Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ARBAC | Academie voor Arbeidsrecht

Citeerwijze van dit artikel:
mr. Vivian Bij de Vaate, 'Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM', *ARBAC* 2011, april-juni, DOI: 10.5553/ARBAC/.000001

DOI: 10.5553/ARBAC/.000001

Rechtsbescherming tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning bezien in het licht van art. 6 EVRM

mr. Vivian Bij de Vaate

1. Inleiding

Tegen een besluit van het UWV om al dan niet krachtens art. 6 BBA toestemming te verlenen tot opzegging van de arbeidsverhouding staan geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open.[1] Partijen zijn aangewezen op een beroepsgang bij de civiele rechter als 'restrechter'. In de literatuur wordt aangenomen dat de civiele rechter op twee wijzen rechtsbescherming kan bieden aan de werknemer die meent dat de voor de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst afgegeven ontslagvergunning ondeugdelijk is: een procedure uit onrechtmatige daad jegens het UWV en een kennelijk onredelijk ontslagprocedure tegen de werkgever.[2] Met name in de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw is er stevig gediscussieerd over de vraag of deze burgerlijkrechtelijke procedures het gebrek aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming in het licht van art. 6 EVRM kunnen helen. Sommigen beweren dat art. 6 EVRM een volledige herziening eist van de beslissing van het UWV. Het kennelijk onredelijk ontslag en de onrechtmatige daadsactie zouden deze mogelijkheid niet bieden, daar uit deze procedures uitsluitend een recht op schadevergoeding voortvloeit.[3] Anderen nemen bovendien aan dat de toetsing van de ontslagvergunning in deze procedures te weinig omvattend is in het licht van art. 6 EVRM.[4]

Bestudeert men de jurisprudentie dan ziet men echter dat naast de vordering uit onrechtmatige daad of kennelijk onredelijk ontslag, twee andere vorderingen voor de burgerlijke rechter denkbaar zijn. Ten eerste pogen werknemers soms de nietigheid van de ontslagvergunning in te roepen, met als gevolg de (ver)nietig(baar)heid van het ontslag. Ten tweede bestaat naar mijn idee sinds de beschikking Van Hooff Elektra[5] een ruimere mogelijkheid om de nietigheid van het ontslag wegens misbruik van bevoegdheid in te roepen. Deze nietigheid kan mijns inziens onder omstandigheden ook worden ingeroepen wanneer de werkgever gebruik maakt van een ondeugdelijke ontslagvergunning. Interessant is het om te bezien of deze twee 'nieuwe' vorderingen wellicht een ander licht werpen op de vraag of de burgerlijke rechter voldoende rechtsbescherming kan

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bieden in het licht van art. 6 EVRM voor de werknemer die de ontslagvergunning wil aanvechten.

In deze bijdrage zal ik allereerst ingaan op de mogelijke remedies voor de werknemer om de ontslagvergunning aan te vechten. Onderscheid wil ik maken tussen, enerzijds de situatie waarbij de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning mede te wijten is aan de handelwijze van de werkgever en, anderzijds de situatie waarin de ondeugdelijkheid uitsluitend een fout van het UWV betreft. Vervolgens komt de verenigbaarheid van deze remedies met art. 6 EVRM aan de orde. Criteria van belang in dat verband zijn de omvang van de toetsing door de civiele rechter alsmede de mogelijke uitkomsten van de procedures.

2. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter

2.1 Leer van de formele rechtskracht

In het kader van de omvang van de toetsing door de burgerlijke rechter, een aspect dat van belang is in het licht van art. 6 EVRM, kunnen vragen opdoemen met betrekking tot de leer van de formele rechtskracht. Mag de civiele rechter de toestemming tot ontslag ex art. 6 BBA wel toetsen? Is deze niet gebonden aan het oordeel van het UWV over de rechtmatigheid van het besluit en moet de toestemming tot ontslag gerespecteerd worden?

Kijkt men naar de jurisprudentie, zoals die in het hierna volgende aan bod komt, dan valt op dat in sommige gevallen de rechter aan de formele rechtskracht van de ontslagvergunning refereert. Die term is strikt genomen onjuist. De 'formele rechtskracht' houdt in dat wanneer een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan voor de eiser, de burgerlijke rechter van de rechtmatigheid van de bestuursrechtelijke beslissing dient uit te gaan.[6] Bezien we de bestuursrechtelijke toestemming ex art. 6 BBA, dan is duidelijk dat de leer van de formele rechtskracht niet van toepassing is in dat kader. Tegen de beslissing van het UWV ex art. 6 BBA heeft namelijk geen met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang opengestaan. Bezwaar en beroep staan niet open. Als ik hierna doel op de situatie waarin de rechter tot uitgangspunt neemt dat de rechtskracht van de ontslagvergunning niet mag worden aangetast, noem ik dat daarom de 'formele rechtsgeldigheid' van de ontslagvergunning.

2.2 Onrechtmatige overheidsdaad

Wanneer de werknemer meent dat de aan zijn werkgever verleende ontslagvergunning ondeugdelijk is, en het UWV daarvan een verwijt valt te maken, is een actie uit onrechtmatige overheidsdaad denkbaar. Uit de jurisprudentie blijkt dat het instellen van een dergelijke vordering jegens het UWV succesvol kan zijn.

In de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 1 februari 1995[7] had de werkgeefster voor een van haar werknemers een ontslagvergunning aangevraagd en ook verkregen in het kader van een collectief ontslag. De werknemer dagvaardde de RDA[8] uit hoofde van onrechtmatige daad, stellende dat de

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Ouderenrichtlijn[9] onjuist was toegepast. Die Ouderenrichtlijn bepaalde onder meer dat bij ontslag van ouderen van het anciënniteitsbeginsel kon worden afgeweken als de werknemer daartegen geen bezwaar maakt. In casu had de werknemer uitvoerig bezwaar gemaakt. Niettemin verleende de RDA de ontslagvergunning op de enkele grond dat de arbeidsplaats van de werknemer door reorganisatie was komen te vervallen. Door de rechtbank wordt voorop gesteld dat zij zich, gelet op art. 6 EVRM, niet beperkt tot een zuiver marginale toetsing, maar overgaat tot een volle toetsing van de beslissing van de RDA. Vervolgens wordt geoordeeld dat de RDA de Ouderenrichtlijn in acht diende te nemen en dat in dat kader geen beleidsvrijheid voor de RDA bestond. Nu niet was gebleken dat de werknemer afzag van toetsing aan het anciënniteitsbeginsel, was de beslissing van de RDA in strijd met de Ouderenrichtlijn, aldus de rechtbank. Dit leverde een onrechtmatige daad van de RDA op en deze diende de schade van ƒ45.736,96 bruto aan de werknemer te vergoeden.

Een ander voorbeeld waarin de actie uit onrechtmatige daad jegens het UWV slaagde betreft het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 23 augustus 2001.[10] De klacht van de werknemer in die zaak hield in dat de RDA onvoldoende had onderzocht of de werknemer bij de werkgever kon worden herplaatst in een andere passende functie. De rechtbank ging hierin mee, en concludeerde, na nader onderzoek onder andere door middel van getuigenverhoren, dat indien de RDA de mogelijkheid van herplaatsing wel had onderzocht, de ontslagvergunning geweigerd zou zijn. Daarmee stond de onrechtmatigheid van het handelen van de RDA vast. De RDA diende ƒ 81.545,26 aan schadevergoeding te betalen. Dit oordeel werd in hoger beroep niet bestreden.

Een zaak waarin werd geoordeeld dat er geen sprake was van onrechtmatigheid betreft de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 9 december 1992.[11] Volgens de desbetreffende werknemer had de directeur GAB allereerst onrechtmatig gehandeld omdat de procedure ex art. 6 BBA in strijd was met art. 6 EVRM. Daarnaast had de directeur GAB volgens de werknemer in strijd gehandeld met een circulaire van de plaatsvervangend Directeur-Generaal voor de Arbeidsvoorziening van juni 1982 en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De directeur had op basis van de beschikbare gegevens en zonder nader onderzoek niet in redelijkheid tot het verlenen van de toestemming kunnen komen, aldus de werknemer. De rechtbank stelde voorop dat van strijdigheid met art. 6 EVRM geen sprake is, nu voor de werknemer de mogelijkheid bestaat om de beslissing van de directeur GAB te laten toetsen in de onderhavige procedure. Vervolgens toetste de rechtbank de beslissing van de directeur GAB aan de circulaire van juni 1982 en concludeerde dat de directeur overeenkomstig deze circulaire had gehandeld. Op grond van het voorgaande oordeelde de rechtbank dat de directeur GAB in redelijkheid tot het verlenen van de ontslagvergunning kon beslissen. Bovendien was niet gebleken dat de directeur GAB in de fase van de voorbereiding van de beslissing had gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Ook in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 14 juli 2010 werd geen onrechtmatige daad van de CWI aangenomen.[12] Ten aanzien van de stelling van de werknemer, dat de CWI onrechtmatig jegens hem had gehandeld, oordeelde de rechtbank dat de CWI niet reeds onrechtmatig handelt op de enkele grond dat informatie in de beoordeling van de tweede aanvraag is betrokken die de

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

werkgever ook bij de eerste aanvraag had kunnen overleggen. Bovendien was er een duidelijke bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag. Volgens de rechtbank was voorts het enkele feit dat de Nationale ombudsman de gedragingen van de CWI onbehoorlijk heeft geacht, niet voldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen.

Gezien het beperkte aantal gepubliceerde uitspraken met betrekking tot het voorliggende onderwerp, is het niet goed mogelijk algemene uitgangspunten te formuleren omtrent de kans van slagen van een vordering uit onrechtmatige daad jegens het UWV. Duidelijk is wel dat een onjuiste uitleg van het Ontslagbesluit en een onjuiste toepassing van dat besluit in het concrete geval tot onrechtmatigheid kunnen leiden. Gelet hierop en gezien de hoogte van de schadevergoeding, is het instellen van een onrechtmatige daadsactie door de werknemer jegens het UWV in deze gevallen serieus het overwegen waard.

2.3 Kennelijk onredelijk ontslag

De tweede in de literatuur erkende mogelijkheid voor de werknemer die meent dat de aan zijn werkgever verleende ontslagvergunning ondeugdelijk is, is de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Een vraag die in dat verband met betrekking tot de toetsingsbevoegdheid kan rijzen is, of de 7:681-rechter de zaak integraal mag behandelen, of alleen feiten die niet reeds aan de orde zijn gesteld in de BBA-procedure? In de wat oudere lagere jurisprudentie werd het laatstgenoemde veelal tot uitgangspunt genomen. In het kader van de beoordeling of het gegeven ontslag kennelijk onredelijk is, was volgens deze benadering geen plaats voor een hernieuwde behandeling van de reeds tegenover het GAB over en weer aangevoerde argumenten ten aanzien van de noodzaak van het ontslag. De eiser kon tegenover de rechter slechts een beroep doen op feiten en ontwikkelingen welke, kort gezegd, in de procedure bij het GAB niet aan de orde waren geweest.[13] De voorgaande benadering past in de leer die uitgaat van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 21 april 1989[14] bepaald dat de hiervoor besproken benadering op een onjuiste rechtsopvatting berust. Voor zijn oordeel of de dienstbetrekking al dan niet kennelijk onredelijk is beëindigd, zal de rechter alle over en weer voor hem aangevoerde argumenten op hun relevantie dienen te onderzoeken, ongeacht of zij reeds ter sprake zijn gebracht bij de behandeling van het verzoek ter verkrijging van een ontslagvergunning bij het GAB. De rechter heeft in de 7:681-procedure dus de plicht de redelijkheid van het ontslag zelfstandig te toetsen, zonder daarbij gebonden te zijn aan het oordeel van het UWV. Hiermee is echter nog niets gezegd over het mogelijke succes voor de werknemer die de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning, in het kader van een kennelijk onredelijk ontslagprocedure, ter discussie wil stellen.

Allereerst wil ik de situatie aan de orde stellen waarin de werkgever een verwijt van de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning valt te maken. Uit het arrest HAL/Van Werkhoven[15] blijkt dat het gebruik maken door de werkgever van een onder valse of voorgewende reden verkregen ontslagvergunning het ontslag kennelijk onredelijk kan doen zijn. De Hoge Raad overwoog in die procedure dat wanneer de verlening van de ontslagvergunning is toe te schrijven aan het verstrekken van onjuiste inlichtingen door de werkgever, zulks kan meebrengen dat het gebruik maken van die vergunning als kennelijk onredelijk moet worden

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

beschouwd. Uit de jurisprudentie volgt echter dat indien het UWV toestemming heeft verleend voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen, de rechter niet snel zal aannemen dat de noodzaak voor ontslag niet aanwezig is en dat sprake is van een voorgewende of valse reden tot ontslag.[16] Zo oordeelde de kantonrechter Gouda dat er geen sprake was van een valse of voorgewende reden tot ontslag, zoals door de werkneemster gesteld vanwege het ontbreken van jaarstukken waaruit het financiële onvermogen zou blijken, aangezien het bedrijf daadwerkelijk was gestopt en het financiële onvermogen geen onderdeel was van de motivering van de CWI.[17] Wanneer zich echter na de verleende toestemming nieuwe omstandigheden hebben voorgedaan of feiten worden ingebracht waar het UWV geen rekening mee heeft gehouden, lijkt de rechter sneller geneigd de kennelijke onredelijkheid van het ontslag aan te nemen.[18] Een voorbeeld daarvan vormt de uitspraak van de kantonrechter Roermond van 25 mei 2004.[19] De CWI had toestemming voor ontslag gegeven wegens algehele bedrijfsbeëindiging. In de procedure bij de kantonrechter bleek echter dat de werkgever weliswaar was overgegaan tot bedrijfssluiting van het ene filiaal, maar daarna een ander filiaal had geopend. Volgens de kantonrechter was derhalve de voor de CWI aangereikte reden, te weten: algehele bedrijfsbeëindiging, onjuist, hetgeen een valse of voorgewende reden voor ontslag opleverde. De opzegging werd kennelijk onredelijk geoordeeld.

In de besproken procedures valt de werkgever steeds (mede) een verwijt te maken van de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning. Kan de 7:681-procedure ook uitkomst bieden wanneer de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning uitsluitend te wijten is aan de handelwijze van het UWV? Is het mogelijk een fout van het UWV voor risico van de werkgever te brengen in het kader van een kennelijk onredelijk ontslag?

In eerste instantie lijkt dat niet mogelijk. In het arrest HAL/Van Werkhoven nam de Hoge Raad namelijk tot uitgangspunt dat buiten het geval waarin de ontslagvergunning door de werkgever is verkregen omdat hij valse of onjuiste informatie heeft verstrekt aan het UWV, de werkgever bij gebruikmaking van een eenmaal verleende vergunning het werk van het UWV niet hoeft te controleren.[20]

Inmiddels lijkt de Hoge Raad er echter van uit te gaan dat de ondeugdelijkheid van een ontslagvergunning, uitsluitend te wijten aan een fout van het UWV, wel een rol kan spelen in het kader van een 7:681-procedure. In de arresten van 24 december 2010[21] (hierna: Stichting Woonzorg Nederland) had de werknemer aangevoerd dat de premisse door de CWI verbonden aan de toestemming ex art. 6 BBA, inhoudende dat de werkgever aan de werknemer een gewijzigde arbeidsovereenkomst had aangeboden, binnen het Nederlandse ontslagrecht ontoelaatbaar is wegens strijd met de strekking van art. 6 lid 2 BBA en het Ontslagbesluit, en daarom kennelijk onredelijk. De Hoge Raad overweegt hieromtrent dat bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen in het algemeen een dergelijke premisse niet zou mogen worden gesteld, niet kan worden afgeleid uit het Ontslagbesluit. Ook kan volgens de Hoge Raad niet in het algemeen worden gezegd dat (de strekking van) het BBA daaraan in de weg staat. Aan die strekking, het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen, kan bij een wijzigingsontslag als hier aan de orde zijn voldaan doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren, zij het onder gewijzigde arbeidsvoorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

redelijkheid zijn getoetst. De Hoge Raad toetst in casu, in het kader van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag, de premisse verbonden aan de ontslagvergunning door de CWI direct aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit. Naar verwacht mag worden dat als de premisse wel in strijd was met art. 6 BBA en het Ontslagbesluit, dit geleid had tot een kennelijk onredelijk ontslag. Het lijkt erop dat de Hoge Raad thans meent dat een fout van het UWV kan meewegen in het oordeel of de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid door de werkgever kennelijk onredelijk is. Daarmee lijkt afstand gedaan van het hierboven aangehaalde uitgangspunt in HAL/Van Werkhoven, namelijk dat de werkgever bij gebruikmaking van een eenmaal verleende vergunning het werk van het UWV niet hoeft te controleren.

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie volgt dat inmiddels vast staat dat de rechter een zelfstandig oordeel moet vellen over de redelijkheid van het ontslag en daarbij niet gebonden is aan hetgeen in het kader van de BBA-procedure is onderzocht en beslist. Het is echter lastig om een goed onderbouwd oordeel te geven over de kans van slagen voor de werknemer die de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning wil aanvechten in een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Veel hangt af van de omstandigheden van het geval. Als algemene regel geldt wel dat de opzegging en daarmee indirect de ontslagvergunning kan worden bestreden via de 7:681-ingang, omdat de ontslagvergunning verkregen is onder een voorgewende of valse reden. Niettemin zal de rechter, wanneer het UWV toestemming heeft verleend tot ontslag, niet licht geneigd zijn te oordelen dat die noodzaak er niet was en daarom sprake is van een voorgewende of valse reden. Dit kan anders zijn indien zich na de verleende toestemming nieuwe omstandigheden hebben voorgedaan of feiten bekend zijn geworden waarmee het UWV geen rekening heeft gehouden. Uit de jurisprudentie lijkt verder te volgen dat ook het gebruik maken van een ondeugdelijke ontslagvergunning, wanneer deze ondeugdelijkheid uitsluitend te wijten is aan de handelwijze van het UWV, het ontslag kennelijk onredelijk kan maken, hetgeen de werknemer in beginsel schadevergoeding oplevert. Weliswaar kan ingevolge art. 7:682 lid 1 BW ook herstel van de dienstbetrekking worden gevorderd, echter dit kan altijd door de werkgever worden afgekocht.[22] Overigens is het goed om in het oog te houden dat de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning niet zonder meer tot de conclusie hoeft te leiden dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Zoals Advocaat generaal Strikwerda aangeeft: ‘Bij de repressieve toetsing van het verleende ontslag op kennelijke onredelijkheid, treedt de burgerlijke rechter niet op als appelinstantie van de directeur GAB en is hij niet gehouden het werk van deze nog eens over te doen. (...) Of in een bepaald geval een gegeven ontslag deze toets kan doorstaan, hangt af van alle omstandigheden van het geval. (...) Dit betekent dat ook een regelmatig ontslag, gegeven op grond van een regelmatig verleende vergunning van de directeur GAB toch kennelijk onredelijk kan zijn in de zin van art. 1639s BW en, omgekeerd, een ontslag op grond van een ‘gebrekkige’ ontslagvergunning niet steeds kennelijk onredelijk behoeft te zijn.’[23]

2.4 Nietigheid van de ontslagvergunning

In de literatuur wordt veelal slechts uitgegaan van de twee hierboven aangehaalde gerechtelijke remedies voor de werknemer in het kader van een ondeugdelijke ontslagvergunning. Uit jurisprudentieonderzoek blijkt echter dat werknemers ook pogen hun ontslagvergunning aan te vechten door de nietigheid daarvan in te

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

roepen, om op die wijze de (ver)nietig(baarheid) van het ontslag te bewerkstelligen.

Een eerste poging daartoe werd gedaan in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 13 november 1953.[24] De werknemer bestreed de rechtsgeldigheid van de toestemming tot ontslag, stellende dat de toestemming afkomstig was van een onbevoegde directeur GAB. Dit bracht de werknemer echter geen succes. De Hoge Raad nam tot uitgangspunt dat de rechtsgeldigheid van de toestemming niet kan worden bestreden op de grond dat de directeur onbevoegd zou zijn, nu niet aannemelijk was dat het BBA de rechtsgeldigheid van een verkregen toestemming, en daarmee de rechtsgeldigheid van de op grond van die toestemming geschiede beëindiging van een arbeidsverhouding, afhankelijk zou hebben willen stellen van het antwoord op de vraag of de directeur GAB wel bevoegd was toestemming te geven. Ondanks toetsing van de ontslagvergunning aan het BBA, lijkt de Hoge Raad tot uitgangspunt te nemen dat de ontslagvergunning niet aangetast mag worden. Overigens gaat het in bovenstaand arrest slechts om een schending van administratieve regels door de directeur GAB welke niet in de eerste plaats of met beogen de werknemer te beschermen.

Een poging de nietigheid van de ontslagvergunning en daarmee de nietigheid van het ontslag aan te bewerkstelligen, werd ook beproefd door de werknemer in de procedure leidend tot het arrest HAL/Van Werkhoven.[25] In eerste aanleg voerde de werknemer aan dat hij niet gehoord was door de directeur GAB en daartoe ook niet in de gelegenheid was gesteld, hetgeen volgens hem de nietigheid van de ontslagvergunning meebracht. De rechtbank hield echter vast aan het uitgangspunt, dat geen wetsbepaling of rechtsbeginsel meebrengt dat in een zodanig geval de toestemming niet kan worden beschouwd als toestemming in de zin van art. 6 BBA. Helaas werd deze overweging niet in cassatie aan de orde gesteld. In de overwegingen van de Hoge Raad kan evenwel steun gevonden worden voor de benadering van de rechtbank. De Hoge Raad overwoog dat een werkgever, wil hij mogen afgaan op een door de directeur van het GAB verleende toestemming, niet eerst behoeft te onderzoeken of die vergunning terecht is verleend. Wanneer echter de verlening van de ontslagvergunning is toe te schrijven aan gedragingen van de werkgever, in het bijzonder het verstrekken van onjuiste inlichtingen, die tegenover de werknemer als onbehoorlijk moeten worden beschouwd, kan zulks meebrengen dat een met gebruikmaking van zodanige vergunning verleend ontslag als kennelijk onredelijk moet worden aangemerkt. Het uitgangspunt van de Hoge Raad lijkt aldus te zijn, dat ook al zijn er fouten gemaakt in de BBA-procedure, de rechtsgeldigheid van het ontslag uitgangspunt moet zijn, en dat een eventuele sanctie alleen gezocht kan worden in de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. Deze lijn wordt ook doorgetrokken in de lagere jurisprudentie met betrekking tot een beroep op de nietigheid van de ontslagvergunning.[26]

In zijn uitspraak van 16 november 2001[27] neemt de Hoge Raad echter niet de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning tot uitgangspunt. In casu had de RDA een ontslagvergunning met betrekking tot een werknemer verleend, onder de voorwaarde dat tot zes maanden na beëindiging van het dienstverband geen werknemer in dienst wordt genomen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard. Krachtens het toen geldende Delegatiebesluit

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

mocht echter uitsluitend als voorwaarde worden gesteld dat de werkgever binnen zesentwintig weken na de bekendmaking van de toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard. De Hoge Raad overweegt: '*Nu het hier gaat om een aan de civielrechtelijke opzegging voorafgaande, en ingevolge art. 6 BBA vereiste, toestemming van de RDA, lenen de art. 3:41 en 42 BW zich voor, ingevolge de schakelbepaling van art. 3:59 BW mogelijke, analogische toepassing in een geval als het onderhavige.*[28] *Art. 6 BBA strekt ertoe in het belang van zowel de betrokken werknemer als van de Nederlandse arbeidsmarkt sociaal ongerechtvaardigd ontslag te voorkomen; een voorwaarde als de onderhavige strekt tot behartiging van deze belangen. Gelet op deze strekking van art. 6 BBA en van een voorwaarde als hier aan de orde, kan aan de omstandigheid dat de voorwaarde op een onderdeel, het tijdstip van ingang van de zes maanden termijn, afwijkt van de door het Delegatiebesluit 1993 toegestane voorwaarde, niet de conclusie worden verbonden dat de toestemming geldt als onvoorwaardelijk gegeven. Veeleer ligt de conclusie voor de hand, dat de voorwaarde in zoverre geldig is dat daarop een beroep kan worden gedaan binnen de door het Delegatiebesluit 1993 getrokken grenzen.*' De Hoge Raad toetst hier het handelen van de RDA direct aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit (toen Delegatiebesluit 1993) en past de artikelen 3:41 en 42 BW analoog toe. Eerst wordt een deel van de ontslagvergunning, de wederindiensttredingsvoorwaarde, partieel nietig verklaard en vervolgens geconverteerd in een binnen het Delegatiebesluit 1993 wel toegestane voorwaarde.

In de literatuur worden uit bovenstaand arrest slechts beperkte conclusies getrokken. Zondag en Van Minnen stellen in hun annotatie dat het mogelijk is een volledig ongeldige voorwaarde, zij noemen de voorwaarde tot betaling van een ontslagvergoeding, op grond van 3:41 BW in zijn geheel nietig te verklaren.[29] De vraag rijst of niet ook een nog verderstrekkende consequentie aan het arrest verbonden kan worden, namelijk de mogelijkheid een ontslagvergunning in zijn geheel nietig te verklaren.[30] Het uitsluitend nietig kunnen verklaren van een voorwaarde sluit aan bij het uitgangspunt dat slechts beperkt gebruik gemaakt zou mogen worden van de doorbreking van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning. Van een dergelijke beperking geeft de kantonrechter in de procedure leidend tot bovenstaand arrest blijk. De kantonrechter overweegt: '*Gegeven het ontbreken van een hogere voorziening enerzijds en de verstrekkende gevolgen in de civielrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer anderzijds strekt naar het oordeel van de rechtbank de formele rechtskracht van de voorwaarde van deze ontslagvergunning niet zover dat zij bij een evidente omissie als de onderhavige niet kan worden bezien in het licht van de hierboven omschreven omstandigheden, temeer daar de bedoeling van die voorwaarde steeds voor beide partijen duidelijk is geweest*'.[31] In het licht van die opstelling door de kantonrechter valt op dat de Hoge Raad in zijn overwegingen op geen enkele wijze blijk geeft van een beperkte opvatting met betrekking tot het mogen doorbreken van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning. Daarnaast bevat het arrest geen aanwijzing voor het feit dat de Hoge Raad een splitsing heeft willen maken tussen het kunnen vernietigen van een voorwaarde en de ontslagvergunning zelf. Hoewel de uitkomst in deze zaak vrij beperkte gevolgen had, omdat slechts de voorwaarde partieel nietig werd verklaard en vervolgens werd geconverteerd in een wel geldige voorwaarde, geeft

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de toetsing door de Hoge Raad geen blijk van de beperkte opvatting dat alleen een voorwaarde nietig verklaard kan worden. Het arrest biedt mijns inziens een opening om te betogen dat ook een ontslagvergunning welke in strijd is met de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit nietig kan zijn. Als een voorwaarde van de ontslagvergunning partieel nietig verklaard kan worden wegens gedeeltelijke strijd met de strekking van het Ontslagbesluit, dan is verdedigbaar dat ook een ontslagvergunning welke geheel in strijd is met die strekking geheel nietig verklaard kan worden. De enige tegenwerping die daartegen kan bedenken, is gelegen in het rechtszekerheidsbeginsel. Zo stelt P.F. van der Heijden in 1984, dat ten aanzien van de gestelde nietigheid van de ontslagvergunning, alleen al reeds met het oog op de gevolgen van een zodanige opvatting voor de rechtszekerheid, het tegendeel moet worden aanvaard.[32]

Interessant in dat kader is het Lypack/Tolsma arrest,[33] waarin de Hoge Raad zich wel terughoudend opstelt in verband met het rechtszekerheidsbeginsel. Mijns inziens is deze terughoudendheid echter gelegen in de bijzondere omstandigheden van het geval, zodat dit arrest geen beperking bevat voor de mogelijkheid een ontslagvergunning wegens strijd met het Ontslagbesluit nietig te verklaren. De zaak had ten eerste betrekking op de vraag of de RDA, nadat hij op de voet van art. 6 BBA toestemming had verleend tot ontslag en de werkgever met gebruikmaking van die toestemming de arbeidsovereenkomst had opgezegd, aan de reeds verleende toestemming alsnog de wederindiensttredingsvoorwaarde kon verbinden. Hierbij is de zogenaamde materiële rechtskracht van besluiten in het geding, dat wil zeggen de mate waarin het bestuur is gebonden aan door hemzelf genomen besluiten.[34] De overwegingen van de Hoge Raad omtrent de rechtszekerheid voor de werkgever in dat verband sluiten geheel aan bij hetgeen het algemene bestuursrecht leert met betrekking tot de mogelijkheid om met terugwerkende kracht terug te komen op een eerder afgegeven beschikking.[35] Deze situatie is echter niet op één lijn te stellen met het geval waarin een werknemer zich beroept op de nietigheid van een ontslagvergunning vanwege een fout door het UWV. Ook in het bestuursrecht verschillen beide situaties van elkaar.[36] Daarnaast geeft de Hoge Raad in het Lypack/Tolsma arrest ook duidelijk aan dat aan het rechtszekerheidsbeginsel niet altijd een doorslaggevende rol toekomt. Een uitzondering geldt namelijk voor het geval het de werkgever kenbaar was of behoorde te zijn dat de RDA een vergissing of een fout heeft gemaakt of wanneer de werkgever door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen. Bovendien had de Hoge Raad zowel in zijn uitspraak van 16 november 2001 als in de zaak Lypack/Tolsma, ook gelet op het rechtszekerheidsbeginsel, eenvoudigweg het uitgangspunt van de rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning kunnen bevestigen. Voor deze oplossing heeft de Hoge Raad nu juist niet gekozen. Het rechtszekerheidsbeginsel staat in mijn optiek dan ook beslist niet in absolute zin in de weg aan de mogelijkheid de ontslagvergunning nietig te verklaren. Wel kan het rechtszekerheidsbeginsel mijns inziens meebrengen dat terughoudend met het beroep op de vernietigingsgrond moet worden omgegaan.

De in het voorgaande behandelde jurisprudentie laat een geschakeerd beeld zien ten aanzien van de mogelijkheid de nietigheid van de ontslagvergunning in te roepen. Veel rechters nemen de rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning en daarmee de geldigheid van het ontslag tot uitgangspunt, ondanks in de BBA-

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

procedure gemaakte fouten. Niettemin volgt mijns inziens uit de uitspraak van 16 november 2001, dat de Hoge Raad niet uitgaat van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning. De Hoge Raad toetst in die zaak een deel van de ontslagvergunning, de wederindiensttredingsvoorwaarde, aan doel en strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit. Nu de Hoge Raad daaraan in casu de sanctie van nietigheid (evenwel gevolgd door conversie) verbindt, acht ik het goed verdedigbaar dat ook een ontslagvergunning wegens strijd met art. 6 BBA of het Ontslagbesluit in zijn geheel nietig verklaard kan worden. Het maakt mijns inziens daarbij niet uit of uitsluitend het UWV van de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning een verwijt gemaakt kan worden, of dat de ondeugdelijkheid ook (mede) te wijten is aan de handelwijze van de werkgever.

2.5 Acties op grond van boek 3 en boek 6 BW

Het Nederlandse wettelijke ontslagstelsel kenmerkt zich door een aantal nauwkeurig omschreven gevallen van vernietigbaarheid/nietigheid. In het Nedlloyd arrest[37] heeft de Hoge Raad bepaald dat er buiten deze bepalingen geen plaats is voor het inroepen van de nietigheid c.q. vernietigbaarheid van het ontslag. Nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden zou in strijd zijn met het wettelijk stelsel betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, aldus de Hoge Raad. Dit wordt in de literatuur ook wel het gesloten stelsel van ontslagrecht genoemd.[38] Opmerkelijk in dit verband is echter de uitspraak van de Hoge Raad van 11 december 2009 (Van Hooff Elektra/Oldenburg),[39] waarin de mogelijkheid tot ontbinding tijdens de opzegtermijn aan de orde werd gesteld. De Hoge Raad overweegt: '*Bovendien kan de tweede, bewust onregelmatige, opzegging door de werkgever met de bedoeling om de eerste regelmatige opzegging haar werking te ontnemen, als misbruik van bevoegdheid dan wel in strijd met goed werkgeverschap worden aangemerkt en heeft zij ook om die reden geen rechtskracht*'. Voor zover nog twijfel bestond over de geldigheid van het uitgangspunt in Nedlloyd na de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek met zijn gelaagde structuur, is met Van Hooff Elektra duidelijk gemaakt dat dit geen geldend recht meer is. De Hoge Raad lijkt hier een opening te maken in het zogenaamde 'gesloten ontslagstelsel'.[40] De gedachte, dat algemeen vermogensrechtelijke bepalingen slechts zeer terughoudend kunnen worden gebruikt als middel om een ontslag te bestrijden, zoals in het Nedlloyd arrest tot uitgangspunt genomen, is niet terug te vinden in Van Hooff Elektra. Overigens had de Hoge Raad in het arrest ISS/Codfried[41] reeds tot uitgangspunt genomen dat de opzegging tijdens de proeftijd misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Het beroep van de werknemer op misbruik van bevoegdheid werd evenwel in dat arrest niet aanvaard, zodat de sanctie onduidelijk was. Met het arrest Van Hooff Elektra gaat de Hoge Raad een stap verder. Bovendien is duidelijk wat het gevolg is van misbruik van bevoegdheid in het ontslagrecht: de opzegging mist rechtskracht.

Naast een opening in het gesloten ontslagstelsel, biedt Van Hooff Elektra mijns inziens tevens een opening voor de werknemer die meent dat zijn ontslagvergunning ondeugdelijk is verleend. Ingevolge art. 3:13 lid 2 BW kan misbruik van bevoegdheid onder meer worden aangenomen wanneer een bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Goed verdedigbaar acht ik allereerst dat de opzegging door de werkgever, waarbij gebruik wordt gemaakt van een ontslagvergunning verkregen onder valse of voorgewende reden, misbruik van bevoegdheid oplevert. Het onder valse voorwendselen mogelijk maken van de opzegging is een evident geval van misbruik van bevoegdheid. Mijns inziens kan echter nog een stap verder gegaan worden. Te betogen valt dat ook het gebruik maken van een ondeugdelijke ontslagvergunning, zonder dat die ondeugdelijkheid te wijten is aan gedragingen van de werkgever, misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Verdedigbaar is dat in geval van een ondeugdelijke ontslagvergunning er sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de werkgever bij uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid en het belang van de werknemer op behoud van zijn arbeidsovereenkomst, hetgeen meebrengt dat de werkgever in redelijkheid niet tot opzegging had kunnen overgaan. Bovendien zijn in de jurisprudentie aanwijzingen te vinden dat ook wanneer de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning uitsluitend te wijten is aan de handelwijze van het UWV, het toch mogelijk is om deze ondeugdelijkheid voor risico van de werkgever te laten komen wanneer deze gebruik maakt van de ontslagvergunning. Zo toetste de Hoge Raad in het reeds aangehaalde arrest Stichting Woonzorg Nederland[42] in het kader van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag de premisse verbonden aan de ontslagvergunning door de CWI direct aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit. Een fout van het UWV kan klaarblijkelijk voor rekening komen van de werkgever in het kader van een kennelijk onredelijk ontslag. Verdedigbaar is mijns inziens dan eveneens dat wegens de onevenredigheid van belangen dat een fout van het UWV voor rekening van de werkgever komt in het kader van misbruik van bevoegdheid.

Het gevolg van het inroepen van misbruik van bevoegdheid met betrekking tot de opzeggingshandeling is, zoals uit Van Hooff Elektra blijkt, dat de opzegging rechtskracht mist. Met de term 'rechtskracht missen', kan niets anders bedoeld zijn dan dat de opzegging nietig is. Het is wachten op de eerste werknemer die het aandurft de nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid in te roepen wegens een gebrek in de ontslagvergunningsprocedure. Pas in dat geval zal duidelijk zijn of de Hoge Raad definitief 'om' is ten opzichte van de leer uit het Nedlloyd arrest.

Daarnaast is het wellicht ook mogelijk een actie uit onrechtmatige daad te starten tegen de werkgever wanneer deze gebruik maakt van een ondeugdelijke ontslagvergunning. In het Pratt & Whitney-arrest[43] heeft de Hoge Raad reeds bepaald dat de werknemer een vordering uit onrechtmatige daad kan instellen jegens de werkgever wanneer zijn ontslagvergunning is verkregen onder valse of voorgewende reden door de werkgever.[44] In die zaak had de werkgever in het kader van de BBA-procedure onjuiste informatie verstrekt. Toen de werknemers hiervan op de hoogte kwamen, was de termijn voor het instellen van een vordering uit kennelijk onredelijk ontslag reeds verstreken. Zij startten vervolgens een procedure uit onrechtmatige daad tegen de werkgever. In cassatie stelde de werkgever onder verwijzing naar het arrest HAL/Van Werkhoven dat toewijzing van de vordering uit onrechtmatige daad in strijd zou zijn met het gesloten stelsel van ontslagrecht. Volgens de Hoge Raad zag deze klacht er echter aan voorbij dat de regeling van het kennelijk onredelijk ontslag voor wat betreft die van verjaring weliswaar uitputtend is wanneer het gaat om vragen of sprake is

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van kennelijk onredelijk ontslag en of een daarop gebaseerde vordering toewijsbaar is, maar staat dat er niet aan in de weg dat in een geval als het onderhavige, waarin de door de werknemers gestelde misleiding van het RDA door de werkgever als een onrechtmatige daad kan worden aangemerkt, op grond van die onrechtmatige daad schadevergoeding wordt gevorderd.

Wellicht is het ook in dit kader mogelijk een stap verder te gaan. Naast de situatie waarin de ontslagvergunning is verkregen onder valse of voorgewende reden door de werkgever, biedt de jurisprudentie aanknopingspunten om te verdedigen dat ook het gebruik maken van een ondeugdelijke ontslagvergunning, terwijl deze ondeugdelijkheid uitsluitend aan het UWV te wijten is, als een onrechtmatige daad van de werkgever kan worden aangemerkt. Voor de vraag of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, heeft ingevolge de arresten Van Breugel/Woerden[45] en Miljoenen zijn Tegen/Covra[46] weliswaar te gelden, dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op de juiste wijze zijn afgewogen en dat hij gerechtigd is van de vergunning gebruik te maken. Volgens de Hoge Raad kan dit echter anders zijn in een geval waarin de verstrekking van een vergunning een voor de vergunninghouder zo onmiskenbare wetschending oplevert, dat hij had moeten begrijpen dat het desbetreffende overheidsorgaan hem deze niet had mogen verlenen.[47] Dit lijkt erg op hetgeen de Hoge Raad in het arrest HAL/Van Werkhoven tot uitgangspunt nam in het kader van het kennelijk onredelijk ontslag, namelijk dat buiten het geval waarin de ontslagvergunning door de werkgever is verkregen omdat hij valse of onjuiste informatie heeft verstrekt aan het UWV, de werkgever bij gebruikmaking van een eenmaal verleende vergunning het werk van het UWV niet hoeft te controleren. Echter, nu ik in paragraaf 2.3 heb gesteld dat het arrest Stichting Woonzorg Nederland[48] een aanknopingspunt bevat om te betogen dat de Hoge Raad afstand lijkt te doen van het uitgangpunt in HAL/Van Werkhoven, valt het mijns inziens eveneens te verdedigen, ondanks de arresten Van Breugel/Woerden en Miljoenen zijn Tegen/Covra, dat het gebruik maken van een ondeugdelijke ontslagvergunning door de werkgever, terwijl deze ondeugdelijkheid uitsluitend te wijten is aan het UWV, toch een onrechtmatige daad van de werkgever kan opleveren. Wanneer het mogelijk is een fout van het UWV voor rekening van de werkgever te laten komen in het kader van een kennelijk onredelijk ontslag, is het wellicht ook mogelijk dit voor rekening van de werkgever te laten komen in het kader van een onrechtmatige daad.[49] Bovendien overwoog de Hoge Raad in het Lypack/Tolsma arrest dat een uitzondering op het rechtszekerheidsbeginsel voor de werkgever kan worden gemaakt niet alleen wanneer hij door het verschaffen van onjuiste inlichtingen verwijtbaar aan het ontstaan van de vergissing of fout heeft bijgedragen, maar ook indien het de werkgever kenbaar was of *behoorde* te zijn dat de RDA een vergissing of fout heeft gemaakt. Met de term 'kenbaar behoren te zijn', wekt de Hoge Raad de suggestie dat het mogelijk is om fouten van het UWV, hoewel niet subjectief bekend aan de werkgever, toch naar objectieve maatstaven aan hem toe te rekenen.

De mogelijkheid om een beroep te doen op de nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid, zoals aan het begin van deze paragraaf

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

bepleit, is echter wellicht interessanter voor de werknemer. Een geslaagd beroep op de nietigheid van het ontslag maakt immers dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft en de werknemer als gevolg daarvan recht heeft op loondoorbetaling op grond van art. 7:628 BW,[50] terwijl de werknemer met de actie uit onrechtmatige daad in beginsel slechts schadevergoeding kan vorderen.

3. De procedures tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning in het licht van art. 6 EVRM

3.1 Art. 6 BBA en art. 6 EVRM

Met het voorgaande in het achterhoofd wil ik een aanzet geven tot het heropenen van de discussie omtrent de verenigbaarheid van art. 6 BBA met art. 6 EVRM, welk laatste artikel het recht op een eerlijk en onpartijdig proces, onder meer voor wat betreft de vaststelling van 'burgerlijke rechten en verplichtingen' waarborgt.[51]

Duidelijk is dat de BBA-procedure op zichzelf niet voldoet aan art. 6 EVRM. Het UWV is geen onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie,[52] hierbij zij nog afgezien van de vraag of de BBA-procedure wellicht ook op andere punten niet voldoet aan art. 6 EVRM.[53] Het Europese Hof eist echter niet dat bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen door een overheidsorgaan, zoals in casu door het UWV, deze procedure volledig aan de eisen van art. 6 EVRM voldoet. In de zaak Albert and Le Compte v. Belgium heeft het EHRM erkend dat het om redenen van flexibiliteit en efficiency soms zelfs anders moet. In zulke gevallen dient er echter wel een rechterlijke instantie te zijn die alsnog de beslissing van dat overheidsorgaan kan toetsen en die zelf wel de toets van art. 6 EVRM kan doorstaan.[54]

In het voorgaande zijn de mogelijke gerechtelijke procedures besproken die de werknemer kan aanwenden die het niet eens is met de ontslagvergunning. De vraag is of deze procedures voldoen aan de vereisten van art. 6 EVRM, om zo het gebrek klevend aan art. 6 BBA te helen. In de literatuur worden de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV en het kennelijk onredelijk ontslag als problematisch in het licht van art. 6 EVRM ervaren.[55] Omstreden zijn met name de omvang van de toetsing door de burgerlijke rechter en de uitspraakbevoegdheden in dat kader.[56] Interessant is daarom te bezien welke eisen art. 6 EVRM nu precies stelt op deze punten. Zijn de onrechtmatige overheidsdaad en het kennelijk onredelijk ontslag op zichzelf reeds voldoende in staat het gebrek van art. 6 BBA in het kader van art. 6 EVRM te helen? Of kan de redding eventueel komen van de door mij onderzochte procedures: de nietigheid van de opzeggingsvergunning en de nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid?

3.2 Vereiste omvang van de toetsing door de burgerlijke rechter

Het EHRM heeft in een reeks uitspraken duidelijk gemaakt dat een gerechtelijke instantie in het licht van art. 6 EVRM de bevoegdheid moet hebben het geschil in volle omvang, zowel ten aanzien van de wet als ten aanzien van de feiten te toetsen. Het rechtsprekende orgaan moet zogenaamde 'full jurisdiction' hebben.[57] In de literatuur wordt hieruit meestal afgeleid dat de rechter een beslissing van een orgaan vol[58] moet kunnen toetsen. Hier ligt echter een

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

spanningsveld in het kader van administratieve procedures. Immers, administratieve organen beschikken meestal over discretionaire bevoegdheden, hetgeen in beginsel noopt tot een meer marginale toetsing door de rechter.[59] Ook het UWV beschikt in het kader van de verlening van een ontslagvergunning over discretionaire bevoegdheid en beoordelingsvrijheid.[60] In de literatuur gaat men er ook in dit kader van uit dat de burgerlijke rechter de beslissing van het UWV vol dient te toetsen om te voldoen aan art. 6 EVRM. Zo stellen Van der Heijden en Heerma van Voss in 1990 dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure niet voldoet, nu de burgerlijke rechter noch de toestemming van de directeur van het arbeidsbureau, noch het ontslag volledig toetst.[61] In vergelijkbare zin stelt de werkgroep herziening ontslagrecht in 1991, dat de procedure uit onrechtmatige overheidsdaad niet voldoet, nu de burgerlijke rechter noch de toestemming voor ontslag, noch het ontslag zelf volledig toetst.[62] Ook recent gaan Loonstra en Zondag er van uit dat art. 6 EVRM een volledige toets eist door de rechter van de BBA-procedure.[63] Het voorgaande wordt veelal onderbouwd met verwijzing naar het arrest Obermeier,[64] een zaak eveneens betrekking hebbend op administratieve toestemming voor ontslag. Een werknemer, Obermeier, was aanvankelijk geschorst door zijn werkgever en vervolgens ontslagen. Volgens Oostenrijks recht was voor het ontslag van Obermeier toestemming vereist van een administratiefrechtelijke instantie. Deze toestemming was echter uiterst beperkt te toetsen door een onafhankelijk gerecht. De Oostenrijkse arbeidsrechter was niet bevoegd een dergelijke zaak ten gronde te behandelen, aangezien hij uitsluitend op kon treden voor zover de administratiefrechtelijke instantie haar bevoegdheid te buiten was gegaan. De administratieve rechter beperkte zich bovendien in deze gevallen slechts tot de vraag of de discretionaire bevoegdheid van het bestuur in overeenstemming met 'object and purpose of the law' was uitgeoefend. Het EHRM oordeelde in deze zaak de toetsingsbevoegdheid van de Oostenrijkse rechter te gering. Een dergelijke beperkte toetsing kon niet worden beschouwd als een effectieve gerechtelijke beoordeling in het licht van art. 6 lid 1 EVRM.

Kan uit de Obermeier-zaak nu afgeleid worden dat de burgerlijke rechter de ontslagvergunning, afgegeven door het UWV, vol moet toetsen om te voldoen aan de eis van 'full jurisdiction', zoals in de literatuur tot uitgangspunt wordt genomen? Dit is mijns inziens wat te kort door de bocht. Bovenstaand arrest geeft uitsluitend aan welke toetsing niet voldoende is in het licht van art. 6 EVRM. Het zegt echter niets over de vraag aan welke rechtsregels en beginselen de rechter wel moet kunnen toetsen wil er sprake zijn van 'full jurisdiction', laat staan dat het iets zegt over de vereiste indringendheid van de toetsing.

Het voorgaande wordt ook erkend door Martens in zijn separate opinion bij het Fischer arrest. Hij overweegt: 'the Court did not indicate what measure of control it would have held sufficient'.[65] Volgens hem is er tweeërlei uitleg mogelijk van de Obermeier zaak. Enerzijds kan het zo zijn dat het onderwerp van geschil in die zaak meebrengt dat alleen '*a full review as to the merits*' voldoende is. Met andere woorden, dat het gerecht '*should fully control even all factual assessments made by the executive authorities*'. Dit lijkt erg op de in de literatuur verdedigde opvatting dat alleen een volle toets van de BBA-procedure in het licht van art. 6 EVRM voldoende is. Anderzijds, is het volgens Martens verdedigbaar dat de toetsing in de Obermeier zaak voldoende was geweest als '*the tribunal could have scrutinised not only whether the authorities had acted ultra vires in*

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

making their assessment, but also whether they had duly observed generally recognised legal and administrative principles'. Deze laatste opvatting komt mij plausibel voor. Zo heeft het Europese Hof diverse malen in zijn jurisprudentie overwogen, waar ook Martens naar verwijst, dat de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door administratieve instanties niet ongebonden is, maar haar grens vindt in '*generally recognised legal and administrative principles*'.[66] Michiels en De Waard vinden overigens de verwijzing van Martens naar deze jurisprudentie niet overtuigend, omdat de betreffende overwegingen alle werden gehanteerd in het kader van de vraag of sprake was van de vaststelling van een burgerlijk recht in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[67] Naar mijn idee doet dit echter niet af aan het feit dat het EHRM met die overwegingen duidelijk aangeeft dat algemene rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur de uitoefening van discretionaire bevoegdheden begrenzen.

In de zaak Oerlemans oordeelde het EHRM dat toetsing aan de wet en aan de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals door de Nederlandse burgerlijke rechter in het kader van een onrechtmatige daadsactie tot uitgangspunt wordt genomen, voldoende is in het licht van art. 6 EVRM.[68] Oerlemans had op grond van de Natuurbeschermingswet beroep ingesteld tegen het besluit waarbij zijn eigendom als beschermd natuurgebied werd aangewezen. Dit was destijds een kroonberoep. In de eerder gewezen zaak Benthem[69] had het EHRM echter geoordeeld dat het Nederlandse kroonberoep niet in overeenstemming was met de eisen van art. 6 EVRM, omdat de kroon niet als onafhankelijk en onpartijdige rechter kon worden beschouwd. In casu achtte het EHRM art. 6 EVRM niet geschonden, aangezien de Hoge Raad met jurisprudentie na het Benthem arrest het gat in de rechtsbescherming had opgevuld door de burgerlijke rechter in die zaken competent te achten op basis van onrechtmatige overheidsdaad, in welk kader zowel aan de wet als aan de beginselen van behoorlijk bestuur getoetst kan worden. Deze rechtsgang voldeed in de ogen van het EHRM aan de eisen van art. 6 EVRM. Uit de zaak Bryan v. Verenigd Koninkrijk[70] blijkt bovendien dat het EHRM een beperking op de rechterlijke controle van de bestuurlijke feitenvaststelling niet zonder meer ongeoorloofd acht. In die zaak ging het om een handhavingsbesluit op grond waarvan Bryan twee van zijn huizen moest slopen en verwijderen. Na tevergeefs beroep aangetekend te hebben bij het verantwoordelijke bestuursorgaan, ging hij in beroep bij de rechter. In die procedure kon echter de juistheid van de feiten zoals door het bestuursorgaan vastgesteld slechts beperkt worden betwist. Het Europese Hof besliste dat het voldoende was dat de rechter beschikte over de bevoegdheid het besluit te vernietigen op één van de klassieke gronden van onrechtmatigheid in het Engelse recht (fairness, procedural propriety, independence and impartiality) of wanneer bleek dat het besluit ultra vires was, irrelevante feiten in aanmerking of relevante feiten niet in aanmerking waren genomen, het besluit tegennatuurlijk was of de vereiste procedurele stappen niet waren doorlopen.[71] Belangrijke rol in de overwegingen van het Hof speelde de aard van het rechtsgebied en de daaraan verbonden discretionaire bevoegdheid voor het bestuur, het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling en de met semi-rechtelijke waarborgen omklede voorafgegane bestuursfase.[72] Overigens kan het geheel uitsluiten van feitentoetsing blijkens de rechtspraak van het EHRM niet door de beugel.[73] Er moet in een rechterlijke procedure enig debat gevoerd kunnen worden over de juistheid van de feiten zoals door het bestuursorgaan vastgesteld en de procedure waarin deze feiten zijn vastgesteld.[74]

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Het voorgaande in ogenschouw genomen lijkt aannemelijk dat art. 6 EVRM vereist dat de rechter in het kader van ruime discretionaire bevoegdheden van het lagere administratiefrechtelijke orgaan ten minste moet kunnen toetsen aan de wet aangevuld met toetsing aan algemeen erkende rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. Welke beginselen dit precies zijn wordt door het Europese Hof niet gepreciseerd.[75] Martens denkt daarbij aan het gelijkheids-, rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginsel.[76] De rechter mag zich ten aanzien van een beslissend aspect van de zaak niet geheel verlaten op het oordeel van het bestuur.[77] Er moet enige controle zijn. Met het voorgaande is echter nog niets gezegd over de vereiste indringendheid van die toetsing.[78]

Het standpunt ingenomen in de literatuur en ook wel in de rechtspraak,[79] dat er in het licht van art. 6 EVRM een volle toetsing moet plaatsvinden van de BBA-procedure, acht ik op grond van het bovenstaande dan ook ten minste betwistbaar.

3.3 De remedies en de omvang van de toetsing

Hoewel niet duidelijk is welke eisen art. 6 EVRM precies stelt aan de toetsingsintensiteit, kan wel nagegaan worden of de omvang van de toetsing door de burgerlijke rechter in het kader van een actie uit onrechtmatige overheidsdaad of kennelijk onredelijk ontslag, voldoende is om van 'full jurisdiction' te kunnen spreken? Ervan uitgaande dat het EHRM inderdaad eist, zoals door mij in de vorige paragraaf betoogd, dat er ten minste aan de wet, algemeen erkende rechtsbeginselen en de beginselen van behoorlijk bestuur getoetst moet kunnen worden, daar waar het UWV beschikt over een discretionaire bevoegdheid of beoordelingsvrijheid. Twijfelachtig is de toetsingsomvang van de burgerlijke rechter in de kennelijk onredelijk ontslag procedure. Wordt de ontslagvergunning in het kader van die procedure ten minste aan de wet en algemene beginselen getoetst? In de besproken jurisprudentie is gezien dat de Hoge Raad sinds 21 april 1989[80] ervan uitgaat dat de rechter ter beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag, alle over en weer voor hem aangevoerde argumenten zelfstandig dient te toetsen, zonder daarbij gebonden te zijn aan het oordeel van het UWV.[81] Betekent dit nu dat de rechter in de kennelijk onredelijk ontslagprocedure ook de ontslagvergunning zelfstandig toetst, wanneer de werknemer een klacht heeft over de beslissing van het UWV ex art. 6 BBA? Ingevolge de tekst van art. 7:681 BW dient de rechter alleen te toetsen of de opzeggingshandeling, hetgeen een gedraging van de werkgever betreft, kennelijk onredelijk is. Ook in de besproken jurisprudentie zien we dat de rechter met name aan de werkgever toe te rekenen feiten of omstandigheden meeneemt in zijn beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag.[82] De UWV procedure speelt in die gevallen geen rol. De ontslagvergunning 'an sich' wordt niet aan een nader onderzoek onderworpen. De rechtsbescherming van de 7:681-procedure voor de werknemer die meent dat zijn ontslagvergunning ondeugdelijk is, is mijns inziens in dat geval niet voldoende in het licht van art. 6 EVRM.

Niettemin is in recente jurisprudentie van de Hoge Raad een aanwijzing te vinden dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure in potentie wellicht toch kan voldoen aan de vereiste toetsingsomvang in het licht van art. 6 EVRM. De Hoge Raad lijkt in het arrest Stichting Woonzorg Nederland[83] de mening toegedaan te zijn dat ook de ontslagvergunning in het kader van een kennelijk onredelijk

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ontslag procedure voor zelfstandige toetsing in aanmerking komt. De Hoge Raad toetst immers in die procedure de ontslagvergunning aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit. Mijns inziens kan deze zelfstandige toetsingsbevoegdheid ook ten minste de toetsing aan de wet, algemeen erkende rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur inhouden, daar waar het UWV beschikt over een discretionaire bevoegdheid of beoordelingsvrijheid, zodat aan het vereiste van 'full jurisdiction' voldaan is. Doet het feit, zoals door Advocaat Generaal Strikwerda wordt opgemerkt in zijn conclusie bij HR 21 april 1989, dat een ontslag op grond van een 'gebrekkige' ontslagvergunning niet steeds kennelijk onredelijk behoeft te zijn, daaraan nog iets af?[84] Mijns inziens niet indien er slechts procedurele gebreken kleven aan de ontslagvergunning en de werknemer daardoor niet is benadeeld. Vergelijkt men dit met het algemene bestuursrecht, dan zien we dat ook daar geldt dat indien slechts een procedureel voorschrift door een bestuursorgaan is geschonden, de rechter kan bepalen dat het bestreden besluit ondanks schending van een 'vormvoorschrift' in stand kan blijven.[85] Het wordt mijns inziens anders indien de rechter ondanks een inhoudelijk gebrek van de ontslagvergunning toch oordeelt dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is. In dat geval meen ik dat de procedure uit kennelijk onredelijk ontslag niet voldoende rechtsbescherming biedt in het kader van art. 6 EVRM.

Met betrekking tot de procedure uit onrechtmatige daad jegens het UWV lijkt meer zekerheid te bestaan omtrent de gewenste toetsingsomvang in het licht van art. 6 EVRM. In die procedure wordt de handelwijze van het UWV rechtstreeks aan een nader onderzoek onderworpen. Bovendien is in 1987, met het zogenaamde Amsterdam/Ikon-arrest,[86] reeds beslist dat de burgerlijke rechter het gedrag van de overheid in het kader van een onrechtmatige daadsactie rechtstreeks kan toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in de praktijk, ten aanzien van de stelling dat er onrechtmatig gehandeld is door het UWV wegens het verlenen van een ondeugdelijke ontslagvergunning, kunnen we een dergelijke toetsing terugvinden. Zo toetst Rechtbank 's-Gravenhage in haar uitspraak van 9 december 1992 het handelen van de directeur GAB aan het zorgvuldigheidsbeginsel.[87] Of de rechter, in het kader van een discretionaire bevoegdheid van de overheid, ook ten minste de bevoegdheid heeft om aan algemeen erkende rechtsbeginselen te toetsen wordt niet meteen duidelijk. Uit analyse van de (helaas beperkte) gepubliceerde jurisprudentie over dit onderwerp volgt wel dat de burgerlijke rechter in het kader van een onrechtmatige daadsprocedure een zelfstandige toetsing aanlegt van de BBA-procedure.[88] Een goed voorbeeld hiervan is de toetsing door de rechtbank in de procedure leidend tot Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001.[89] De rechtbank concludeerde dat de RDA had nagelaten de mogelijkheid van herplaatsing van de werknemer te onderzoeken. Vervolgens onderzoekt de rechtbank, door middel van onder andere getuigenverhoren, of, wanneer de RDA de mogelijkheid van herplaatsing wel had onderzocht, het verzoek tot verlening van de ontslagvergunning zou zijn geweigerd. Dit was, aldus de rechtbank, inderdaad het geval en daarmee stond de onrechtmatigheid van het handelen van de RDA vast. In hoger beroep werd hiertegen geen grief gericht. Nu de rechter in het kader van de beoordeling van de onrechtmatigheid een volledig zelfstandig onderzoek lijkt uit te voeren, is het aannemelijk dat de rechter ten minste over de bevoegdheid beschikt om aan algemeen erkende rechtsbeginselen te toetsen, daar waar het UWV beschikt over een discretionaire bevoegdheid.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Hoe zit het met de toetsingsbevoegdheid van de rechter in het door mij mogelijk bepleite beroep op de nietigheid van de ontslagvergunning?[90] Bezien we de besproken jurisprudentie dan valt op dat in een aantal gevallen niet voldaan lijkt te worden aan de gewenste toetsingsomvang in het licht van art. 6 EVRM, namelijk de uitspraken die zonder meer uitgaan van de rechtsgeldigheid van de eenmaal verleende toestemming ex art. 6 BBA. In de uitspraken vindt er geen enkele toetsing plaats van de beslissing van het UWV.[91] De rechter onthoudt zich van een oordeel over een beslissend aspect van de zaak, hetgeen niet in overeenstemming is met art. 6 EVRM.[92] De uitspraken in het kader van de nietigheid van de ontslagvergunning die breken met het uitgangspunt van de formele rechtsgeldigheid van de verleende toestemming lijken wel te voldoen aan de gewenste toetsingsomvang. Hoge Raad 16 november 2001 en kantongerecht Enschede 11 augustus 1994 stellen beide een onderzoek in naar zowel de feiten als het recht waaronder de ontslagvergunning is verleend. Zo toetst de Hoge Raad in voormelde uitspraak de geldigheid van de voorwaarde in de ontslagvergunning volledig aan de strekking van art. 6 BBA en de door het Delegatiebesluit getrokken grenzen. Deze volle toetsing is in overeenstemming met de eisen van art. 6 EVRM, zeker gezien de beperkte beoordelingsvrijheid die het UWV terzake de interpretatie van wetsbegrippen heeft. Immers, wanneer er geen sprake is van discretionaire bevoegdheid van het orgaan geldt mijns inziens gewoon de regel dat het gerecht 'should be able to control fully the application of the law'.[93]

Het voorgaande overziend lijkt de procedure uit onrechtmatige overheidsdaad en de procedure waarin de nietigheid van de ontslagvergunning wordt ingeroepen te voldoen aan de gewenste toetsingsomvang in het licht van art. 6 EVRM, zij het dat voor het aanmerken van laatstgenoemde procedure als volwaardige toetsingsvariant het nodig is dat ook de lagere jurisprudentie breekt met het uitgangspunt van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning. Twijfelachtig in het kader van de vereiste toetsingsomvang van art. 6 EVRM is de procedure uit kennelijk onredelijk ontslag. In het merendeel van de uitspraken staat slechts de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid door de werkgever centraal en niet zozeer de vergunningverlening door het UWV. Toch blijkt uit het arrest Stichting Woonzorg Nederland mijns inziens dat het kennelijk onredelijk ontslag in potentie kan voldoen aan de vereiste toetsing in het licht van art. 6 EVRM. In die procedure toetst de Hoge Raad immers in het kader van het kennelijk onredelijk ontslag de ontslagvergunning aan de strekking van art. 6 BBA en het Ontslagbesluit.

3.4 Vereiste uitspraakbevoegdheden van het gerecht

In de literatuur worden de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV en het kennelijk onredelijk ontslag eveneens als problematisch in het licht van art. 6 EVRM ervaren omdat beide procedures niet voorzien in een volledige herziening van de beslissing van het UWV, maar in beginsel slechts leiden tot schadevergoeding. Hieraan ligt veelal de redenering ten grondslag, dat die procedures niet opgevat kunnen worden als een 'effective remedy'.

Het recht op een 'effective remedy' wordt door het EHRM in art. 6 EVRM ingelezen. Dit blijkt uit het feit dat het Hof na vaststelling van de schending van art. 6 EVRM, niet ook nog aan art. 13 EVRM toetst, welk laatste artikel het recht op een 'daadwerkelijk rechtsmiddel' (Engelse tekst: 'effective remedy') waarborgt.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Het Hof overweegt: '*that the requirements of Article 13 are less strict than, and are here absorbed by, those of Article 6*'.[94]

De opvatting in de literatuur, dat de kennelijk onredelijk ontslagprocedure en de actie uit onrechtmatige daad geen effectief rechtsmiddel vormen, wordt niet onderbouwd met verwijzing naar relevante rechtspraak en/of literatuur.[95] Mijns inziens zijn er in de Straatsburgse jurisprudentie aanwijzingen te vinden dat het EHRM inderdaad bepaalde eisen stelt aan de uitspraakbevoegdheden van het gerecht. Deze aanwijzingen lijken echter niet gelegen in de jurisprudentie met betrekking tot een 'effective remedy', maar veeleer in het kader van de hierboven reeds aangehaalde 'full jurisdiction-doctrine'. Zo overweegt het Hof op 23 oktober 1995 in de zaak Umlauft tegen Oostenrijk: *'The powers of the Administrative Court must be assessed in the light of the fact that the court in this case was sitting in proceedings that were of a criminal nature for the purposes of the convention. It follows that when the compatibility of those powers with Article 6 para. 1 is being gauged, regard must be had to the complaints raised in that court by the applicant as well as to the defining characteristics of a 'judicial body that has full jurisdiction'. These include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. As the Administrative Courts lacks that power, it cannot be regarded as a 'tribunal' within the meaning of the convention'*.[96] Kan men bij de voorgaande overweging nog de kanttekening maken dat het lijkt alsof het Europese Hof alleen in het kader van een 'criminal charge' vereist dat het gerecht beschikt over de bevoegdheid een beslissing te vernietigen, in de zaken Kingsley tegen het Verenigd Koninkrijk en Veeber tegen Estland keert de voorgaande overweging ook terug in het kader van 'the determiniation of civil rights and obligations'. In de zaak Kingsley tegen het Verenigd Koninkrijk ging het om de intrekking van een vergunning van meneer Kingsley omdat hij volgens een toezichthoudend bestuursorgaan niet langer beschouwd kon worden als 'a fit and proper person to hold a management position in the gaming industry'. De klacht van Kingsley kwam erop neer dat hij bij de commissie die de zaak had behandeld, geen 'fair hearing' had gehad in de zin van art. 6 EVRM en dat de Engelse rechter in de daarop volgende procedures over onvoldoende mogelijkheden beschikte om dit gebrek te herstellen. Ten aanzien van de laatste klacht overweegt het Hof: '*The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body. (...)the High Court and the Court of Appeal did not have 'full jurisdiction' within the meaning of the case law on article 6 when they reviewed the Panel's decision*.'[97] In de zaak Veeber tegen Estland overweegt het Europese Hof bovendien: '*only an institution that has full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on questions of fact and laws, the challenged decision, merits the description 'tribunal' within the meaning of article 6 § 1*'.[98]

Voorgaande arresten hebben allen betrekking op een geschil voor een administratieve rechter. Kan de eis van 'full jurisdiction', inhoudende de bevoegdheid de beslissing te vernietigen ook doorgetrokken worden naar de burgerlijke rechter, die als 'restrechter' oordeelt over een administratieve beslissing? Belangrijk in dit verband is het hiervoor reeds aangehaalde arrest Oerlemans.[99] Ter herinnering, in die zaak had Oerlemans kroonberoep ingesteld

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

tegen het besluit waarin zijn eigendom als beschermd natuurgebied werd aangewezen. In de eerder gewezen zaak Benthem[100] was echter het kroonberoep niet in overeenstemming met de eisen van art. 6 EVRM verklaard. In casu achtte het Europese Hof art. 6 EVRM evenwel niet geschonden, aangezien er voor Oerlemans een rechtsgang openstond bij de civiele rechter op basis van onrechtmatige overheidsdaad. Volgens het Hof voldeed een dergelijke rechtsgang aan de eisen van art. 6 EVRM, waarbij het Hof verwijst naar paragraaf 25 en 26 van het arrest, luidende: '*Although section 1401 of the Civil Code states that a victim of a tort is entitled to damages, his rights under this section are wider. He may ask for a declaratory judgment and for an injunction by which the defendant is either forbidden or ordered to do something. That means that a citizen who claims that a decision of the administration constitutes a tort may demand, if need be in interlocutory proceedings, that the court of its President restrains the administration, for example, from executing or having executed its impugned decision. In this sense the courts, although they lack competence to annul the decisions of administrative authorities, may, as the Supreme Court explained in its judgment of 1 july 1983, make such a decision 'inoperative'*. Ten aanzien van de restbescherming tegen een administratieve beslissing door de burgerlijke rechter wordt, blijkens het voorgaande, dus niet de strenge eis gesteld dat 'full jurisdiction' meebrengt dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om de beslissing te vernietigen. Echter, het Europese Hof lijkt te eisen dat de burgerlijke rechter beschikt over de mogelijkheid de beslissing 'inoperative' te maken.

Hoewel de besproken uitspraken geen situaties betreffen waarin door derden uit hoofde van de beslissing 'verkregen rechten' aan de orde waren, zoals wel het geval is bij toetsing door de rechter van de BBA-procedure, biedt de rechtspraak van het EHRM vooralsnog geen aanknopingspunten voor de stelling dat in dat kader de mogelijkheid om het besluit inoperatief te maken niet vereist zou zijn.

Weliswaar is er ook jurisprudentie te vinden waarin het Europese Hof er wel van uit lijkt te gaan dat schadevergoeding als voldoende kan worden beschouwd in het licht van art. 6 EVRM.[101] Zo overwoog het EHRM op 12 mei 2000 in de zaak Khan tegen Verenigd Koninkrijk dat er in het Engelse recht geen 'effective remedy' bestond ter zake van de schending van art. 8 EVRM, met name omdat de mogelijkheid van een passende compensatie ontbrak.[102] Nader onderzoek van die jurisprudentie leert echter dat het in al deze gevallen gaat om schending van een persoonlijkheidsrecht, als het recht op leven, lichamelijke integriteit en privacy. Schending van een persoonlijkheidsrecht kan naar zijn aard niet meer ongedaan gemaakt worden. Het is dan ook niet meer dan logisch dat schadevergoeding in dergelijke gevallen aangemerkt wordt als een 'effective remedy'. Deze jurisprudentie brengt echter niet mee dat schadevergoeding ook in het kader van een gebrekkige ontslagvergunning zonder meer als voldoende kan worden beschouwd. Het feit dat een gebrekkige ontslagvergunning is verleend is immers geen situatie die naar zijn aard niet meer hersteld kan worden.

Dan nu terug naar de in het voorgaande besproken gerechtelijke procedures die de werknemer rechtsbescherming kunnen bieden tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning. Kan, gelet op de Oerlemans zaak, geoordeeld worden dat de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV voldoende rechtsbescherming biedt in het licht van art. 6 EVRM? In de zaak Oerlemans werd van belang geacht dat in

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het kader van een procedure uit onrechtmatige overheidsdaad een bestuursrechtelijk besluit inoperatief gemaakt kan worden door een gebod voor de overheid tot gebruikmaking van dat besluit te vorderen. In het kader van een onrechtmatige daadsactie jegens het UWV bestaat echter geen mogelijkheid om de ontslagvergunning 'inoperative' te maken. De werknemer kan weliswaar de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV combineren met een gebod voor het UWV tot het niet afgeven van de ontslagvergunning. Dit zal echter in het overgrote deel van de gevallen als mosterd na de maaltijd komen, aangezien de ontslagvergunning reeds zal zijn verleend op het moment dat men een onrechtmatige daadsactie jegens het UWV instelt. De werknemer raakt in beginsel pas na afgifte van de ontslagvergunning op de hoogte van de ondeugdelijkheid daarvan. De onrechtmatige daadsactie jegens het UWV biedt mijns inziens, op grond van het voorgaande, onvoldoende rechtsbescherming in het licht van art. 6 EVRM aan de werknemer die meent dat zijn ontslagvergunning ondeugdelijk is. Denkbaar acht ik wel dat de ontslagvergunning inoperatief gemaakt wordt door een actie uit onrechtmatige daad te starten jegens de werkgever gecombineerd met een gebod in kort geding om geen gebruik te maken van de ontslagvergunning.[103] Wil deze actie volwaardige rechtsbescherming bieden in het licht van art. 6 EVRM, dan is mijns inziens wel vereist dat ook al is de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning uitsluitend te wijten aan een fout van het UWV, het gebruik maken van die ontslagvergunning toch als een onrechtmatige daad aan de werkgever kan worden toegerekend. Zoals ik in paragraaf 2.5 heb betoogd zijn er voor die mogelijkheid aanwijzingen te vinden in de jurisprudentie. Overigens zij hierbij opgemerkt dat deze actie alleen uitkomst biedt in de tussenliggende periode van afgeven van de vergunning door het UWV en het gebruik maken van de vergunning door de werkgever. Heeft de werkgever zijn opzeggingsbevoegdheid reeds uitgeoefend, dan biedt de actie uit onrechtmatige daad geen mogelijkheid meer tot het inoperatief maken van de beslissing van het UWV ex art. 6 BBA. Twijfels heb ik omtrent de kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Hoewel het in theorie denkbaar is dat in die procedure de beslissing van het UWV 'inoperative' gemaakt wordt door veroordeling tot herstel van de dienstbetrekking overeenkomstig het eerste lid van art. 7:682 BW, komt dit in de praktijk bijna nooit voor. De vordering tot herstel van de dienstbetrekking kan altijd worden afgekocht.[104] Is de theoretische mogelijkheid de beslissing van het UWV inoperatief te maken voldoende in het licht van art. 6 EVRM? Mijns inziens niet. Het EHRM heeft namelijk evenzeer in verschillende uitspraken overwogen '*that the existence of a remedy must be sufficiently certain not only in theory but also in practice*'.[105]

Geen probleem in het kader van de gewenste uitkomst van een procedure in het licht van art. 6 EVRM, geeft het beroep op de nietigheid van de ontslagvergunning, dan wel de nietigheid van de opzegging wegens misbruik van recht. In deze gerechtelijke procedures is immers daadwerkelijk herstel van de beslissing van het UWV mogelijk.

Het voorgaande in ogenschouw genomen meen ik dat er veel te zeggen valt voor het in de literatuur ingenomen standpunt dat het kennelijk onredelijk ontslag en de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV niet in overeenstemming zijn met de vereiste uitspraakbevoegdheden in het licht van art. 6 EVRM. De basis hiervoor lijkt gevonden te kunnen worden in de 'full jurisdiction-doctrine',

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gecombineerd met het feit dat een remedie niet alleen in theorie, maar ook in praktijk voldoende zeker moet zijn. De door mij onderzochte procedures waarin een beroep wordt gedaan op de nietigheid van de ontslagvergunning, dan wel de nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid voldoen aan de gewenste uitkomst in het licht van art. 6 EVRM. In die procedures is daadwerkelijk herstel van de beslissing van het UWV ex art. 6 BBA mogelijk.

4. Tot besluit

In de jurisprudentie zijn er aanwijzingen te vinden dat de werknemer die zijn ontslagvergunning wil aanvechten, naast de onrechtmatige daadsactie jegens het UWV en het kennelijk onredelijk ontslag, eveneens twee andere gerechtelijke procedures ten dienste staan. Allereerst volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 16 november 2001 mijns inziens dat het mogelijk moet zijn om de nietigheid van een ondeugdelijke ontslagvergunning in te roepen, met als gevolg de (ver)nietig(baar)heid van het ontslag. Als immers de ontslagvergunning partieel nietig verklaard kan worden wegens gedeeltelijke strijd met het Ontslagbesluit, dan moet het mijns inziens ook mogelijk zijn de ontslagvergunning welke geheel in strijd is met de regels van het Ontslagbesluit geheel nietig te verklaren. Ten tweede acht ik het op grond van het Van Hooff Elektra arrest mogelijk dat de werknemer de nietigheid van het ontslag inroept op grond van misbruik van bevoegdheid, wanneer de werkgever gebruik maakt van een ondeugdelijke ontslagvergunning. Voor beide procedures geldt dat ze niet alleen denkbaar zijn wanneer de werkgever van de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning een verwijt valt te maken, maar ook wanneer uitsluitend het UWV van die ondeugdelijkheid een verwijt treft.

In het kader van art. 6 EVRM zijn de 'nieuwe' procedures tegen een ondeugdelijke ontslagvergunning zeer gewenst. De onrechtmatige daadsactie jegens het UWV en het kennelijk onredelijk ontslag bieden de werknemer geen volwaardige rechtsgang die voldoet aan de vereisten van art. 6 EVRM en zijn derhalve niet in staat het gebrek van art. 6 BBA in het licht van art. 6 EVRM te helen. De gebreken van die procedures worden vooral zichtbaar bij de mogelijke uitkomsten van die procedures. Beide procedures bieden niet zonder meer de mogelijkheid de toestemming ex art. 6 BBA 'inoperative' te maken, ook niet in combinatie. Herstel van de dienstbetrekking kan altijd worden afgekocht. Een onrechtmatige daadsactie jegens het UWV gecombineerd met een gebod tot het niet afgeven van de ontslagvergunning, zal in de meeste gevallen te laat komen. Denkbaar is wel om de ontslagvergunning inoperatief te maken door een actie uit onrechtmatige daad jegens de werkgever te combineren met een gebod in kort geding om geen gebruik te maken van de ontslagvergunning. Deze actie biedt echter alleen uitkomst wanneer de werkgever nog geen gebruik heeft gemaakt van zijn opzeggingsbevoegdheid. Heeft de werkgever reeds gebruik gemaakt van de ontslagvergunning, dan kunnen de procedures tot nietig verklaring van de ontslagvergunning dan wel tot nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid rechtsbescherming bieden in het licht van art. 6 EVRM. Afgezien van de uitspraken in de lagere jurisprudentie die nog uitgaan van de formele rechtsgeldigheid van de ontslagvergunning en dus gelet op het voorgaande niet in overeenstemming zijn met art. 6 EVRM, voldoen deze procedures zowel qua toetsingsbevoegdheid als gewenste uitkomst aan art. 6 EVRM, zodat deze procedures in staat zijn het gebrek klevend aan art. 6 BBA te helen. Bovenstaande

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

procedures zijn bovendien erg interessant voor de werknemer, daar een geslaagd beroep op de nietigheid meebrengt dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft en de werknemer als gevolg daarvan recht heeft op onverminderde loondoorbetaling ex art. 7:628 BW.

Noten

1 Zie art. 6 lid 10 BBA en de bijlagen behorende bij art. 8:5 lid 1 Awb.

2 Zie o.a. C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Arbeidsrechtelijke themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 407-408; W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, '*Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*', Deventer: Kluwer 2008, p. 358; G J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, '*De ontslagpraktijk van de CWI*', Deventer: Kluwer 2008, p. 223-229; H. Uhlenbroek, 'Remedies tegen ondeugdelijke ontslagvergunningen', *ArbeidsRecht* 1995, 6/7.

3 J.J. Heerma van Voss, 'Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk', in: B. Barendsen e.a., '*Arbeidsrecht in internationaal perspectief*', Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 30, Deventer: Kluwer 2001, p. 6; P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990), *NJB* 1990, 33, p. 1312-1313; noot P.F. van der Heijden, zoals gepubliceerd bij EHRM 28 juni 1990, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 786; noot G.J.J. Heerma van Voss, zoals gepubliceerd bij Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1988, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 189. Zie recent: L. Verburg, 'Het Nederlandse ontslagrecht en artikel 6 EVRM: Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', *AA* 2011/4.

4 Werkgroep herziening ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991, p. 217; P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990), *NJB* 1990, 33, p. 1312.

5 HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburg).

6 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 (Heesch/Van de Akker).

7 Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, *JAR* 1995/65.

8 De vergunningverlenende instantie heeft in de loop der jaren verschillende benamingen gehad. Tot 1991 heette het GAB. Van 1991 tot 2002 was het de RDA. Vervolgens werd het tot 1 januari 2009 de CWI, en vanaf 1 januari 2009 het UWV.

9 De Ouderenrichtlijn, bedoeld om bij collectief ontslag oudere werknemers met voorrang te laten afvloeien, is per 1 januari 1994 ingetrokken (Wijziging Delegatiebesluit BBA 1945, *Stcrt*. 1993/11).

10 Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001, *JAR* 2001/236.

11 Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/ 12.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

12 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, *JAR* 2010/227.

13 Zie bv. Rb. Amsterdam 8 april 1987, zoals weergegeven bij HR 21 april 1989, *NJ* 1989/783; Rb. 's-Gravenhage 15 maart 1989, zoals weergegeven bij HR 5 april 1991, *NJ* 1991/422.

14 HR 21 april 1989, *NJ* 1989/783. Zie voorts: HR 5 april 1991, *NJ* 1991/422.

15 HR 11 mei 1979, *NJ* 1979/441 (HAL/Van Werkhoven).

16 Zie Ktr. Amsterdam 14 april 1993, *JAR* 1993/224; Ktr. Lelystad 12 februari 2003, *Prg*. 2003/6061; Ktr. Gouda 6 februari 2003, *Prg*. 2003/6027; Ktr. Haarlem 19 september 2007, *LJN* BB3754; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5994. Zie ook: W.A. Zondag, 'Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag', *ArA* 2004, 2, p. 39.

17 Ktr. Gouda 6 februari 2003, *Prg*. 2003/6027.

18 Zie Rb. Zutphen 21 december 2000, *JAR* 2001/38; Ktr. Roermond 25 mei 2004, *JAR* 2004/144; Hof Leeuwarden 27 februari 2008, *RAR* 2008/65; Ktr. Hilversum 20 maart 1984, *Prg*. 1984/ 2125. Zie ook: W.A. Zondag, 'Actuele rechtspraak inzake het kennelijk onredelijk ontslag', *ArA* 2004, 2, p. 41. Zie voor ontslag wegens andere dan bedrijfseconomische redenen: Ktr. 's-Gravenhage 16 december 2010, *LJN* BP5370.

19 Ktr. Roermond 25 mei 2004, *JAR* 2004/144.

20 HR 11 mei 1979, *NJ* 1979/441 (HAL/Van Werkhoven).

21 HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland) en HR 24 december 2010, *LJN* BO2420. Het gaat om twee gelijkluidende uitspraken tegen dezelfde werkgever. In het vervolg verwijs ik alleen naar HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20. Vgl. D.J.B. de Wolff, 'Hoge Raad legitimeert wijzigingsontslag', *ArbeidsRecht* 2011, 14. Vgl. ook reeds Ktr. Enschede 8 december 1997, *JAR* 1998/27 en Ktr. Groningen 10 juni 2010, *JAR* 2011/47. In beide procedures werd het ontslag kennelijk onredelijk geoordeeld, terwijl de ondeugdelijkheid van de ontslagvergunning uitsluitend aan het UWV (of zijn rechtsvoorganger) te wijten was.

22 Art. 7:682 lid 3 BW.

23 Conclusie AG Strikwerda, ro. 2,5, zoals weergegeven bij HR 21 april 1989, *NJ* 1989/ 783.

24 HR 13 november 1953, *NJ* 1955/401. Zie ook Ktr. Amsterdam 1 april 1976, *Prg*. 1977/1146.

25 HR 11 mei 1979, *NJ* 1979/441 (HAL/Van Werkhoven).

26 Zie Hof Amsterdam 17 maart 2005, JAR 2005/110; Hof Amsterdam 13 januari 2009, RAR 2009/99; Ktr. Enschede 8 december 1997, JAR 1998/27. De rechter

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

overweegt dat ondanks eventuele fouten van het UWV, de rechtsgeldigheid van het ontslag uitgangspunt is. Vgl. echter Ktr. Enschede 11 augustus 1994, JAR 1995/4, waarin geoordeeld werd dat de werkgever in één oogopslag had kunnen zien dat de ontslagvergunning niet correct was en derhalve was opgezegd zonder een deugdelijke vergunning. Een dergelijke opzegging moest volgens de kantonrechter als nietig worden beschouwd.

27 HR 16 november 2001, *JAR* 2001/258 (Holtrop/Smith).

28 A-G Koopmans heeft in zijn conclusie bij HR 3 mei 1991, *NJ* 1991/705, ook reeds bepleit dat art. 3:41 BW inzake partiële nietigheid ingevolge de schakelbepaling van art. 3:59 BW ook voor de ontslagvergunning kan gelden.

29 P.S. van Minnen en W.A. Zondag, 'Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde', *ArA* 2002/1, p. 97.

30 Vgl. W.L. Roozendaal, 'Commentaar op Hoge Raad 24-12-2010, *LJN* BO2419, (Werknemer/Stichting Woonzorg Nederland)', *AR Updates* 2011-02.

31 Rb. Groningen 13 maart 1998, zoals weergegeven bij HR 16 november 2001, *JAR* 2001/258.

32 P.F. van der Heijden, '*Een eerlijk proces in het sociaal recht?*', Deventer: Kluwer 1984, p. 69.

33 HR 14 maart 2003, *JAR* 2003/90 (Lypack/Tolsma).

34 Conclusie AG Bakels r.o. 2.6, zoals weergegeven bij HR 14 maart 2003, *JAR* 2003/90.

35 CBB 6 april 1994, *AB* 1994/529; CBB 18 mei 1994, *NJB-katern* 1994, 12, p. 401.

36 Wanneer een bestuursorgaan een ondeugdelijke beschikking heeft afgegeven en een belanghebbende komt daartegen in bezwaar of beroep, gaat de bestuursrechter gewoon toetsen of de beschikking op de juiste wijze is verleend. De bestuursrechter overweegt in dat kader niet, zoals wel het geval is wanneer een bestuursorgaan terug wil komen op een eerder afgegeven beschikking, dat er in beginsel met terugwerkende kracht geen wijziging kan worden aangebracht in de tussen partijen geschapen rechtsverhouding.

37 HR 20 maart 1992, *JAR* 1992/11 (Nedlloyd/Bras Monteiro).

38 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss en J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2010, 15, p. 949.

39 HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra/Oldenburg).

40 Vgl. de noot van G.C. Boot, zoals weergegeven bij CRvB 28 juli 2010, *USZ* 2010/300. Enige voorzichtigheid is daarbij overigens wel geboden, aangezien de Hoge Raad het voorgaande slechts zijdelings opmerkt. Vgl. G.J.J. Heerma van

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Voss en J. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', *NJB* 2010, 15, p. 949.

41 HR 13 januari 1995, *NJ* 1995/ 430 (ISS/Codfried).

42 HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland).

43 HR 3 december 1999, *NJ* 2000/235.

44 Zie voor een beschrijving van de mogelijkheden een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen jegens de werkgever: J.W. Rouwendal, 'De onrechtmatige daad en het ontslagrecht', *ArbeidsRecht* 2005/1, 6.

45 HR 28 februari 1975, *NJ* 1975, 423 (Van Breugel/Woerden).

46 HR 17 januari 1997, *NJ* 1998, 656 (Miljoenen zijn Tegen/Covra).

47 Zie ook: J.H. Nieuwenhuis e.a., '*Tekst en Commentaar Vermogensrecht*', Deventer: Kluwer 2007, p. 761-762.

48 HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland).

49 Zie voor een volledige beschrijving van de vereisten voor een onrechtmatige daad: C.H.M. Jansen, '*Monografieën Nieuw BW, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*', Deventer: Kluwer 2009.

50 Het ontbreken van bereidheid de bedongen arbeid te verrichten, zal in dit kader geen probleem opleveren. Aangenomen moet worden dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004/269.

51 Zie voor deze discussie onder meer: P.F. van der Heijden, '*Een eerlijk proces in het sociaal recht*, Deventer: Kluwer 1984; P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990), *NJB* 1990, 33, p. 1312-1313; Werkgroep herziening ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991, p. 214-221. Voorts: L.G. Verburg, '*Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom*', Deventer: Kluwer 2010, p. 9; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Arbeidsrechtelijke themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 409

52 Vgl. P.F. van der Heijden, 'Het fair trial-beginsel en pseudo-rechtspraak in het sociaal recht', *SMA* 1981, p. 15.

53 Vgl. het rapport van de Nationale Ombudsman over de procedure bij de CWI, waarin wordt overwogen: 'De CWI-procedure scoort op vrijwel alle belangrijke vereisten voor een eerlijke procedure niet goed voor de werknemer. De werknemer bevindt zich in veel opzichten in vergelijking met de werkgever in een nadelige positie'. Nationale Ombudsman, 'Naar een eerlijke ontslagprocedure', Rapport 2007/260 van 21 november 2007, p. II, te vinden op http://www.ombudsman.nl/rapporten/grote_onderzoeken/2007cwi/documents/rapport2007-260.pdf. Zie voorts: H.J.W. Alt, '*Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht*', Deventer: Kluwer

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

2009, p. 242-243.

54 EHRM 23 juni 1981, nr. 7299/75, 7496/76, (Albert and Le Compte v. Belgium). De arresten van het EHRM zijn te raadplegen via www.echr.coe.int.

55 Zie recent: L. Verburg, 'Het Nederlandse ontslagrecht en artikel 6 EVRM: Geteld, geteld, gewogen en te licht bevonden', *AA* 2011/4.

56 Zie bv. P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990)', *NJB* 1990, 33, p. 1312; noot P.F. van der Heijden bij EHRM 28 juni 1990, *NJCM* 1990, p. 788; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Arbeidsrechtelijke themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 409.

57 Zie EHRM 23 juni 1981, nr. 6878/75, 7238/75, § 51 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere); EHRM 10 februari 1983, nr. 7299/75, 7496/76, § 29 (Albert en Le Compte); EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75, 7152/75, § 87 (Sporrong en Lönnroth v. Zweden). Zie voorts: P. Smits, '*Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*', Deventer: Kluwer 2008, p. 44.

58 Met de term 'volle' of 'volledige' toetsing van een beslissing bedoel ik dat de rechter opnieuw dezelfde vragen beantwoordt als degene die de eerdere beslissing heeft genomen en daarbij zonder restricties toetst aan bijvoorbeeld de doelmatigheid van het besluit. De rechter vraagt zich met andere woorden af, of hij tot dezelfde beslissing komt als het orgaan dat de eerdere beslissing nam. Dit in tegenstelling tot een 'marginale' toetsing, waarbij de rechter beoordeelt of degene die de eerdere beslissing nam, gelet op de daarbij betrokken belangen, in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen. De rechter ontziet in dat geval de beleidsvrijheid en/of beoordelingsvrijheid en intervenieert pas wanneer voldoende duidelijk is dat van die beleidsvrijheid en/of beoordelingsvrijheid een zodanig gebruik is gemaakt dat naar objectieve maatstaven gemeten geen eerbiediging verdient.

59 L.J.A. Damen e.a., *Rechtsbescherming tegen de overheid; bestuursprocesrecht*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 246-247.

60 Zie bv. Art. 3:1 Ontslagbesluit (Het UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is), art. 4:1 Ontslagbesluit (De werkgever moet bedrijfseconomische gronden aannemelijk maken), Art. 2:1, 2:3 lid 3, 2:4, 4:2 lid 5 en 4:5 Ontslagbesluit (gebruik van het woord 'kan'.)

61 P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990)', *NJB* 1990, 33, p. 1312.

62 Werkgroep herziening ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991, p. 217.

63 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, '*Arbeidsrechtelijke themata*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 409.

64 EHRM 28 juni 1990, nr. 11761/85, *NJ* 1995/491 (Obermeier v. Oostenrijk).

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

65 EHRM 26 april 1995, nr. 16922/90, *NJ* 1996, 497 (Fischer v. Oostenrijk).

66 Zie EHRM 27 oktober 1987, nr. 10426/83, *NJ* 1988/997, § 34 (Pudas v. Zweden); EHRM 25 oktober 1989, nr. 16970/90, § 69 (Allan Jacobsson v. Zweden); EHRM 28 juni 1990, nr. 11309/84, § 32 (Mats Jacobsson v. Zweden); EHRM 28 juni 1990, nr. 12258/86, § 28 (Skarby v. Zweden).

67 F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, '*Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 72.

68 EHRM 27 november 1991, nr. 12565/86, *NJ* 1992/666, § 50-57 (Oerlemans v. Nederland).

69 EHRM 23 oktober 1985, nr. 8848/80, *NJ* 1986/102 (Benthem v. Nederland).

70 EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, (Bryan v. Verenigd Koninkrijk).

71 M. Kuijer, '*The Blindfold of Lady Justice - Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, par. 4.5.2; T. Barkhuysen e.a., 'Algemene wet Bestuursrecht, Feitenvastelling in beroep', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 102-104.

72 EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, § 47 (Bryan v. Verenigd Koninkrijk); Vgl. T. Barkhuysen e.a., 'Algemene wet Bestuursrecht, Feitenvastelling in beroep', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 102-104.

73 EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, § 53-54 (Terra Woningen v. Nederland)

74 T. Barkhuysen e.a., 'Algemene wet Bestuursrecht, Feitenvastelling in beroep', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 105.

75 F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, '*Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 72.

76 S.K. Martens, separate opinion, noot 48, zoals weergegeven bij EHRM 26 april 1995, nr. 16922/90, *NJ* 1996/497 (Fischer v. Oostenrijk).

77 EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, § 53-54 (Terra Woningen v. Nederland); Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen', Deventer: Kluwer 2006, p. 296.

78 Ook Barkhuysen e.a. erkennen dat er geen duidelijke, vaste jurisprudentielijn is omtrent de vraag hoe intensief de rechter moet toetsen in het licht van art. 6 EVRM, zie Barkhuysen e.a., 'Algemene wet Bestuursrecht, Feitenvaststelling in beroep', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 102, noot 363.

79 Zie bv. Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1995, *JAR* 1995/65.

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

80 HR 21 april 1989, *NJ* 1989/783.

81 Zie voorts: HR 5 april 1991, *NJ* 1991/422; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5994.

82 Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie die betrekking heeft op een 'valse of voorgewende reden' voor ontslag, zoals weergegeven in § 2.3.

83 HR 24 december 2010, *JAR* 2011/20 (Stichting Woonzorg Nederland).

84 Conclusie AG Strikwerda, ro. 2,5, zoals weergegeven bij HR 21 april 1989, *NJ* 1989/ 783.

85 Art. 6:22 Awb. Zie voorts: Damen e.a., '*Rechtsbescherming tegen de overheid; bestuursprocesrecht*', Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 250-252.

86 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727 (Amsterdam/Ikon).

87 Rb. 's-Gravenhage 9 december 1992, *JAR* 1993/12.

88 Zie hiervoor § 2.2.

89 Rb. Breda 6 juli 1999, zoals weergegeven in Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2001, *JAR* 2001/236.

90 De vordering tot nietigheid van de opzegging wegens misbruik van bevoegdheid laat ik buiten beschouwing, aangezien daar nog geen relevante jurisprudentie over gewezen is.

91 Zie bv. Ktr. Amsterdam 1 april 1976, *Prg*. 1977/1146; HR 11 mei 1979, *NJ* 1979/441 (HAL/Van Werkhoven); Ktr. 8 december 1998, *JAR* 1998/27; Hof Amsterdam 13 januari 2009, *RAR* 2009/99.

92 Vgl. EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, § 53-54 (Terra Woningen v. Nederland). In deze zaak oordeelde het Hof dat de Nederlandse kantonrechter in strijd had gehandeld met art. 6 EVRM, nu deze had afgezien van een zelfstandige beoordeling over een feitelijke kwestie.

93 S.K. Martens, seperate opinion § 12, zoals weergegeven bij EHRM 26 april 1995, nr. 16922/90, *NJ* 1996/497 (Fischer v. Oostenrijk).

94 Zie EHRM 9 oktober 1979, Airay v. Ierland, 6289/73, § 35; EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75, 7152/75, § 88 (Sporrong en Lönnroth); EHRM 21 februari 1990, nr. 11855/85, § 69 (Hakkansson en Sturesson); EHRM 28 juni 1990, nr. 11309/84, § 38 (Mats Jacobsson); EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94, § 158 (Osman v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 7 november 2002, nr. 37571/97, § 77 (Veeber v. Estonia).

95 P.F. van der Heijden en G.J.J. Heerma van Voss, 'Artikel 6 BBA en artikel 6 EVRM, op weg naar de climax (EHRM 28 juni 1990)', *NJB* 1990, 33, p. 1312/1313; Werkgroep herziening ontslagrecht, 'Internationaalrechtelijke

Dit artikel uit ARBAC is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

aspecten van het nieuwe ontslagrecht', *SMA* 1991, p. 216; noot P.F. van der Heijden bij EHRM 28 juni 1990, *NJCM* 1990, p. 786; G.J.J. Heerma van Voss, 'Het belang van het Europese arbeidsrecht voor de rechtspraktijk', in: B. Barendsen e.a., '*Arbeidsrecht in internationaal perspectief*', Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, Deel 30, Deventer: Kluwer 2001, p. 6.

96 EHRM 23 oktober 1995, nr. 15527/89, § 39 (Umlauft v. Oostenrijk).

97 EHRM 7 november 2000, nr. 35605/97, § 58 en 59 (Kingsley v. Verenigd Koninkrijk).

98 EHRM 7 november 2002, nr. 37571/97, § 70 (Veeber v. Estland).

99 EHRM 27 november 1991, nr. 12565/86, *NJ* 1992/666 (Oerlemans v. Nederland).

100 EHRM 23 november 1985, nr. 8848/80, *NJ* 1986/102 (Benthem v. Nederland).

101 Zie bv. EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71, § 71 (Klass v. Duitsland); EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95, § 109 (Z. en anderen v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 10 mei 2001, nr. 28945/95, § 110 (T.P. en K.M. v. Verenigd Koninkrijk); EHRM 7 november 2002, nr. 37571/97, § 73 (Veeber v. Estland); EHRM 27 mei 2008, nr. 22893/05, § 59 (Rodic v. Bosnië en Herzogovina).

102 EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97, *NJ* 2002/180 (Khan v. Verenigd Koninkrijk).

103 *Kamerstukken II* 1990/91, 21479, nr. 6, p. 2.

104 Art. 7:682 lid 3 BW.

105 EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82, *NJ* 1989/97, § 45 (Johnston v. Ierland); EHRM 20 februari 1991, nr. 11889/85, § 27 (Vernillo v. Frankrijk); EHRM 16 september 1996, nr. 21893/93, § 66 (Akdivar v. Turkije); EHRM 7 november 2002, nr. 37571/97, § 73 (Veeber v. Estland).

© Boom Juridische uitgevers