingingen op het aanbod om de lagere functie te aanvaarden. De aanvraag werd uitvoerig onderbouwd en voorzien van een pakket van 25 bijlagen. Het UWV vond de aanvraag onvolledig en stelde 51 nadere vragen en vroeg om nadere stukken. Na ontvangst van de antwoorden en 17 bijlagen, was de aanvraag volgens het UWV nog steeds niet volledig. Er moesten nog een aantal vragen beantwoord worden. Uiteindelijk werd de aanvraag zes weken later in behandeling genomen en voor verweer doorgestuurd aan de werknemers. Verzoeker, vakbond AbvaKabo, voerde namens een aantal werknemers verweer. Er volgde geen tweede ronde van hoor en wederhoor. Vervolgens werden de ontslagvergunningen verleend.

Voor een aantal werknemers die ziek waren en daarom niet ontslagen konden worden via de UWV-procedure, werd later een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij

de kantonrechter ingediend. Vooral omdat tijdens het onderzoek ter zitting een regiomanager had verklaard dat de huishulpwerkzaamheden feitelijk hetzelfde waren gebleven, oordeelde de kantonrechter dat de functie niet vervallen was, maar alleen van naam was veranderd. Hij ging daarom niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomsten over.

De AvbaKabo klaagde erover dat het UWV de ontslagaanvragen niet in behandeling had mogen nemen, omdat er daarmee indirect over verslechtering van de arbeidsvoorwaarden beslist was. Bovendien was alleen op basis van de informatie van de werkgever aangenomen dat de formele functieomschrijving een juiste omschrijving van de werkelijkheid gaf. Er had ten minste nog een ronde van hoor en wederhoor ingelast moeten worden, zeker nu de werkgever in twee instanties in de voorfase in de gelegenheid werd gesteld om haar standpunten toe te lichten.

De Nationale ombudsman toetst de klacht aan het vereiste van onpartijdigheid en fair play en oordeelt dat de klacht gegrond is wegens schending van beide vereisten.

Hij is van oordeel dat het UWV met de uitvoerige bevraging in de voorfase en het niet inlassen van een tweede ronde van hoor en wederhoor de schijn van partijdigheid heeft gewekt. Hij acht het niet aannemelijk dat de uitvoerig onderbouwde ontslagaanvraag onvolledig was en niet meteen voor verweer doorgestuurd had kunnen worden. In een eerlijke procedure hadden de eventueel nog resterende vragen en het verweer van de AvbaKabo in een tweede ronde van hoor en wederhoor meegenomen kunnen worden. Dit had in ieder geval kunnen voorkomen dat de schijn van partijdigheid gewekt werd. Daarmee was de procedure niet langer geworden, maar zou wel als eerlijker door partijen ervaren zijn.

klachtFORMULERING

Vakbond AbvaKabo klaagt er namens een aantal werknemers over dat het UWV WERKbedrijf ontslagvergunningen heeft verleend na slechts één ronde van hoor en wederhoor, terwijl de werkgever van te voren in twee rondes in de gelegenheid werd gesteld om de ontslagaanvragen uitvoerig toe te lichten. Mede daardoor is volgens de vakbond onvoldoende onderzocht en te terughoudend getoetst of de werkzaamheden van de werknemers daadwerkelijk waren vervallen.

Wat er aan de klacht vooraf ging

Algemeen

De werkgever, een thuiszorgorganisatie, leverde onder andere huishoudelijke zorg. Met de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Wmo) per 1 januari 2007, viel de huishoudelijke verzorging onder de gemeenten en werd niet langer bekostigd uit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). De werkgever kreeg in een aantal gemeenten de opdracht voor huishoudelijke verzorging gegund. Met die gemeenten werden raamovereenkomsten gesloten voor het verlenen van huishoudelijke hulp aan cliënten met een Wmo-indicatie. In de aanbestedingsrondes werden lage, onder de kostprijs liggende, tarieven aangeboden om huishoudelijke zorg te kunnen blijven verzorgen en collectief ontslag te voorkomen. Verwacht werd dat de voorziene verliezen op de huishoudelijke zorg gecompenseerd konden worden vanuit de winst voorzien op de AWBZ activiteiten. Toen deze verwachtingen niet uit kwamen, besloot de werkgever alle huishulpfuncties met functieschaal 15 en 20 te laten vervallen en tegelijkertijd het aantal huishulpfuncties met functieschaal 10 uit te breiden. De werking van het sociaal plan werd opgeschort omdat met de vakbond geen afspraken gemaakt konden worden over een regeling om de nadelige gevolgen voor de boventallige werknemers op te vangen.

Ontslagaanvraag

De werkgever vroeg op 9 mei 2011 voor 377 medewerkers een ontslagvergunning op bedrijfseconomische gronden aan. Bij de aanvraag legde zij 25 bijlagen over. Volgens het UWV was de aanvraag onvoldoende onderbouwd. De werkgever werd verzocht nog een aantal stukken over te leggen en 51 vragen te beantwoorden. Die vragen gingen vooral over het punt of er feitelijk functies vervielen en in hoeverre er verschil tussen de oude en de nieuwe functies was. Het antwoord van de werkgever van 23 mei 2011 met 17 bijlagen was volgens het UWV nog onvoldoende om de aanvraag in behandeling te kunnen nemen. De werkgever werd verzocht nog een aantal vragen te beantwoorden over de functieomschrijvingen en werkzaamheden van de oude en de nieuwe functies. De werkgever vond dat het UWV te ver ging met zijn vragen omdat de aanvraag voldoende was onderbouwd om in behandeling genomen te kunnen worden. De vragen werden niettemin bij brief van 10 juni 2011, voorzien van zes bijlagen beantwoord. Hierna werd de aanvraag op 20 juni 2011 in behandeling genomen.

Verweer van de werknemers

Namens een aantal werknemers voerde AbvaKabo verweer. Volgens de vakbond had de ontslagaanvraag niet in behandeling genomen mogen worden, omdat het hier in wezen ging om een verslechtering van arbeidsvoorwaarden. De werkgever maakte het de werknemers nu feitelijk onmogelijk om via de geëigende procedures (rechter en/of cao bezwarencommissie) de verslechtering van de arbeidsvoorwaarden te bestrijden. Volgens de vakbond vervielen de functies niet. De huishulpfuncties waren voor en na de invoering van de Wmo inhoudelijk hetzelfde gebleven. Signalering bleef tot het takenpakket behoren.

Een door de vakbond ingeschakelde functiewaarderingsadviseur concludeerde dat juist door de signaleringsfunctie de functie in schaal 20 thuis hoorde. De door de werkgever ingeschakelde FWG-adviseur had zonder een werknemer te horen, de functie in schaal 10 gewaardeerd. Het leek er op dat hij de functie naar de door de werkgever gewenste situatie had toegeschreven.

Ontslagvergunning verleend

Na één ronde van hoor en wederhoor werd de ontslagvergunning op 21 juli 2011 verleend. Volgens het UWV was aan de formele vereisten voor in behandeling name van de ontslagaanvraag voldaan. De werkgever had aannemelijk gemaakt dat door de overgang van de thuiszorg van ABWZ naar Wmo vooral het zorgdeel van de werkzaamheden was komen te vervallen. De bedrijfseconomische noodzaak voor het niet langer laten vervullen van de thuiszorgwerkzaamheden door thuishulpen in de oude functieschalen 15 en 20 was ook voldoende aannemelijk gemaakt. De vraag of de werkgever daarmee in strijd met de bestekken of de toepasselijke cao/sociaal plan gehandeld had, stond niet ter beoordeling van het UWV. Volgens het UWV was voldoende duidelijk geworden dat de oude en de nieuwe functie op kennis, functie-inhoud en vaardigheden zodanig verschilden dat ze niet uitwisselbaar waren.

KLACHT BIJ HET UWV

Op 15 mei 2012 diende de vakbond een klacht in bij het UWV. Ter onderbouwing van de klacht werd verwezen naar een aantal beschikkingen van de kantonrechter Haarlem van december 2011. Er was voor een aantal werknemers die ten tijde van de ontslagaanvraag ziek waren een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. De kantonrechter kwam na een hoorzitting waarbij zowel de werkgever als de werknemers bevestigd waren tot de conclusie dat de werkzaamheden van de thuiszorgmedewerkers feitelijk grotendeels hetzelfde waren gebleven. De werkgever had volgens de kantonrechter niet aannemelijk gemaakt dat de oude functie vervallen was. Volgens de AbvaKabo had het UWV wegens onbevoegdheid om over arbeidsvoorwaarden te oordelen de aanvraag niet in behandeling mogen nemen, maar in ieder geval een tweede ronde van hoor en wederhoor moeten inlassen. Er had niet alleen op basis van de informatie van de werkgever aangenomen mogen worden dat de formele functieomschrijvingen een juiste omschrijving van de werkelijkheid gaven. Door al na een ronde tot vergunningverlening over te gaan, terwijl de werkgever in twee instanties uitgebreid in de gelegenheid is gesteld om haar standpunten nader te onderbouwen, was het fair play vereiste geschonden.

Klachtafhandeling door het UWV

Het UWV was op grond van wet- en regelgeving verplicht tot in behandeling name nadat de aanvraag compleet was gemaakt. Dat de werkgever van te voren uitvoerig bevroegd was, maakte het voeren van adequaat verweer voor de werknemers alleen maar makkelijker. Het vereiste van zorgvuldige informatieverwerving was niet geschonden door het ontbreken van een tweede ronde van hoor en wederhoor. Een tweede ronde is op grond van wet en regelgeving niet verplicht en volgens het UWV hier niet nodig, omdat er na het eerste verweer samen met de van de werkgever verkregen informatie geen vragen meer resteerden. Het UWV had wel de opdracht om te beoordelen of er sprake was van functies die vervielen, maar niet om te toetsen of de werkgever in strijd met de cao handelde en slechts verslechtering van de arbeidsvoorwaarden beoogde. De vergelijking van de ontslagprocedure van het UWV met de procedure bij de kantonrechter kon niet gemaakt worden omdat er sprake is van een verschillend toetsingskader en verschillende procedures.

Klacht bij de Nationale ombudsman

Volgens de AbvaKabo had het UWV door de werkgever in de voorfase uitvoerig te bevragen en geen tweede ronde van hoor en wederhoor in te lassen niet voldaan aan zijn onderzoekplicht en gezorgd voor een oneerlijke en onzorgvuldige procedure. Het UWV had zich veel te terughoudend opgesteld bij het toetsen van de vraag of de functies daadwerkelijk vervallen waren. De kantonrechter had bij zijn beoordeling rekening gehouden met de principes van het Ontslagbesluit en gedaan wat het UWV had nagelaten; een onderzoek ter zitting waarbij beide partijen bevroegd werden, afgerond met een beschikking waarin de standpunten van beide partijen betrokken waren.

Volgens de vakbond betekende zo'n terughoudende toets als het UWV hier had toegepast dat werkgevers vrij spel kregen om arbeidsvoorwaarden te verslechteren door middel van de ontslagprocedure.

OPening ONDERZOEK door DE Nationale ombudsman

De Nationale ombudsman had na ontvangst van de klacht contact met verzoekster en heeft bij wijze van vooronderzoek een volledig ontslag- en klachtdossier bij de Arbeidsjuridische dienstverlening van het UWV(AJD) opgevraagd. Na ontvangst en bestudering van het dossier werd een verslag van bevindingen opgesteld. Dit verslag werd aan het UWV en de AbvaKabo voor een reactie toegezonden. Aan het UWV werden ook

nog een aantal vragen gesteld.

Reactie van het UWV

Het UWV benadrukte het verschil tussen de UWV-procedure, die in beginsel schriftelijk is en waarbij beide partijen direct al hun argumenten inbrengen, en de ontbindingsprocedure bij de kantonrechter waarbij het zwaartepunt bij de mondelinge behandeling ligt. In de procedure bij de kantonrechter Haarlem was het ontbindingsverzoek slechts summier gemotiveerd en onderbouwd. De kantonrechter had grote waarde gehecht aan een verklaring ter zitting van een regiomanager dat ondanks de gewijzigde functiebeschrijving de medewerkers nog grotendeels hun oude werk verrichtten. Het UWV verwees ook naar een beschikking van de kantonrechter Rotterdam van 29 november 2013 die in een vergelijkbare zaak tot een heel andere conclusie dan de kantonrechter Haarlem kwam.

Op de vraag waarom niet gewacht kon worden met het stellen van vragen tot na het verweer, antwoordde het UWV dat een aanvraag pas in behandeling wordt genomen als deze compleet is. Nadat is vastgesteld om welke ontslagreden het gaat, wordt op basis van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ontslagtaak UWV nagegaan of op alle punten van het relevante toetsingskader voldoende informatie aanwezig is om de aanvraag te kunnen beoordelen. Als relevante informatie ontbreekt, krijgt de werkgever de gelegenheid om de aanvraag op die punten aan te vullen. Het UWV moet ambtshalve zelfstandig en actief onderzoeken of een aanvraag volledig is. Het uitstellen van nadere vragen tot na het verweer zou tot onnodige vertraging kunnen leiden, terwijl het UWV de opdracht heeft om ontslagprocedures zorgvuldig doch voortvarend af te handelen.

Het UWV vond dat de uitgebreide bevraging in de voorfase de procedure niet een bepaalde richting uitstuurde die tot een beperking van de verweermogelijkheid van de werknemer leidde. Deze werkwijze was dan ook niet in strijd met een eerlijke en evenwichtige procedure. Bovendien kan de werknemer volgens het UWV door deze werkwijze heel gericht verweer voeren omdat hij weet wat belangrijk is en wat niet.

De ontslagaanvraag was behandeld en beoordeeld door AJD Eindhoven. Omdat in die periode in de Tweede Kamer vragen werden gesteld over de situatie in de thuiszorg bij ViVa! moest het hoofdkantoor volledig op de hoogte zijn. Vanuit het Ministerie van SZW konden namelijk vragen worden gesteld. Het hoofdkantoor liet zich daarom door AJD Eindhoven informeren over de voortgang. Er was desgevraagd ook toelichting aan AJD Eindhoven gegeven bij de Beleidsregels. De districtsmanager van AJD Eindhoven had zelfstandig de beslissing tot vergunningverlening genomen na unaniem advies van de ontslagadviescommissie. Het hoofdkantoor had daarbij geen rol gespeeld.

De vraag of overwogen was om de behandeling van de ontslagaanvraag uit te stellen in afwachting van een eventuele cao-functiewaarderingsprocedure beantwoordde het UWV ontkennend. Ten tijde van de aanvraag was een dergelijke procedure nog niet gestart. Op grond van de Beleidsregels kan het onder bijzondere omstandigheden redelijk zijn om een aanvraag aan te houden als bijvoorbeeld binnen afzienbare tijd een uitspraak van de rechter over een essentieel punt is te verwachten. Daarvan was hier echter geen sprake. Het UWV moet op een ontslagaanvraag een beslissing nemen en daarbij toetsen aan de criteria van het Ontslagbesluit. Met een andere beoordeling zou buiten het toetsingskader getreden worden en dat is niet toegestaan.

REactie ABVAKABO

De AbvaKabo heeft geen probleem met een bevraging van de werkgever in de voorfase, maar die bevraging dient niet verder te gaan dan noodzakelijk. Het leek er hier volgens de vakbond op dat het UWV in de voorfase aan de werkgever meer gevraagd had dan nodig was voor het compleet maken van de aanvraag. De vakbond begreep niet dat het UWV niet gewacht had met het stellen van eventueel nog resterende vragen tot na het verweer. Ook benadrukte de AbvaKabo nogmaals dat de werkgever het de werknemers met zijn handelwijze juist onmogelijk had gemaakt om de geëigende juridische stappen tegen de functiewijziging en arbeidsvoorwaardenverslechtering te zetten.

Volgens de vakbond was een hoorzitting niet per se nodig geweest, als er maar een zorgvuldig (eventueel schriftelijk) onderzoek had plaatsgevonden met een toets naar de vraag of het werk feitelijk vervallen was. De suggestie dat het eerste verweer niet volledig zou zijn geweest, omdat op een tweede ronde gerekend was, werd verworpen. Op een tweede ronde was gerekend om de visie van de werkgever op het verweer te krijgen en in de verwachting dat het UWV de zaak van alle kanten zou bekijken.

Volgens de AbvaKabo moet zowel bij de UWV-procedure als bij de kantonrechter onderzocht worden of de werkzaamheden feitelijk zijn vervallen. Dat onderzoek moet zorgvuldig gebeuren middels hoor en wederhoor. En dat was hier niet gebeurd.

De vakbond gaf ook aan dat de uitspraak van de kantonrechter Rotterdam hoewel vergelijkbaar toch versilde van de beschikking van de kantonrechter Haarlem. De kantonrechter Rotterdam had na zorgvuldig onderzoek én na de vaststelling dat de werknemer diverse zaken onweersproken had gelaten, geconstateerd dat niet gezegd kon worden dat de werkgever niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Omdat de beleidsvrijheid die een werkgever heeft niet grenzeloos is, had de kantonrechter Rotterdam volgens de AbvaKabo terecht aangegeven dat rechterlijk ingrijpen past indien de werkgever in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Ook het UWV moet ondanks de beleidsvrijheid van de werkgever een redelijkheidstoets uitvoeren en

toetsen of de werkzaamheden zijn vervallen, dat had het UWV niet gedaan.

het oordeel van de Nationale ombudsman

De gedraging is getoetst aan het behoorlijkheidsvereiste van onpartijdigheid dat inhoudt dat de overheid zich onpartijdig opstelt en zonder vooroordelen handelt. Dat betekent dat het UWV bij de behandeling van een ontslagaanvraag beide partijen gelijkelijk in de gelegenheid stelt om hun standpunten naar voren te brengen en de schijn van vooringenomenheid vermijdt.

Ook het vereiste van fair play is bij deze klacht in het geding. Dit vereiste houdt in dat de overheid de burger de mogelijkheid geeft om zijn procedurele kansen te benutten en daarbij zorgt voor een eerlijke gang van zaken. Dat betekent dat in de ontslagprocedure een zeker evenwicht dient te bestaan in de wijze waarop en de mate waarin beide partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun standpunten naar voren te brengen.

Het UWV vond de zeer uitvoerig onderbouwde ontslagaanvraag van de werkgever niet volledig en stelde 51 nadere vragen die vooral gingen over de inhoud van de oude en de nieuwe huishulpfuncties. De beantwoording van die vragen en de vele extra bijlagen daarbij gaven het UWV nog onvoldoende duidelijkheid op die punten en daarom werd de werkgever vooral daarover nog verder bevraagd. Pas nadat deze antwoorden waren ontvangen, werd de aanvraag formeel in behandeling genomen, zes weken nadat de werkgever zijn aanvraag had ingediend.

De vragen die de werkgever gesteld werden, gingen over het ook voor de vakbond belangrijkste punt, de vraag of de functie feitelijk vervallen was of niet. Juist omdat deze ontslagzaak de aandacht van de politiek en de media had, waarbij de vakbond zich uitdrukkelijk als belangenbehartiger van een deel van de betrokken huishulpen had opgeworpen, lag het in de lijn der verwachting dat deze vraag het belangrijkste punt van geschil was tussen de werkgever en de AbvaKabo. De Nationale ombudsman is van oordeel dat partijen dan juist op dit punt gelijke kansen moeten hebben om hun standpunt te onderbouwen.

Volgens het UWV was de aanleiding voor die vragen anders, namelijk dat de aanvraag niet volledig was. Dit argument overtuigt geenszins. De werkgever had zijn ontslagaanvraag op alle relevante punten uitvoerig onderbouwd. De vragen die het UWV op voorhand stelde, gingen over allerlei aspecten van de vergelijking tussen de nieuwe en de oude functies. Zo wees het UWV de werkgever er op dat zowel de oude als de nieuwe functieomschrijvingen niet geheel aansloten bij de gecontracteerde werkzaamheden. Daarmee wekt het UWV de

indruk dat de werkgever op dit punt eerst geholpen moest worden zijn standpunt beter te motiveren. Daarentegen had eventueel resterende onduidelijkheid ook binnen de procedure in een tweede ronde van hoor en wederhoor weggenomen kunnen worden. De aanpak van het UWV wekt de indruk dat het UWV de aanvraag pas in behandeling wilde nemen, nadat voldoende informatie was ingewonnen om tot vergunningverlening over te kunnen gaan, ongeacht het verweer van de werknemers. Dat acht de Nationale ombudsman in strijd met een goede en eerlijke procesorde en daarmee heeft het UWV naar zijn oordeel de schijn van partijdigheid gewekt.

De handelwijze van het UWV lijkt ingegeven door de politieke en media-aandacht voor deze zaak. De werkgever gaf ook reeds aan dat het UWV met een dermate vergaande bevraging in de voorfase, ingegeven door de politieke gevoeligheid van de zaak, een oneigenlijke invulling gaf aan artikel 2:1 van het Ontslagbesluit (Achtergrond onder 1) en daaruit voortvloeiende Beleidsregels en de schijn wekte niet objectief te zijn. De Nationale ombudsman constateert met zorg dat beide partijen deze ontslagprocedure als niet objectief hebben ervaren. Juist bij een procedure als een (collectief) ontslag waarbij grote belangen in het geding zijn en er altijd een verliezer overblijft, is het van groot belang dat de procedure door de betrokken partijen als eerlijk en rechtvaardig ervaren wordt. Dat is hier niet gebeurd en dat is zorgwekkend.

Het UWV stelt dat het niet de bedoeling is dat de werknemer een incomplete aanvraag krijgt en resterende vragen pas na het verweer worden gesteld. Dit zou tot extra stappen in de procedure en onnodige vertraging leiden. Ook de Nationale ombudsman vindt een voortvarende behandeling van een ontslagaanvraag belangrijk, maar dit mag niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid en de procedurele rechtvaardigheid. In dit geval heeft de voorfase van de ontslagaanvraag zes weken geduurd terwijl de behandeling van de aanvraag vervolgens al in een maand was afgerond. Als de ontslagaanvraag direct was doorgestuurd voor verweer en er een tweede ronde zou zijn ingelast, had dat geleid tot de reactietermijn van tien dagen voor beide partijen volgens artikel 2:2 lid 2 van het Ontslagbesluit (Achtergrond onder 2), niet tot een vertraging ten opzichte van de nu gehanteerde werkwijze geleid, maar wel tot een eerlijker procedure.

De onderzochte gedraging is niet behoorlijk

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen is gegrond wegens schending van de vereisten van onpartijdigheid en fair play.

Slotbeschouwing

De Nationale ombudsman heeft in zijn rapport 2007/260 "naar een eerlijke ontslagprocedure" vastgesteld dat het duale ontslagstelsel met enerzijds de UWV procedure (destijds CWI) en anderzijds de procedure bij de kantonrechter onvermijdelijk leidt naar een vergelijking tussen de beide procedures. De kantongerechtsprocedure is een procedure voor een onafhankelijke rechter die aan de vereisten voor onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak voldoet. De UWV-procedure valt onder de Awb, maar de standaard Awb-procedure is er slechts ten dele op van toepassing omdat bezwaar en beroep tegen de beslissing op de ontslagaanvraag niet mogelijk is. De Nationale ombudsman kan daarom aanvullende rechtsbescherming verlenen, maar die is alleen op de behoorlijkheid gericht. Juist omdat het in de ontslagprocedure gaat om de beoordeling van standpunten van twee partijen met vaak grote tegengestelde belangen gelden er hoge eisen van behoorlijkheid voor het UWV. De schijn van partijdigheid kan snel worden gewekt. De Nationale ombudsman concludeerde destijds dat de schijn van partijdigheid in veel gevallen daadwerkelijk gewekt werd. Dit mede als gevolg van het feit dat de werkgever vaak voordat de ontslagaanvraag in behandeling werd genomen de gelegenheid kreeg om de aanvraag nader aan te vullen en specifieke vragen te beantwoorden, terwijl de werknemer na zijn verweer geen aanvullende vragen werden gesteld.

In deze ontslagzaak is sprake van een onevenwichtige procedure. De werkgever werd ondanks zijn uitvoerig gemotiveerde aanvraag met een enorme hoeveelheid bijlagen tot twee keer toe uitvoerig bevestigd voordat de aanvraag in behandeling werd genomen. Het leek erop of het er bij het UWV niet om ging om een incomplete aanvraag compleet te maken, maar om de werkgever de gelegenheid te bieden zijn standpunt beter te onderbouwen gelet op het te verwachten verweer. Dat die schijn hier gewekt is, is zorgwekkend. Ook al zijn de toetsingskaders van kantonrechter en UWV verschillend, voor beide procedures geldt dat de beslissing pas genomen wordt na afweging van de standpunten en belangen van beide partijen. Wellicht is dat hier ook gebeurd, maar de schijn van het tegendeel is gewekt en dat dient een zorgvuldig handelende overheid altijd te voorkomen.

De Nationale ombudsman,

mr. F.J.W.M. van Dooren,

waarnemend ombudsman

Onderzoek

Op 31 mei 2013 ontving de nationale ombudsman een verzoekschrift van de vakbond AbvaKabo met een klacht over een gedraging van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) te Amsterdam.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van de Raad van Bestuur van het UWV werd een onderzoek ingesteld, nadat eerst bij wijze van vooronderzoek het complete ontslag- en klachtdossier was opgevraagd, waaruit een verslag van bevindingen werd opgemaakt.

In het kader van het onderzoek werd het UWV verzocht op de klachten en het verslag van bevindingen te reageren en een aantal vragen te beantwoorden.

Ook de AbvaKabo werd in de gelegenheid gesteld op het eerste verslag van bevindingen te reageren.

Tijdens het onderzoek werden het UWV en de AbvaKabo in de gelegenheid gesteld op de verstrekte inlichtingen en op het definitieve verslag van bevindingen te reageren.

De AbvaKabo berichtte dat het verslag geen aanleiding gaf tot het maken van opmerkingen. Naar aanleiding van de reactie van het UWV op de klacht en het verslag van bevindingen, werd het verslag op een enkel punt aangepast.

De reactie van het UWV gaf aanleiding het verslag op een aantal punten aan te passen.

ACHTERGROND EN BIJLAGEN

1. Artikel 2:1 Ontslagbesluit

Indien de verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsverhouding heeft de werkgever de gelegenheid het verzoek binnen acht dagen na mededeling hiervan door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, aan te vullen. Deze termijn kan worden verlengd indien bijzondere omstandigheden dit noodzakelijk maken.

2. Artikel 2:2 lid 2 Ontslagbesluit

Na ontvangst van het verweer kan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen achtereenvolgens de werkgever en de werknemer in de gelegenheid stellen binnen tien dagen nogmaals hun zienswijze naar voren te brengen.

3. Verslag van bevindingen

1. Stichting ViVa! Zorggroep (hierna Viva!) biedt in Noord Holland verschillende soorten zorg aan, waaronder huishoudelijke zorg. Met de invoering van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Wmo) per 1 januari 2007, werd de huishoudelijke verzorging een taak van de gemeenten en niet langer bekostigd uit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). Nadat er in 2006 en 2008 aanbestedingsrondes zijn geweest kreeg ViVa! de opdracht gegund voor het verlenen van huishoudelijke zorg in een aantal gemeenten. Met die gemeenten zijn raamovereenkomsten gesloten voor het verlenen van huishoudelijke

hulp aan cliënten met een Wmo-indicatie. In de aanbestedingsrondes heeft ViVa! lage, onder de kostprijs liggende, tarieven aangeboden om zo huishoudelijke zorg te kunnen blijven verzorgen en collectief ontslag te voorkomen. Viva! meende zich het lage tarief te kunnen veroorloven, omdat verwacht werd dat de voorziene verliezen op de huishoudelijke zorg gecompenseerd konden worden vanuit de winst voorzien op de AWBZ activiteiten.

2. Het verlies van de Wmo-activiteiten bleek echter groter en de winst van de AWBZ-activiteiten kleiner dan voorzien. Volgens ViVa! was het daarom onvermijdelijk om alle thuishulpfuncties met functieschaal (FWG) 15 en 20 (636 medewerkers/ 266 fte) te laten vervallen en tegelijkertijd het aantal thuishulpfuncties met functieschaal 10 uit te breiden met 266 fte. De ondernemingsraad werd hierover op 15 februari 2011 advies gevraagd. De werking van het sociaal plan werd voor de reorganisatie opgeschort omdat met de vakbond geen afspraken gemaakt konden worden over een regeling voor het opvangen van de nadelige gevolgen voor de boventallige werknemers.

Ontslagaanvraag

3. Op 9 mei 2011 werd voor 377 werknemers een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen gevraagd. Zij waren door het vervallen van hun functies en het ontbreken van passende andere functies bij Viva! boventallig geworden. Een groot aantal van de 636 thuishulpmedewerkers in FWG 15 en 20 had het aanbod voor de functie van thuishulp in FWG 10 geaccepteerd.

4. Volgens ViVa! maakten de toenemende negatieve resultaten binnen het cluster Huishoudelijke Zorg maatregelen om tot kostendekkende exploitatie te komen noodzakelijk. De slechte resultaten werden onder meer veroorzaakt door gewijzigde (lagere) indicatiestellingen door de gemeenten, wijzigingen in de AWBZ waardoor ook voor de AWBZ-zorg tariefdruk ontstond en het niet volledig compenseren van de CAO loonstijgingen in de tarieven. Ook mochten op grond van nieuwe beleidsregels van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) sinds 2009 de verliezen in de Wmo-zorg niet meer gecompenseerd worden met de AWBZ-reserves. De toenemende verliezen drukten steeds zwaarder op de eigen vermogenspositie. Door de vermogenspositie van ViVa! werden ook de banken terughoudender met het verstrekken van leningen, waardoor de bedrijfsvoering in gevaar kon komen. Eerder genomen maatregelen waarmee het ziekteverzuim flink was teruggelopen, de overhead fors gereduceerd was en de planning en registratie sterk was verbeterd, bleken onvoldoende. Ook openbreken van de raamovereenkomsten met de gemeenten of overname door andere marktpartijen was niet mogelijk. Verdergaande reorganisatie was daarom noodzakelijk. De huishoudelijke zorg in het kader van de Wmo kon geleverd worden door thuishulpen in FWG 10 en daarom was besloten om de functies van thuishulp in FWG 15 en 20 te laten vervallen. Daarmee zou het personeelsbestand in lijn met aard en inhoud van de te verrichten werkzaamheden komen. Dit was de medewerkers op 14 april 2011 schriftelijk meegedeeld onder gelijktijdige aanbieding van de functie thuishulp in FWG 10 aan de boventallige medewerkers. Door het vervallen van

de functies Thuishulp in FWG 15 en 20 werden alle werknemers in die functies boventallig, zodat aan afspiegeling niet werd toegekomen.

5. Ter opvang van de gevolgen voor de boventallige medewerkers werd op het lagere FWG 10-loon gedurende negen maanden een toeslag aangeboden die in stappen van drie maanden werd afgebouwd. Ook kon waar mogelijk extra gewerkt worden en er kwamen extra scholingsmogelijkheden. Met de ondernemingsraad waren afspraken gemaakt. Omdat met de vakbond geen afspraken gemaakt konden worden, was het sociaal plan opgeschort. Deze opschorting zou noodzakelijk zijn, omdat anders het schrappen van de functies thuishulp in FWG 15 en 20 geen financieel effect had.

Verzoek om nadere onderbouwing van de ontslagaanvraag

6. Het UWV liet ViVa! op 13 mei 2011 weten dat de aanvraag nog niet in behandeling kon worden genomen. ViVa! moest aanvullende stukken leveren en een groot aantal (51) vragen beantwoorden. Daarmee moest vooral meer duidelijkheid komen over het verschil tussen de nieuwe (vanaf 2011) en de oude thuishulpfunctie (voor 2011). Ook wilde het UWV weten of ViVa! de taken van Thuishulp A al per januari 2007 aangepast had aan de Wmo en de betrokkenen daarmee feitelijk dan al vanaf die datum de werkzaamheden van hulp bij huishouden 1 en 2 (HbH 1 en 2) verrichtten. Verder vroeg het UWV een toelichting op de financiële onderbouwing van de bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag, meer informatie over de uitwisselbaarheid van bepaalde functies en nadere uitleg over de opschorting van het sociaal plan.

Antwoorden ViVa!

7. ViVa! antwoordde op 23 mei 2011 onder meer dat de functie Thuishulp A op grond van overgangsbeleid niet al per 1 januari 2007 gewijzigd hoefde te worden. De taken van de Thuishulp A waren niet meteen aan de Wmo aangepast omdat de Wmo-werkzaamheden HbH 1 en 2 ook deel uitmaakten van de AWBZ-aanspraak op huishoudelijke verzorging. Verder verduidelijkte ViVa! de verschillen in de functieomschrijving van de oude en de nieuwe FWG 10, het verschil in werkzaamheden, verantwoordelijkheid en salariering van de verschillende oude en nieuwe functies en lichtte het toe waarom een aantal functies niet uitwisselbaar waren met de functie van Thuishulp A. Ook de FWG systematiek waarbij van ijkfuncties gebruik gemaakt wordt, werd nader toegelicht. Verder beantwoordde ViVa! vragen van het UWV over de sterke stijging van de personeelskosten ten opzichte van de opbrengsten en over de integrale opschorting van het sociaal plan. Bij de beantwoording van de vragen werden 17 bijlagen overgelegd waaronder de diverse functiebeschrijvingen, een functie-, vacature- en personeelsoverzicht en het overgangsprotocol huishoudelijke verzorging in verband met de invoering van de Wmo van 17 oktober 2006.

Nadere vragen van het UWV

8. Na ontvangst van deze antwoorden stelde de Arbeidsjuridische dienstverlening (AJD) van het UWV WERKbedrijf ViVa! op 31 mei 2011 nog een aantal nadere vragen.

9. De AJD wilde met name een nadere precisering van de verschillen in de huidige en oude functies. Uit de antwoorden met de bijlagen van ViVa! leidde de AJD namelijk af dat de "oude" functieomschrijvingen op een aantal punten niet of niet geheel voldeden aan de in de offerteaanvragen gestelde eisen en dat de nieuwe functieomschrijving van Thuishulp 2011 op een paar belangrijke punten ook niet geheel aansloot op de door ViVa! met de gemeente afgesproken activiteiten van HbH1 én HbH2. Vooral ten aanzien van HbH2 werden hogere eisen gesteld dan in de functieomschrijving Thuishulp 2011 genoemd werden. Het was de AJD niet duidelijk waarom de functie Thuishulp A kon vervallen. ViVa! moest nader toelichten en concreet onderbouwen waarom de functie van Thuishulp 2011 niet in overwegende mate als een voortzetting van de Thuishulp A-functie kon worden beschouwd. Ook wilde de AJD weten of het uitvoeren van de werkzaamheden in de omvang/diversiteit en op het niveau zoals aangegeven in de functieomschrijving Thuishulp 2011 voor de betreffende gemeenten acceptabel was. Bovendien moest ViVa! verduidelijken waarom in ieder geval de HbH2-werkzaamheden niet op het vereiste opleidingsniveau Thuishulp A verricht hoefden worden.

10. De AJD had uit de stukken ook afgeleid dat het aantal indicaties voor HbH2 werkzaamheden was afgenomen, maar niet geheel vervallen. Het HbH2 werk is hoger gekwalificeerd en werd tegen een hoger tarief geoffreerd dan HbH1 werkzaamheden. Het ligt dan voor de hand dat voor HbH2 werkzaamheden medewerkers met een hogere functie(inschaling) worden ingezet dan voor HbH1 werkzaamheden. De AJD ging er dan ook van uit dat medewerkers in de functie Thuishulp A (FWG 15) ingezet bleven worden voor HbH2-werkzaamheden en medewerkers in de functie Thuishulp (FWG 10) voor HbH1-werkzaamheden. ViVa! werd verzocht nader toe te lichten en cijfermatig te onderbouwen waarom het behoud van de arbeidsplaatsen van althans een deel van de Thuishulpen A niet haalbaar te achten was.

Reactie ViVa!

11. Volgens ViVa! was er geen reden om de aanvraag nog niet in behandeling te nemen. De aanvraag met 25 bijlagen en de aanvulling met opnieuw een groot aantal bijlagen en uitvoerige beantwoording van de vragen van de AJD moest voldoende zijn om in behandeling genomen te kunnen worden. Met het nieuwe uitstel van behandeling en door de wijze van vraagstelling wekte de AJD de indruk niet objectief te zijn. De telefonische toelichting van AJD dat deze handelwijze was ingegeven door de politieke gevoeligheid van de zaak, waardoor ook het hoofdkantoor van de AJD in Zoetermeer bij de procedure was betrokken, rechtvaardigde deze handelwijze niet.

12. ViVa! wees er op dat bij een ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden volgens de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (BOU) de ondernemer een zekere mate van

beleidsvrijheid heeft, zowel ten aanzien van het motief, als ten aanzien van de omvang van de personeelsreductie en de selectie van de functiecategorieën waarin ontslagen zullen gaan vallen. Het UWV mag op al deze aspecten slechts marginaal toetsen. Het besluit om alle functies van thuishulp in FWG 15 en 20 te laten vervallen en de functie van thuishulp in FWG 10 met eenzelfde aantal fte uit te breiden kon deze marginale toets volgens ViVa! doorstaan.

13. Volgens ViVa! mocht zij zelf bepalen met welke medewerkers zij de met de gemeenten gecontracteerde HbH1 en HbH2 werkzaamheden liet verrichten. Deze werkzaamheden kunnen zowel door Thuishulpen A (vergelijkbaar met FWG 15 en 20) als Thuishulpen (FWG 10) verricht worden. Dit gebeurde in de praktijk ook en naar tevredenheid van gemeenten en cliënten. ViVa! verwees in dat verband naar het antwoord in de gemeenteraad van de verantwoordelijke wethouder in Haarlem op vragen van de SP-raadsfractie. Deze wethouder zei onder meer dat er onduidelijkheid bleek te bestaan over de toepassing van de functiewaarderingsystematiek in de cao-vvt, maar dat de gemeente in dit meningsverschil geen rol speelde. Daarover moesten werkgevers en werknemers zelf maar duidelijkheid zien te krijgen. Pas als na een rechterlijke uitspraak onomstotelijk vast zou komen te staan dat inschaling in FWG 10 niet in overeenstemming met de functiewaarderingsystematiek uit de cao-vvt was, zou de gemeente handelen conform de raamovereenkomst. Verder merkte de wethouder op dat de levering van hulp in het huishouden anders dan in eerdere jaren uitstekend verliep. Er waren geen wachtlijsten en de cliënten waren tevreden.

ViVa! herhaalde dat de functie Thuishulp extern was gewogen in FWG 10 door een gecertificeerde deskundige. Het inzetten van Thuishulpen A was mogelijk, maar niet noodzakelijk en veel duurder. Daarnaast gingen gemeenten steeds lager indiceren. Veel cliënten die voorheen HbH2 geïndiceerd waren, werden nu HbH1 geïndiceerd. Door de gemeente Haarlem werd zelfs nagedacht over een andere, lagere HbH-variant.

14. ViVa! stelde voorts dat een functieomschrijving geen gedetailleerde opsomming is van alle taken en activiteiten zoals die in de bestekken worden vermeld. Bovendien verschilden de bestekken van de diverse gemeenten. ViVa! mocht bij een functieomschrijving ook de praktijk betrekken bij het opstellen van de functiebeschrijving. De functieomschrijving Thuishulp 2011 deed recht aan de feitelijke vraag van de gemeenten naar HbH1 en HbH2 op basis van de diverse bestekken. De functie van Thuishulp A, meer een regiefunctie die meer sociale vaardigheden vergt dan de signalerende functie van Thuishulp 2011, zou verdwijnen.

15. Op de vraag waarom het behoud van de arbeidsplaatsen van de Thuishulpen A niet haalbaar was, antwoordde ViVa! dat er met opbrengstgemiddelden werd gewerkt, omdat op HbH1 en HbH2 werkzaamheden zowel Thuishulpen A als Thuishulpen werden ingezet. Per uur leverde dat per regio de volgende negatieve resultaten op: Haarlem - € 3,00, IJmond - € 1,56 en Castricum - € 3,82.

Wat betreft de vraag naar de het verschil in kosten tussen het inzetten van Thuishulpen A vergeleken met de inkomsten voor HbH2, merkte ViVa! op dat naast de loonkosten er ook overheadkosten zijn. Het verschil tussen het tarief HbH2 en de kostprijs voor Thuishulp A bedroeg per uur voor Haarlem - € 2,35, voor IJmond - € 0,61 en voor Castricum - € 0,72. Daarbij kwam dat in het aanbestedingsgebied waar de afname van het HbH2 percentage het grootste was, Haarlem e.o., het grootste verlies per uur werd geleden op HbH2 als daar Thuishulpen A voor werden ingezet.

16. De AJD nam de aanvraag hierna in behandeling en zond deze op 20 juni 2011 voor verweer aan (de gemachtigden van) de betrokken werknemers met de opmerking dat het antwoord op de vraag of de functie Thuishulp 2011 al dan niet terecht in FWG 10 was ingedeeld een rechtsvraag is die alleen door de rechter beantwoord kan worden. Dit naar aanleiding van berichten in de media dat de vakbonden het standpunt innamen dat de werkzaamheden in FWG 15/20 feitelijk niet waren vervallen. Het UWV zou wel toetsen of de bedrijfseconomische noodzaak voor het vervallen van de arbeidsplaatsen in functiegroep 15 en 20 en het vervangen daarvan door arbeidsplaatsen in functiegroep 10 aannemelijk was gemaakt. Die noodzaak wordt door UWV aanwezig geacht als de hiermee verband houdende werkzaamheden komen te vervallen en herplaatsing van de voor ontslag voorgedragen werknemers niet mogelijk is.

Het verweer van Abva Kabo

17. Namens een groot aantal werknemers van ViVa! voerde AbvaKabo FNV op 4 juli 2011 verweer. Er werd voorop gesteld dat volgens artikel 4.1 lid 1 van het Ontslagbesluit een werkgever aannemelijk moet maken dat er een of meer arbeidsplaatsen moeten vervallen. Het werk bleef bij ViVa! echter in dezelfde vorm en omvang aanwezig. Nu de opzegging van de werkgever niet gericht was op beëindiging van het dienstverband, maar op een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden, werd het UWV feitelijk gevraagd zich uit te spreken over de redelijkheid van een wijzigingsvoorstel én over de vraag of een werknemer zo'n voorstel redelijkerwijs moet accepteren. Die beslissingsbevoegdheid heeft het UWV niet. Arbeidsvoorwaardenvorming is een zaak van de sociale partners of individuele contractpartijen. Volgens de vakbond had de ontslagaanvraag daarom niet in behandeling genomen mogen worden.

18. Zou er wel sprake zijn geweest van een reorganisatie met verval van functies, dan hadden de werknemers op grond van het sociaal plan een schriftelijke bevestiging van hun plaatsing in de functie Thuishulp 2011 moeten krijgen met een functiebeschrijving, de arbeidsvoorwaardelijke consequenties en een bezwaarclausule.

Het moet volgens de toelichting op artikel 4.1 Ontslagbesluit aannemelijk zijn dat de werkgever geen herplaatsingsmogelijkheden heeft. Omdat alle voor ontslag voorgedragen werknemers gevraagd zijn akkoord te gaan met de functie Thuishulp 2011 waren er herplaatsingsmogelijkheden. Als die er zijn dan wordt volgens hoofdstuk 20 van de BOU

de bedrijfseconomische reden voor het ontslag niet aannemelijk geacht. Als herplaatsing niet mogelijk was, dan had ook het afspiegelingsbeginsel toegepast moeten worden. ViVa! had nu een eigen ontslagvolgorde gecreëerd; wie weigerde te tekenen voor minder salaris werd ontslagen. Dit is in strijd met de ontslagregels.

19. Doordat de werkgever stelde dat de functie verviel, maar de betrokken werknemers in strijd met het sociaal plan niet in een andere functie werden geplaatst, werd de werknemers de mogelijkheid van bezwaar bij de bezwarencommissie onthouden. Het eenzijdig opschorten van het sociaal plan door ViVa! betekende niet dat het niet meer van toepassing zou zijn. Als een contractpartij onder contractuele verplichtingen uit wil, dan moet de rechter daarover beslissen en niet op verkapte wijze het UWV door middel van een ontslagaanvraag. De instemming van de ondernemingsraad met de adviesaanvraag, betekende niet dat de werknemers daar automatisch aan gebonden zijn.

20. Volgens de vakbond zou er ook sprake kunnen zijn van de herwaarderingsprocedure volgens hoofdstuk 11 van de toepasselijke cao. Dit speelt bij een wezenlijke verandering van de functie-inhoud, bijvoorbeeld als functie-inhoud en/of functie-eisen niet meer aansluiten bij de functie of het niveau. Ook bij deze procedure is er de mogelijkheid van bezwaar (via werkgever Interne Bezwarencommissie FWG de Landelijke Bezwaren Commissie (LBC) en kantonrechter).

21. De werkgever stelde dat hoofdstuk 11 van de cao niet van toepassing was, omdat de functiebeschrijvingen slechts in lijn gebracht werden met de werkzaamheden van de thuishulpen. Hierbij sprak ViVa! zich echter tegen. Aan de ene kant werd gesteld dat de werknemers ook na 1 januari 2007 de zorg bleven verlenen als voorheen en was er geen wezenlijke verandering van functie-inhoud en/of functie-eisen. Aan de andere kant moest wel de functiebeschrijving en waardering aangepast om de lonen te kunnen verlagen. ViVa! had bovendien nooit met de werknemers gesproken over wijziging van de functie-inhoud. Er is alleen over bezuinigingsmaatregelen gesproken. Als er wel sprake geweest zou zijn van wijziging van werkzaamheden dan had ViVa! de cao-procedure moeten volgen in plaats van dit indirect aan het UWV voor te leggen.

22. Met haar handelwijze maakte ViVa! het de werknemers vrijwel onmogelijk om de eenzijdige functiewijziging/salarisverlaging aan de rechter voor te leggen. Onder verwijzing naar de door ViVa! aangehaalde opmerkingen van de Haarlems wethouder (zie hierboven onder 13) merkte de vakbond op dat in het citaat door ViVa! welbewust een passage was weggelaten. De wethouder had ook gezegd:

“Dit betekent dat de gemeente de aanbieders in dat geval zal aanspreken op de vereisten uit het bestek en de raamovereenkomst. De gemeente moet de aanbieders dan in de gelegenheid stellen alsnog aan de vereisten te voldoen. Pas wanneer aanbieders daartoe niet bereid of in staat zijn, kan de gemeente besluiten tot ontbinding van de raamovereenkomst.”

Omdat ViVa! er alles aan deed om te voorkomen dat er een uitspraak van een rechter of commissie kwam, werden ook de gemeenten gedupeerd. Zij konden nu niet weten of er conform de cao vvt werd betaald en zij konden ViVa! dus ook niet aanspreken op de vereisten.

23. De ingeschakelde FWG- adviseur leek de functie toegeschreven te hebben naar de door de werkgever gewenste situatie. Hij had niet met werknemers gesproken en leek alleen af te zijn gegaan op de door ViVa! verstrekte informatie. ViVa! had de functieomschrijvingen in lijn met het door ViVa! gewenste salaris gebracht, zonder de werknemers de mogelijkheid van bezwaar te bieden. De vakbond had overigens zelf ook de functie Thuishulp 2011 door een FWG-adviseur laten wegen en die kwam tot een heel andere conclusie. De functie zou volgens deze adviseur vooral ook vanwege de signaleringsfunctie van de thuishulp gewaardeerd moeten worden in FWG 20.

24. ViVa! zou zich bewust tegen een bodemtarief hebben ingeschreven om de opdracht te verkrijgen en stelde vervolgens dat de gewenste zorg niet meer geleverd kan worden tegen de tarieven uit de aanbesteding. ViVa! had de cliënten laten weten dat de gemeenten te weinig betaalden. De gemeenten informeerden de cliënten daarop dat er voldoende betaald werd om kwalitatief hoogwaardig hulp te kunnen verlenen. Nu ViVa! de strijd met de gemeenten niet kon winnen, koos zij er volgens AbvaKabo voor deze verder over de rug van de werknemers uit te vechten.

25. De AbvaKabo betwijfelde ook of ViVa! voldoende andere maatregelen in overweging had genomen om het cluster HZ financieel gezonder te maken. ViVa! was te snel overgegaan tot het opheffen van de thuishulpfuncties 15 en 20 en leek een aantal andere minder vergaande maatregelen om tot kostenreductie te komen, niet overwogen te hebben.

26. De vakbond concludeerde dat ViVa! vooral de vraag aan het UWV voorlegde of in redelijkheid van haar gevraagd kon worden het salaris op niveau FWG 15/20 aan de thuishulpen te blijven betalen. Deze vraag hoort echter niet door het UWV maar door de rechter of de Cao bezwarencommissie beantwoord te worden. ViVa! had er echter alles aan gedaan om te voorkomen dat de werknemers van de juiste procedures gebruik konden maken. Daarmee maakte ViVa! oneigenlijk gebruik van het ontslagrecht.

De bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag was niet aannemelijk gemaakt en bovendien waren de regels uit het Ontslagbesluit geschonden.

Ontslagvergunning verleend

27. Na unaniem positief advies van de ontslagcommissie verleende het UWV op 21 juli 2011 toestemming voor het ontslag. Er werd opgemerkt dat de aanvraag in behandeling genomen kon worden nadat vastgesteld was dat de aanvrager aan de vormvereisten van

artikel 4:1 en 4:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) had voldaan. Vervolgens werd aangegeven dat de bedrijfseconomische noodzaak voor het treffen van kostenbesparende maatregelen aannemelijk gemaakt was en dat de eerder genomen maatregelen onvoldoende waren gebleken. Verder was aannemelijk gemaakt dat de overheveling van de thuiszorg van de AWBZ naar de Wmo er toe had geleid dat vooral het 'zorg'deel van de werkzaamheden was komen te vervallen. Deze werkzaamheden werden verricht door de Thuishulp A. Sindsdien worden de medewerkers in de functie Thuishulp A ingezet op de overgebleven werkzaamheden. Dit betreft alleen nog thuishulp. Deze thuishulpwerkzaamheden worden verricht door medewerkers zowel in de functie Thuishulp als de functie Thuishulp A. Aannemelijk was gemaakt dat Viva! om bedrijfseconomische redenen niet meer in staat was om deze situatie te continueren en daarom de inrichting van de organisatie wilde wijzigen waardoor de functie Thuishulp A kwam te vervallen. Volgens het UWV kon ViVa! in redelijkheid tot deze beslissing komen. De vraag of ViVa! daarmee in strijd met de bestekken van de gemeenten had gehandeld, behoort niet tot het beoordelingskader van ontslagaanvragen. De vraag of ViVa! in strijd met de toepasselijke cao of het sociaal plan gehandeld had, behoorde niet tot de taak en bevoegdheid van het UWV.

28. Over het afspiegelingsbeginsel merkte het UWV op dat wordt uitgegaan van toepassing per categorie uitwisselbare functies binnen een bedrijfsvestiging en van uitwisselbare functies die naar functie-inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en competenties vergelijkbaar en naar niveau en beloning gelijkwaardig zijn. Voor de beoordeling van de uitwisselbaarheid vormen de formele functieomschrijvingen in beginsel het uitgangspunt. Bij de oude functie Thuishulp A stond als (kern)taak een regierol die ontbreekt in de functieomschrijving Thuishulp 2011. Ook waren bij de functie Thuishulp A meer sociale vaardigheden en een hoger opleidingsniveau vereist dan bij de functie Thuishulp 2011. Op die grond stelde het UWV vast dat de functies op functie-inhoud, kennis en vaardigheden zodanig verschilden dat in samenhang bezien de functies Thuishulp A en Thuishulp 2011 niet uitwisselbaar waren. De factor beloning acht UWV daarbij van ondergeschikt belang. Aan het afspiegelingsbeginsel werd dan ook niet toegekomen.

Over het verschil in loonwaardering waarover partijen van mening verschilden, mocht het UWV zich niet uitlaten. De staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport had in antwoord op Kamervragen op 5 juli 2011 laten weten dat het niet aan het UWV WERKbedrijf is om te oordelen of voor de resterende werkzaamheden de indeling in functiegroep 10 passend is.

Klacht bij UWV

29. De AbvaKabo diende op 15 mei 2012 bij het UWV een klacht in. De ontslagaanvraag had niet in behandeling genomen mogen worden wegens onbevoegdheid om over de arbeidsvoorwaarden van werknemers te oordelen en voorts wegens strijd met diverse

behoorlijkheidsvereisten. Ter onderbouwing verwees de AbvaKabo naar 18 beschikkingen van de kantonrechter Haarlem van 19 december 2011 in ontbindingsverzoeken van ViVa! voor thuishulpen die vanwege arbeidsongeschiktheid niet opgezegd konden worden. De kantonrechter had na een hoorzitting geoordeeld dat ViVa! niet aannemelijk had gemaakt dat de functie Thuishulp A vervallen was, en als de functie wel vervallen zou zijn, dan was deze volgens de kantonrechter wel uitwisselbaar met de functie Thuishulp 2011. De kantonrechter heeft zowel werkgever als werknemers tijdens de hoorzitting uitgebreid bevestigd en kwam daarbij tot de conclusie dat de medewerkers feitelijk grotendeels hetzelfde bleven doen. Het UWV had volgens de vakbond in ieder geval na het verweer van de werknemers een tweede ronde van hoor en wederhoor voor het inwinnen van nadere informatie moeten inlassen.

30. De motivering van het UWV dat de thuishulpen die al in FWG 10 betaald kregen de werkzaamheden naar behoren vervulden, was niet relevant voor de vraag of een functie al dan niet vervallen is. Ook vond de AbvaKabo dat het UWV voor het onderzoek naar de uitwisselbaarheid van functies niet zonder meer had mogen uitgaan van de juistheid van de formele functiebeschrijvingen zoals die door ViVa! werden overgelegd. Door de werknemers waren die functiebeschrijvingen immers betwist. Volgens de vakbond was het in strijd met het beginsel van fair play om geen nader onderzoek te doen als de reactie van de werknemers aanleiding geeft tot twijfel. Uit hoofdstuk 12 paragraaf 7 van de BOU volgt dat wanneer de functiebeschrijving sterk afwijkt van de feitelijke situatie, bij de beoordeling betrokken moet worden hoe de functie in de praktijk wordt uitgeoefend. Volgens datzelfde hoofdstuk kan na het verweer van de werknemer geconcludeerd worden of de verstrekte beschrijving gevolgd kan worden of dat nader onderzoek door het UWV nodig is. Van een dergelijk nader onderzoek is door het UWV geen sprake geweest, terwijl de kantonrechter op dit punt juist wel doorgevraagd had en de waarheid boven tafel had gekregen.

31. AbvaKabo vond dat het UWV op geen enkele wijze zijn conclusie onderbouwd had dat ViVa! aannemelijk had gemaakt dat de functie-inhoud was veranderd door het vervallen van de regiefunctie. Terwijl de kantonrechter juist op basis van het onderzoek ter zitting tot de conclusie was gekomen dat die regiefunctie niet vervallen was.

Ook de conclusie van het UWV dat er andere opleidingseisen golden achtte de vakbond onvoldoende onderbouwd. De ontslagbeschikking ontbeerde voorts een deugdelijke motivering omdat er niet duidelijk uit blijkt hoe tot de beslissing gekomen is en welke invloed het verweer van de werknemers op de beslissing heeft gehad. Verder leek het of meerdere standpunten van de werkgever zonder meer als juist waren overgenomen, waardoor de schijn van partijdigheid werd gewekt. Die schijn werd versterkt door dat het UWV enerzijds stelt dat het niet zijn taak is om te toetsen of in strijd met de cao of het sociaal plan is gehandeld en zich ook niet uit spreekt over de vraag of de functie Thuishulp 2011 terecht in FWG 10 is gewaardeerd, maar anderzijds wel uitgaat van de juistheid van de standpunten van ViVa! hierover.

UWV-klachtbehandeling

32. Het UWV oordeelde de klacht van de AbvaKabo op alle onderdelen ongegrond. Er was zorgvuldig onderzoek gedaan, waarbij met de belangen van alle betrokkenen rekening gehouden was. Door eerst diepgaand onderzoek in te stellen naar de beweegredenen voor de reorganisatie, werden de betrokken werknemers vervolgens in staat gesteld om adequaat verweer te voeren. Op basis van alle beschikbare informatie kon na ontvangst van het verweer, een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen plaatsvinden. De inhoud van de verweerschriften riep geen vragen op in relatie tot de door werkgever aangevoerde feiten en omstandigheden, die relevant waren voor het nemen van een zorgvuldige beslissing

33. Onder verwijzing naar wet en regelgeving lichtte het UWV toe waarom de ontslagaanvraag gelet op de beschikbare gegevens met inachtneming van het toetsingskader in behandeling genomen kon en moest worden en waarom de beslissing voldoende gemotiveerd was. Het UWV moet vaststellen of de aanvrager van een ontslagvergunning aan de vereisten van artikel 4.2 Awb heeft voldaan. Dat had het UWV vastgesteld. Vervolgens moest getoetst worden of het structureel vervallen van de arbeidsplaatsen van werknemers op bedrijfseconomische grond noodzakelijk was. Verder moest het afspiegelingsbeginsel getoetst worden en beoordeeld worden of herplaatsing mogelijk was. De Beleidsregels schrijven voor dat het UWV voor de beoordeling van de ontslagaanvraag over een aantal relevante gegevens dient te beschikken voordat een ontslagaanvraag in behandeling kan worden genomen. Volgens het UWV beschikte het over voldoende gegevens om conform hoofdstuk 7 van de BOU de bedrijfseconomische redenen te kunnen beoordelen, nadat het verweer van de werknemers en het advies van de vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersorganisaties was ontvangen. Gebleken was dat in de ontslagbeschikking de door beide partijen ingenomen standpunten waren weergegeven en er was gemotiveerd hoe de standpunten met inachtneming van het beoordelingskader voor het nemen van de beslissing zijn meegewogen. De motivering van de ontslagbeslissing voldeed dan ook aan het vereiste van artikel 3:46 Awb, hij was deugdelijk

34. Het UWV vond dat het vereiste van zorgvuldige informatieverwerving niet geschonden was door het ontbreken van een tweede ronde van hoor en wederhoor. Een tweede ronde was niet nodig omdat de werkgever uitvoerig en in twee rondes bevraagd was voordat de aanvraag in behandeling genomen werd. De vragen gingen vooral over de uitwisselbaarheid van de functies en de ontwikkelingen die de Wmo-invoering voor de te verrichten werkzaamheden had. Bij het doorsturen van de aanvraag aan de werknemers had het UWV gemeld dat in de UWV-procedure niet de rechtsvraag kan worden beantwoord of de functie Thuishulp 2011 al dan niet terecht in FWG 10 was ingedeeld, maar dat wel marginaal getoetst kan worden of de bedrijfseconomische noodzaak bestaat tot het vervallen van de arbeidsplaatsen in functiegroep 15 en 20. Op grond van artikel 2:2 lid 2 Ontslagbesluit kan overgegaan worden tot een tweede ronde. Het UWV vond dat niet

nodig omdat het verweer in relatie tot de door de werkgever aangevoerde feiten en omstandigheden geen nieuwe vragen oproep én de Ontslagcommissie unaniem tot afgifte van de vergunningen had geadviseerd, waarbij zij van oordeel was dat er geen reden was om te adviseren een tweede ronde van hoor en wederhoor in te stellen.

Dit gold ook voor de uitwisselbaarheid van functies. In hoofdstuk 12 (uitwisselbaarheid functies), paragraaf 7, alinea 4 BOU is het UWV een bevoegdheid gegeven om na het verweer van de werknemers op de aangegeven functieomschrijving al dan niet te besluiten om de functieomschrijving te volgen, dan wel nader onderzoek te verrichten. Na het eerste verweer beschikte het UWV over voldoende informatie om te kunnen oordelen over de uitwisselbaarheid van de functies.

35. Het UWV verwierp de klacht dat bevoegdheid misbruikt zou zijn bij het behandelen van deze ontslagaanvraag. De ontslagaanvraag is conform wet- en regelgeving in behandeling genomen. De vraag in hoeverre er sprake is van verval van functies/werkzaamheden behoort tot de inhoudelijke beoordeling van de ontslagaanvragen. Er was dan ook geen sprake van het gebruiken van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor het gegeven was. Of de werkgever in strijd met de cao handelde en slechts verslechtering van arbeidsvoorwaarden beoogde, staat niet ter beoordeling van het UWV. Het UWV is verplicht om te beslissen op een ontslagaanvraag die de toets doorstaat van de criteria uit het Ontslagbesluit.

36. Er was volgens het UWV geen sprake van een motiveringsgebrek in de ontslagbeslissing. De standpunten van beide partijen waren duidelijk weergegeven en er was deugdelijk gemotiveerd waarom het UWV na weging van die standpunten tot de conclusie kwam dat de functie Thuishulp A was komen te vervallen. Het standpunt van het UWV dat van de functieomschrijvingen uitgegaan kon worden, volgde na een analyse van de overgelegde stukken en het verweer van de werknemers en dat hoort het UWV bij het nemen van een besluit op een ontslagaanvraag te doen. Er was dan ook geen sprake van (schijn van) partijdigheid. Dat de werknemers van mening zijn dat in de praktijk van de dienstverlening aan cliënten toch Thuishulp A werk door Thuishulpen verricht zou worden, is niet ter beoordeling van het UWV. Het is in beginsel de beleidsvrijheid van de ondernemer om te bepalen welke werknemers in welke functie hij voor het verrichten van bepaalde werkzaamheden inzet

37. De ontslagvergunning kon volgens het UWV niet met de beschikking van de kantonrechter vergeleken worden. Het UWV en de kantonrechter hebben ieder een eigen toetsingskader en procedure die zij moeten volgen. Dat kan tot een verschillende beslissing leiden. Dat wil echter niet zeggen dat het UWV onjuist heeft gehandeld.

Klacht bij Nationale ombudsman

38. Op 31 mei 2013 ontving de Nationale ombudsman van AbvaKabo een verzoek om te onderzoeken of de ontslagprocedure en de klachtafhandeling de behoorlijkheidstoets konden doorstaan. Onder meer werd gevraagd te onderzoeken of het UWV zich niet te terughoudend had opgesteld ten aanzien van de vraag of de functies van huishulp in FWG 15 en 20 waren vervallen. Daarnaast vond AbvaKabo dat het UWV onvoldoende informatie had vergaard voorafgaande aan de beslissing. Dat een tweede ronde van hoor en wederhoor niet nodig was omdat het verweerschrift volgens het UWV in samenhang met de door ViVa! aangeleverde informatie geen vragen meer opriep, overtuigde niet. In het verweer van de werknemers zaten genoeg punten die nog om een toelichting vroegen. Dat het UWV de werkgever in de voorfase uitvoerig bevroegd had en meende daarmee voldaan te hebben aan zijn onderzoekplicht, vond de vakbond oneerlijk en onzorgvuldig. Het werd ook onwaarschijnlijk geacht dat alle verweerpunten, vragen en tegenstrijdigheden door de in de voorfase verkregen informatie weerlegd, beantwoord en toegelicht waren.

39. Verder was in de klachtafhandeling niet goed ingegaan op het argument van de vakbond dat de manier waarop een functie in de praktijk wordt uitgeoefend bij de beoordeling betrokken moet worden als de functiebeschrijving sterk afwijkt van de feitelijke situatie. Volgens het UWV kon volstaan worden met de gedetailleerde in de voorfase verkregen informatie om tot een oordeel te komen, terwijl uit hoofdstuk 12 van de Beleidsregels nu juist volgt dat er uitgegaan moet worden van de informatie van beide partijen.

40. Dat de keuze om in het kader van een reorganisatie functies te laten vervallen tot de beleidsvrijheid van de ondernemer behoort en daarom slechts terughoudend getoetst wordt, volgde volgens AbvaKabo niet uit het Ontslagbesluit en de BOU. Het UWV heeft niet deugdelijk gemotiveerd waarom aannemelijk gemaakt was dat de overheveling van de thuiszorg naar de Wmo in 2007 geleid had tot een wijziging in de werkzaamheden. ViVa! had immers zelf gesteld dat de werknemers ook na 1 januari 2007 dezelfde zorg bleven verlenen als voorheen en de werknemers hadden in hun verweer onderbouwd dat de werkzaamheden hetzelfde zijn gebleven. Uit de ontslagvergunning bleek niet of en in hoeverre het standpunt van de werknemers is meegewogen. Feitelijk had ViVa! thuiszorgwerkzaamheden altijd laten verrichten door huishulpen in de FWG 10, 15 en 20. Dit werd te duur en daarom besloot ViVa! iedereen voortaan in FWG 10 te betalen. Voor het UWV had echter duidelijk moeten zijn dat er hier geen sprake was van het vervallen van arbeidsplaatsen. Ontslag is dan niet aan de orde.

41. AbvaKabo verweet het UWV ook dat het de eenzijdig door ViVa! opgestelde functiebeschrijvingen als vaststaand feit accepteerde en niets deed met de argumenten van de werknemers dat deze functiebeschrijvingen niet klopten.

42. Het standpunt van het UWV dat een vergelijking met de beschikkingen van de kantonrechter niet relevant was vanwege het verschil in toetsingskader en procedure, klopte niet. AbvaKabo had de beschikkingen juist ingebracht omdat de kantonrechter

dezelfde toets had uitgevoerd als de toets die het UWV op grond van de BOU moet uitvoeren. Namelijk de toets over de vraag of de werkzaamheden waren vervallen. Daarom kon de beschikking van de kantonrechter wel vergeleken worden met de beslissing van het UWV. De kantonrechter had gedaan wat het UWV ten onrechte had nagelaten; een zorgvuldig onderzoek ter zitting waarbij beide partijen bevroegd werden, afgerond met een beschikking waarin de standpunten van beide partijen betrokken waren.

43. In aanvulling op deze klacht liet AbvaKabo de Nationale ombudsman telefonisch nog weten vooral te hechten aan het antwoord op de vraag of het UWV zich zo terughoudend mocht opstellen ten aanzien van de vraag of de functies waren vervallen. Dat zou namelijk betekenen dat werkgevers een erg makkelijke manier kregen om de arbeidsvoorwaarden van werknemers te verslechteren. In een e-mail verwees de AbvaKabo in dit verband nog naar een artikel in het Tijdschrift Arbeidsrecht over het wijzigingsontslag (TRA 2011/14). In een aanvullende e-mail bekleemtoonde AbvaKabo dat ViVa! met de ontslagaanvraag niet beëindiging van de dienstverbanden had beoogd, maar verslechtering van de arbeidsvoorwaarden. Met de in behandeling name had het UWV de juiste procedures voor de werknemers om dit te betwisten (sociaal plan, Cao, rechter) afgesneden. De werknemers werden hiermee belangrijke rechten ontnomen, terwijl ook volgens de BOU ontslag het laatste redmiddel behoort te zijn. De kantonrechter had dan ook terecht geoordeeld dat (dreiging met) ontslag niet de juiste weg is om het door de werkgever gewenste doel te bereiken.

43. Bij wijze van vooronderzoek verzocht de Nationale ombudsman het UWV om inzage van het volledige dossier in de ViVa! zaak. Na telefonisch overleg ontving de Nationale ombudsman op 19 september 2013 een volledig ontslag- en klachtdossier.

Onderzoek formeel geopend

44. Na bestudering van het dossier werd het onderzoek formeel op 20 maart 2014 door de Nationale ombudsman geopend. Het UWV en AbvaKabo ontvingen een verslag van de bevindingen uit dit dossier opgemaakt en werden in de gelegenheid gesteld op deze bevindingen te reageren. Aan het UWV werden ook nog vragen gesteld.

45 De vakbond liet de Nationale ombudsman op 15 april 2014 weten geen opmerkingen over de bevindingen te hebben anders dan dat beperkte klachtformulering betreurd werd. De AbvaKabo zag graag dat de Nationale ombudsman ook de klacht zou onderzoeken dat het UWV zijn bevoegdheid te buiten was gegaan met het in behandeling nemen van de ontslagaanvraag, omdat deze aanvraag in feite niet de beëindiging van de dienstverbanden beoogde, maar de verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers.

Reactie UWV

46. Het UWV reageerde op 8 mei 2014 op de klacht van de AbvaKabo en de bevindingen en vragen van de Nationale ombudsman. De Nationale ombudsman werd gevraagd zijn bevindingen op een aantal punten aan te vullen, aan welk verzoek gehoor werd gegeven.

47. Op de klacht van de AbvaKabo dat het UWV ten onrechte had nagelaten zijn verweren nader te onderzoeken tijdens een hoorzitting reageerde het UWV dat de vakbond daarmee voorbij ging aan het feit dat de procedures verschillend zijn. De UWV-procedure is in beginsel schriftelijk waarbij de werknemer net als de werkgever direct al zijn kaarten in het schriftelijke verweer op tafel legt. De werknemer mag er niet op vertrouwen dat er nog een tweede ronde of mondelinge behandeling komt. De ontbindingsprocedure is heel anders vormgegeven. Het verzoek tot ontbinding wordt schriftelijk ingediend, waarna werkgever en werknemer worden opgeroepen voor een mondelinge behandeling ter zitting van de kantonrechter. Het zwaartepunt ligt bij de mondelinge behandeling. De werknemer kan tevoren wel een schriftelijk verweer indienen, maar hoeft dit niet. Daarin verschilt de kantonrechterprocedure wezenlijk van de UWV-procedure.

48. Uit de beschikking van de kantonrechter Haarlem bleek dat ViVa! haar ontbindingsverzoek slechts summier had gemotiveerd en onderbouwd. Ook bleek dat de kantonrechter grote waarde hechtte aan een ter zitting afgelegde verklaring van een regiomanager dat de functiebeschrijvingen wel waren veranderd, maar dat de medewerkers nog grotendeels hun oude werk verrichtten. Een dergelijke verklaring is niet in de UWV-procedure ingebracht. Dat betekent niet dat het UWV fout en de kantonrechter juist gehandeld heeft, maar dat er sprake was van verschillende procedures waarin ook verschillende stukken zijn ingebracht. Het UWV verwees ook naar een beschikking van de kantonrechter te Rotterdam van 29 november 2013 die in een vergelijkbare zaak tot een heel andere conclusie kwam dan de kantonrechter Haarlem.

De kantonrechter Rotterdam gaf aan dat vanwege de grote beleidsvrijheid van de werkgever ten aanzien van de inrichting en de organisatie van haar bedrijf hij beslissingen zoals om bepaalde werkzaamheden of bepaalde functies in het kader van reorganisatie te laten vervallen slechts marginaal toetst. Alleen als gezegd zou moeten worden dat de werkgever in redelijkheid niet tot haar beslissing heeft kunnen komen, past een rechterlijk oordeel. De kantonrechter Rotterdam vond dat de werkgever hier in redelijkheid heeft kunnen besluiten om een groot aantal medewerkers boventallig te verklaren en hen de functie van huishoudelijk hulp aan te bieden. Daarbij was van belang dat de werkgever onweersproken heeft gesteld dat de indicatiestellingen vanuit de gemeenten en de daaraan gekoppelde vergoedingen gewijzigd zijn en dat in de nieuwe constellatie vooral behoefte bestaat aan huishoudelijke hulpen.

49. Op de vraag van de Nationale ombudsman wat de reden was om na de uitvoerig gemotiveerde ontslagaanvraag met 25 bijlagen aan de werkgever nog meer vragen te stellen in plaats van te wachten met het stellen van eventuele nadere vragen na ontvangst van het verweer van de werknemers, antwoordde het UWV als volgt:

"UWV neemt een aanvraag pas in behandeling als deze compleet is. Dat betekent dat UWV bij de ontvangst van de aanvraag allereerst vaststelt welke ontslagreden de werkgever aan de aanvraag ten grondslag heeft gelegd. Vervolgens gaat UWV op basis van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels ontslagtaak UWV na of op alle punten van het relevante toetsingskader voldoende informatie aanwezig is om de aanvraag te kunnen beoordelen. Ontbreekt relevante informatie, dan stelt UWV de werkgever in de gelegenheid de aanvraag op die punten aan te vullen. Dit volgt uit artikel 2:1 van het Ontslagbesluit. Artikel 4:5 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt hierover dat UWV daarna kan besluiten de aanvraag niet in behandeling te nemen als de aanvraag nog steeds onvolledig is.

UWV heeft ambtshalve een zelfstandige, actieve onderzoekplicht om te beoordelen of een aanvraag volledig is. Het is niet de bedoeling dat UWV een incomplete aanvraag in behandeling neemt en voor verweer aan de werknemer voorlegt. Het ligt dan ook niet in de rede om eventuele nadere vragen uit te stellen tot na het verweer van de werknemer. Dat zou tot extra stappen in de procedure en daarmee tot onnodige vertraging van de procedure kunnen leiden. Hiermee wordt tevens invulling gegeven aan de politieke opdracht aan UWV om ontslagprocedures zorgvuldig doch voortvarend af te handelen."

50. Op de vraag van de Nationale ombudsman of het uitgebreid bevragen van de werkgever in de voorfase, dat mede ingegeven zou zijn om adequater verweer te kunnen voeren, niet eerder leidde tot een beperking van de verweermogelijkheden en hoe dit zich tot een eerlijke en evenwichtige procedure kon verhouden antwoordde het UWV dat de uitgebreide bevraging bedoeld is om een onvolledige aanvraag aan te vullen. Daarmee kan deze vervolgens op alle punten van het toetsingskader beoordeeld worden. Het toetsingskader van het Ontslagbesluit en de uitwerking daarvan in de beleidsregels zijn daarvoor leidend. Volgens het UWV stuurden de vragen niet in een bepaalde richting en een uitgebreide bevraging van de werkgever in de voorfase was dan ook geenszins in strijd met een eerlijke en evenwichtige procedure.

Daarnaast had deze werkwijze ook voordelen voor de werknemer omdat de gestelde vragen de werknemer inzicht geven in het door het UWV gehanteerde toetsingskader. Omdat de werknemer zo weet wat belangrijk is en wat niet, kan hij heel gericht verweer voeren.

51. Op de vraag wat de rol van het hoofdkantoor van de AJD was geweest bij deze ontslagaanvraag in verband met de politieke gevoeligheid er van antwoordde het UWV het volgende:

"De aanvraag is behandeld en beoordeeld door AJD Eindhoven. De rol van het hoofdkantoor (landelijke afdeling) werd bepaald door het feit dat toentertijd in diezelfde periode in de Tweede Kamer vragen werden gesteld over de situatie in de thuiszorg bij ViVa! aan de Staatssecretaris van VWS en Minister van SZW. Aangezien er vanuit het

Ministerie van SZW vragen konden worden gesteld aan UWV over het collectieve ontslag bij Viva!, diende AJD hoofdkantoor volledig op de hoogte te zijn. Om die reden liet het hoofdkantoor zich door AJD Eindhoven permanent informeren over de voortgang van de aanvragen. Omgekeerd heeft het hoofdkantoor desgevraagd een toelichting aan AJD Eindhoven gegeven bij de beleidsregels van UWV.

Het is een goede regel dat bewindslieden niet treden in de behandeling van individuele gevallen. Zij hebben de Kamervragen over het collectieve ontslag bij Viva! daarom alleen in algemene zin beantwoord. Een voorbeeld hiervan staat ook in de beschikking. Het gaat om het gedeelte waarin wordt aangegeven dat de Staatsecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport mede namens de Minister van SZW op 5 juli 2011 Kamervragen beantwoordt en laat weten dat het niet aan UWV Werkbedrijf is om te oordelen of voor de resterende werkzaamheden de indeling in functiegroep 10 passend is.

Volgens de mandaatregeling UWV zijn zowel de landelijk manager AJD (hoofdkantoor) als de districtsmanager AJD bevoegd om namens de Raad van Bestuur van UWV op ontslagaanvragen te beslissen. Het collectieve ontslag van Viva! is behandeld door AJD Eindhoven. De districtsmanager van AJD Eindhoven heeft zelfstandig de beslissing genomen om toestemming te verlenen nadat de ontslagadviescommissie daartoe unaniem had geadviseerd. Gelet op dit unanieme, positieve advies had de districtsmanager van AJD Eindhoven geen aanleiding om advies over het te nemen besluit te vragen van het hoofdkantoor. Het hoofdkantoor heeft daarom geen rol gehad bij het besluit op de collectieve aanvraag. Overigens is de landelijk manager AJD dezelfde mening toegedaan als het districtshoofd heeft verwoord in de beslissing."

52. Op de vraag van de Nationale ombudsman of het UWV overwogen had om de ontslagaanvraag niet in behandeling te nemen in afwachting van een eventuele cao-functiewaarderingsprocedure reageerde het UWV als volgt:

"Uw vraagstelling suggereert dat er al een cao-procedure was gestart, terwijl daar in het geheel geen sprake van was. Wij lichten dit als volgt toe. Uit het dossier bleek dat Viva! een meningsverschil met de vakbonden had over toepassing van de cao. Dit betrof de door Viva! te volgen procedure om functies te herwaarderen. Viva! was van mening dat zij deze cao-procedure niet hoefde te voeren.

Op grond van de UWV beleidsregels kan het onder bijzondere omstandigheden redelijk zijn om een aanvraag even aan te houden (of een kort uitstel te geven voor een reactie) als bijvoorbeeld binnen afzienbare tijd een uitspraak van de rechter over een essentieel punt is te verwachten. Daarvan was in casu echter geen sprake. Er was zelfs nog geen procedure gestart om het meningsverschil over naleving van de cao op te lossen. Ook de vakbonden hadden hierover geen procedure bij de rechter gestart. Daarom was er voor UWV geen reden om de collectieve aanvraag (voorlopig) niet in behandeling te nemen in afwachting van de uitkomst van de cao-procedure.

UWV heeft in de klachtbehandeling aangegeven dat zij een beslissing dient te nemen op de ontslagaanvraag en daarbij toetst aan de criteria van het Ontslagbesluit die gelden voor de door de werkgever aangevoerde ontslagredenen. Een beoordeling anderszins behoort niet tot de mogelijkheden. UWV zou dan buiten het toetsingskader treden en dat is niet toegestaan."

Reactie AbvaKabo

53. Naar aanleiding van de antwoorden van het UWV op de vragen van de Nationale ombudsman liet de AbvaKabo weten geen probleem te hebben met een voorfase waarin de werkgever om aanvulling van een incomplete ontslagaanvraag wordt gevraagd, maar dat het er hier op leek dat het UWV met zijn bevraging verder ging dan noodzakelijk voor het enkel compleet maken van de aanvraag. Het was onbegrijpelijk dat aan de AbvaKabo na het verweer geen nadere vragen zijn gesteld. Het UWV had ook kunnen kiezen voor het stellen van de vragen aan ViVa! die noodzakelijk waren voor het compleet maken van het dossier en de eventueel nog resterende vragen te stellen na het verweer. De AbvaKabo benadrukte nogmaals dat door de manier waarop ViVa! in deze ontslagprocedure te werk was gegaan, het de werknemers onmogelijk was gemaakt om de geëigende juridische stappen tegen de functiewijziging en arbeidsvoorwaardenverslechtering te zetten.

54. Over de reactie van het UWV op de klacht merkte de vakbond op dat een hoorzitting niet per se nodig was, maar wel dat er een zorgvuldig (eventueel schriftelijk) onderzoek had moeten plaatsvinden waarbij getoetst werd of het werk feitelijk vervallen was. De vakbond verwierp ook de suggestie van het UWV dat het eerste verweer niet volledig zou zijn geweest, omdat op een tweede ronde gerekend zou zijn. Er was wel op een tweede ronde gerekend, maar om een andere reden, namelijk omdat de vakbond graag van de werkgever een reactie op het verweer wilde en van het UWV verwachtte dat dit de zaak van alle kanten zou bekijken.

55. Ten aanzien van het verschil in procedure tussen UWV en kantonrechter herhaalde AbvaKabo dat bij beide procedures onderzocht moet worden of de werkzaamheden feitelijk zijn vervallen. Dat onderzoek moet zorgvuldig gebeuren middels hoor en wederhoor en dat heeft de kantonrechter wel gedaan en het UWV nagelaten. Ook nu nog was onduidelijk in hoeverre de verweren van de werknemers onder andere ten aanzien van de salarisverlaging en de eenzijdige plaatsing op de "nieuwe" functie bij de besluitvorming meegewogen zijn.

Het verbaasde de vakbond dat het UWV niet tenminste bij ViVa! had nagevraagd waarom de gewijzigde functiebeschrijving en eenzijdige salarisverlaging niet in een voor bezwaar vatbaar besluit waren neergelegd. Dit laatste mede in verband met het aannemelijk moeten maken van het ontbreken van herplaatsingsmogelijkheden.

De opmerking van het UWV over het niet inbrengen van de ter zitting van de kantonrechter afgelegde verklaring van de regiomanager kon de vakbond niet plaatsen. Deze verklaring was immers verkregen juist doordat de kantonrechter doorvroeg. Als er een tweede ronde zou zijn ingelast, was een dergelijke verklaring wellicht ook verkregen in deze ontslagprocedure.

56. Over de door het UWV ingebrachte uitspraak van de rechtbank Rotterdam merkte de vakbond op dat deze zaken weliswaar op elkaar lijken, maar niet identiek zijn. De kantonrechter had daar na zorgvuldig onderzoek en na de vaststelling dat de werknemer diverse zaken onweersproken had gelaten, besloten dat niet gezegd kon worden dat de werkgever niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.

De vakbond is er mee bekend dat een werkgever een grote mate van beleidsvrijheid heeft, maar die vrijheid is niet grenzeloos. Volgens de vakbond had de kantonrechter Rotterdam in zijn uitspraak dan ook terecht aangegeven dat rechterlijk ingrijpen past indien de werkgever in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Ook het UWV dient volgens de vakbond een redelijkheidstoets uit te voeren ondanks de beleidsvrijheid van de werkgever en het UWV moet ook toetsen of de werkzaamheden zijn vervallen.

57. De vakbond concludeerde als volgt:

" AbvaKabo FNV blijft bij de eerder ingenomen standpunten zoals weergegeven in het ontslagverweer, de klacht zoals ingediend bij UWV en de klacht zoals ingediend bij de Nationale ombudsman. De tot op heden ontvangen reacties van UWV brengen daar geen wijziging in. AbvaKabo FNV blijft erbij dat UWV zich niet (indirect) had moeten uitlaten over een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden nu dit zaken zijn waarvan UWV zelf ook aangeeft dat zij daar niet over gaat. UWV heeft de taak de opzegging welke is gericht op de beëindiging van het dienstverband op redelijkheid te toetsen. De ontslagaanvraag was echter niet gericht op beëindiging van het dienstverband, maar op een wijziging/verslechtering van de arbeidsvoorwaarden. De handelwijze van UWV is in strijd met het BBA 1945 en het Ontslagbesluit.

Indien dergelijke ontslagprocedures algemeen geaccepteerd worden ontstaan chantagepraktijken. Dit geldt des te meer nu het om een volledig ontslag ging, en geen ontslag waarbij de werkgever reeds in de aanvraag een aangepaste arbeidsovereenkomst aanbood.

Daarbij wordt, indien dergelijke ontslagprocedures geaccepteerd worden, de rechtsbescherming die werknemers bij een eenzijdige wijziging van hun arbeidsovereenkomst toekomt, omzeild. Niet voor niets volgt uit jurisprudentie op grond van artikelen 7:611 en 7:613 BW dat werkgevers van zeer goede huize moeten komen wil

zo'n eenzijdige wijziging door de beugel kunnen. Er geldt een verzwaarde redelijkheidstoets bij een dergelijke wijziging en die toets wordt omzeild door de weg van ontslag te volgen. Ook de kantonrechter Haarlem heeft deze weg afgekeurd.

Los van bovenstaande procedurele gronden is en blijft AbvaKabo van mening dat de beslissing van het UWV op inhoudelijke gronden onjuist is en onvoldoende en ondeugdelijk gemotiveerd is. Er is geen sprake geweest van een gelijkwaardige, eerlijke en zorgvuldige ontslagprocedure."

2013.06420