

Enkele overwegingen omtrent evenwicht in het ontslagrecht en de arbeidsmarkt

Prof. Mr. F.B.J. Grapperhaus en Dr. T. Schils

Gepubliceerd in *Sociaal Recht*, november 2007

Inleiding

In de 100 Wet op arbeidsovereenkomst heeft de regelgeving omtrent beëindiging van de arbeidsovereenkomst zich ontwikkeld tot een duaal en ondoorzichtig systeem. In 1907 werd een minimaal niveau van ontslagbescherming vastgelegd (i.e. een opzegtermijn van een week) en pas met het BBA 1945 werd dit grondig gewijzigd. De redelijkheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd nu getoetst door de Regionaal Directeur van de Arbeidsvoorziening (RDA), een publiekrechtelijk orgaan (nu het CWI). Belangrijkste reden hiervoor waren de buitengewone economische omstandigheden die vlak na de oorlog heersten (i.e. opbouw economie).ⁱ Om de preventieve toets te vermijden, werd in de praktijk steeds vaker overeenstemming gezocht tussen werknemer en werkgever voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Echter, omdat de werknemer zijn recht op werkloosheidsuitkering kon verliezen als hij niet kon aantonen dat hij zich in voldoende mate had verzet tegen het ontslag, kwam een groot deel van deze ‘overeengekomen beëindigingen’ voor de rechter. De werknemer tekent formeel bezwaar aan tegen zijn ontslag en stelt daarmee zijn recht op werkloosheidsuitkering zeker. Dit leidde tot een dualiteit in het Nederlandse stelsel: ontslag middels een publiekrechtelijke ontslagprocedure of een rechtelijke ontbindingsprocedure. De twee routes verschillen niet alleen in termen van verantwoordelijke instituties, maar ook wat betreft de regels voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Deze dualiteit, en daarmee samenhangende ondoorzichtigheid en ongewenste effecten op de arbeidsmarkt (o.a. hoge kosten van ontslag, demping van de flexibiliteit, vergroting van de kloof tussen insiders en outsiders), heeft in de afgelopen jaren tot veel kritiek geleid op het Nederlandse stelsel van ontslagbescherming. Het stelsel zou niet langer dienend zijn voor een evenwichtige arbeidsmarkt, met name ook door de samenhang met andere aspecten van sociaal beleid (werkloosheidsuitkering en activeringsbeleid) die in afgelopen jaren ingrijpend zijn gewijzigd. Recentelijk is het kabinet, na een onvruchtbaar debat tussen werkgevers en werknemers, gekomen met een aantal voorstellen om het stelsel te wijzigen.ⁱⁱ In dit artikel analyseren we, de punten van kritiek op grond van zowel sociaal-economische alsook juridische literatuur. De belangrijkste vraag die daaraan ten grondslag ligt is of het huidige stelsel van ontslagbescherming in Nederland een evenwichtige arbeidsmarkt belemmert en in hoeverre de voorgestelde kabinetswijzigingen daarin verandering brengen. Het artikel zal qua rechtsvergelijking vooral het Deense model in ogenschouw nemen.

De karakteristieken van beëindiging van de arbeidsovereenkomst

De beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst zijn in het Nederlands Recht in twee categorieën te onderscheiden, die *op tegenspraak* en die *zonder tegenspraak*. De regelgeving is grotendeels te vinden in artikel 7:10 BW inzake de arbeidsovereenkomst, maar een zeer belangrijk deel van de regels is desalniettemin te vinden in het Besluit Buitengewone Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA 1945).

Op tegenspraak

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst op tegenspraak kan weer in twee vormen worden onderscheiden: opzegging door een partij en ontbinding door de rechter. Vervolgens is ook de opzegging door één partij weer onder te verdelen in de opzegging met inachtneming van een opzegtermijn en het ontslag op staande voet. Een ontbinding door de rechter kan geschieden op grond van gewichtige redenen, dan wel op de grond dat een van de partijen een wanprestatie heeft gepleegd. Deze laatste vorm van beëindiging ziet men overigens uiterst zelden in de praktijk, zodat deze verder ook niet wordt betrokken bij deze beschouwing.

Voor een rechtsgeldige opzegging met inachtneming van de opzegtermijn heeft de werkgever toestemming van het CWI nodig op grond van het BBA. Deze vorm van toestemming en de rechtelijke ontbinding worden tezamen aangeduid als de *preventieve toets*. Toch kan men niet zeggen dat de beëindiging *op tegenspraak* zich kenmerkt door een preventieve toets. Zo hoeft de werknemer geen toestemming van het CWI voor een opzegging met inachtneming van de geldende opzegtermijn. Evenzo behoeft geen van beide partijen toestemming van het CWI voor een opzegging met onmiddellijke ingang, i.e. ontslag op staande voet. Wel is het uiteraard mogelijk dat de andere partij de nietigheid van de opzegging met onmiddellijke ingang inroept, maar vervolgens moet die partij dan wel gerechtelijke stappen ondernemen, teneinde vastgesteld te krijgen of de beëindiging met onmiddellijke ingang inderdaad nietig is.

Zonder tegenspraak

De beëindigingen zonder tegenspraak zijn te onderscheiden in die tegen een vaste afloopdatum en die tegen een onzekere afloopdatum. In een aantal van deze gevallen ligt de beëindigingshandeling besloten in de afspraak die bij het aangaan van de overeenkomst wordt aangegaan over het einde daarvan – bijvoorbeeld bij de overeenkomst voor bepaalde tijd – en in een aantal gevallen evenwel ligt de beëindigingshandeling besloten in een handeling van een van de partijen c.q. het zich voordoen van een bepaald feit of een bepaalde gebeurtenis, die niet van de wil van een van die partijen afhankelijk is. De overeenkomsten tegen een vaste afloopdatum zijn overeenkomsten die zijn aangegaan voor een bepaalde tijd, alsook overeenkomsten die zijn aangegaan voor de duur van een bepaald project. Overeenkomsten die zijn aangegaan met een onzekere afloopdatum betreffen overeenkomsten die zijn aangegaan betreffende een ontbindende voorwaarde, alsook uitzendovereenkomsten,

die zijn aangegaan met een zogenaamd uitzendbeding. Tenslotte is er de beëindiging in de proeftijd. Naar ons idee is dit een beëindigingsafspraken tegen een onzekere datum, die evenwel afhankelijk is gesteld van de wil van de partij die besluit te beëindigen in de proeftijd.

Wat is de ontwikkeling van het systeem geweest?

Jansen en Loonstraⁱⁱⁱ signaleren terecht dat het ontslagrecht, zoals neergelegd in titel 7:10 BW in de afgelopen 100 jaar in de kern niet is gewijzigd, voorzover het de regels in het Burgerlijk Wetboek betreft. Vervolgens wijzen zij er evenzeer terecht op dat de meest ingrijpende wijziging van de uitgangspunten van ons arbeidsrecht het gevolg is geweest van de invoering van het BBA 1945. Waar deze oorlogsregelgeving oorspronkelijk bedoeld was als instrument om de naoorlogse arbeidsmarkt zowel te kunnen sturen als te kunnen overzien^{iv}, is de daarin neergelegde preventieve toetsing steeds meer de belangrijkste uitdrukking van het principe van ontslagbescherming geworden.^v Als gevolg van het zich geleidelijk aan ontwikkelen van die preventieve toetsing door de instantie die met de uitvoering van BBA 1945 belast was, begonnen werkgevers steeds meer de wijk te nemen naar de ontbindingsprocedure wegens gewichtige redenen, die nu juist bedoeld was voor hoogst bijzondere, uitzonderlijke gevallen. Weer als gevolg van die toevloed van zaken naar de rechtelijke macht, ontstond langzamerhand bij de kantonrechters het idee dat het noodzakelijk werd een systematiek voor ontslagvergoedingen in het leven te roepen. Die systematiek kwam er in 1996 met de Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters.^{vi} Met de ontslagvergoedingen is in wezen de tweede belangrijke wijziging van het ontslagrecht in de afgelopen 100 jaar gegeven: in 1953 werd in de wet een regeling ingevoerd die inhield dat de rechter een gedane opzegging, ook wanneer die was geschied met inachtneming van de geldende opzegtermijn, desalniettemin als kennelijk onredelijk kon kwalificeren en daar vervolgens een schadevergoeding aan kon verbinden^{vii}.

Voor de preventieve toets alsook de ontslagvergoeding geldt dat het beide belangrijke elementen van ons ontslagrecht zijn, maar dat geen van beide consistent aanwezig zijn bij alle vormen van ontslag. Zoals hiervoor al aangegeven speelt de preventieve toets alleen bij een deel van de beëindigingen op tegenspraak en in het geheel niet bij beëindigingen zonder tegenspraak. Ontslagvergoedingen komen alleen aan de orde bij beëindigingen op tegenspraak, voorzover het gaat om ontbindingen wegens gewichtige redenen door de rechter, alsook in die gevallen waarin een werknemer, die met toestemming van het CWI en met inachtneming van de geldende opzegtermijn is ontslagen, aan de rechter verzoekt dat ontslag te toetsen aan de kennelijke onredelijkheid. Daarmee ontbeert het huidige ontslagrecht een consistente systematiek.

Twee voorbeelden laten zien hoe dit in het ontslagrecht uitwerkt:

1. Wanneer twee werknemers drie jaar werkzaam zijn bij dezelfde werkgever en hetzelfde werk verrichten en hun functioneren zich in beginsel binnen dezelfde bandbreedte bevindt, maakt het in geval van een reorganisatieontslag – maar ook in geval van een ontslag wegens een vertrouwensbreuk – uit of zij voor een

overeenkomst voor bepaalde tijd of een voor onbepaalde tijd werkzaam zijn. De werknemer die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zal aanspraak kunnen maken op een vergoeding, hetzij via de ontbindingsrechter hetzij via een kennelijk onredelijk ontslagprocedure. Voor de werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam was, eindigt de overeenkomst eenvoudigweg van rechtswege.

2. Een werknemer die op grond van een verstoorde arbeidsrelatie aan de rechter een ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, kan deze rechter vragen een billijke vergoeding vast te stellen en die vervolgens ook krijgen. Een werknemer die daarentegen besluit de arbeidsovereenkomst op te zeggen kan geen aanspraak maken op een dergelijke vergoeding, terwijl de arbeidsrelatie ook in zijn geval evengoed op aan de werkgever te wijten gronden verstoord kan zijn.

Nu kan men niet direct zeggen dat deze en soortgelijke inconsistenties en het gebrek aan systematiek in het ontslagrecht er daadwerkelijk toe leiden dat er sprake is van een onevenwichtig ontslagstelsel. Het is van belang om eerst te kijken naar de uitwerking van het huidige ontslagstelsel op de arbeidsmarkt. Zou het namelijk zo zijn dat het ontslagstelsel in zijn huidige vorm juist een gunstige invloed heeft op de arbeidsmarkt, dan is weliswaar sprake van een asymmetrisch, niet consequent doorgevoerd systeem, maar leidt dit wel tot een goed functionerende arbeidsmarkt.

Uitgangspunten van een evenwichtig stelsel van ontslagrecht

Twee beginselen van arbeidsovereenkomstenrecht (1): equality

Het arbeidsovereenkomstenrecht gaat uit van twee ongelijksoortige beginselen. Het eerste is het concept van de *equality of resources*.^{viii} Dit beginsel veronderstelt dat ieder naar vermogen een gelijke uitgangspositie dient te hebben. Voor ieder individu moet er sprake zijn van *equal concern and respect*. Naar ons oordeel vereist dit op het punt van arbeidsmarktbeleid en in dat verband het ontslagstelsel dat de volgende vier uitgangspunten worden verwezenlijkt. In de eerste plaats moet de toegang tot de arbeidsmarkt voor ieder individu naar vermogen dezelfde zijn. Er mogen geen barrières worden opgeworpen voor de ene groep individuen ten behoeve van de andere groep. Dit geldt ook indien de betreffende barrières niet bewust zijn opgeworpen, maar wel indirect het effect hebben dat zij voor de eerstgenoemde groep individuen de toegang tot de arbeidsmarkt verhinderen of bemoeilijken. Wel kan er sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging, waarbij moet zijn voldaan aan de bekende principes van legitimiteit, doelmatigheid en proportionaliteit. Ten tweede moet ieder zich op die arbeidsmarkt verder kunnen ontwikkelen binnen de redelijke grenzen van de bestaande en naar redelijkheid te creëren omstandigheden; daarbij mag geen onderscheid worden gemaakt tussen actieve en passieve deelnemers op de arbeidsmarkt. Dat betekent bijvoorbeeld dat scholingsactiviteiten die voor werkenden gelden naar evenredigheid ook voor niet-werkenden moeten gelden. Wanneer in de toekomst in het Burgerlijk Wetboek een

scholingsverplichting voor werkgevers zou worden opgenomen, zou de sociale zekerheidswetgeving een vergelijkbare, door werklozen afdwingbare scholingsverplichting voor sociale zekerheidsinstanties moeten worden opgenomen. Ten derde geldt dat voor alle deelnemers op de arbeidsmarkt dezelfde verplichtingen tot participatie gelden: op straffe van het verspelen van aanspraken mag niemand zich onttrekken aan maatregelen ter ontwikkeling van zijn of haar arbeidsmarktpositie, ook wel *employability* genoemd. Tenslotte geldt ten vierde dat voor ieder dezelfde regels moeten gelden met betrekking tot wijziging in arbeidsvoorwaarden en verlies van arbeidspositie.

Twee beginselen van arbeidsovereenkomstenrecht (2): ongelijkheidscompensatie

Het tweede beginsel van arbeidsovereenkomstenrecht is dat de ongelijkheid tussen twee qua economische positie sterk verschillende partijen moet worden gecompenseerd. Deze ongelijkheidscompensatie vindt zijn oorsprong in het eenvoudige gegeven dat de werkgever eigenaar is van het werk, terwijl de werknemer voor zijn levensonderhoud van het verkrijgen van datzelfde werk afhankelijk is. Men bedenke wel dat bij veel contractuele relaties ongelijkheidscompensatie vereist is – bijvoorbeeld agentuur, huur en exploitatie van intellectuele eigendomsrechten

Wat betekent ongelijkheidscompensatie?

Ongelijkheidscompensatie leidt tot een bepaalde inkleuring van de contractuele verhoudingen. Maar het is niet een zelfstandige grond voor contractuele verplichtingen. De ongelijkheidscompensatie is een norm die de contractuele diligentie die partijen jegens elkaar in acht hebben te nemen, inkleurt. Daarmee is de ongelijkheidscompensatie in feite een maatschappelijk algemeen erkend rechtsbeginsel dat conform artikel 3:12 BW de relatie tussen partijen verder inkleurt. Het is dus een misverstand te veronderstellen dat de rechtsgrond voor een ontslagvergoeding ongelijkheidscompensatie zou zijn. Een beëindigingsvergoeding vindt zijn grond in de uit de duurovereenkomst voor beide partijen zelve voortvloeiende verplichting om die overeenkomst op juiste wijze na te komen: juiste nakoming betekent bij duur(overeenkomst) dat een zekere dynamiek vereist is. De werkgever moet ervoor zorgen dat er werk voorhanden is en blijft en dat de onderneming zich verder ontwikkelt ten behoeve van toekomstig werk. De werknemer moet zich de bedrijfseigen knowhow en goodwill en meer algemeen: de werkomgeving eigen maken; hij moet ook zijn vaardigheden bijhouden en verder ontwikkelen. De op deze arbeidsrelatie toegespitste investeringen, die de partij ten opzichte van wie beëindigd wordt, heeft gedaan ten behoeve van die dynamische nakoming, worden waardeloos, althans: het daarmee beoogde resultaat wordt illusoir, wanneer de andere partij voortijdig beëindigt. Dit betekent dat op de partij die beëindigt een contractuele verplichting rust om een beëindiging zodanig uit te voeren dat daar voor de ander geen onvoorziene c.q. naar redelijkheid niet voor zijn rekening komende nadelen uit voortvloeien. De ongelijkheidscompensatie maakt dat in geval van beëindiging door de werkgever van de arbeidsovereenkomst op die werkgever een

zwaardere verplichting tot "nadeelscompensatie" ligt dan in het omgekeerde geval op de werknemer. Ongelijkheidscompensatie betekent het bij de werkgever verwezenlijken van de *equality of resources*.

Het uitgangspunt van een samenhang tussen sturende maatregelen

Een reëel ander lastig uitgangspunt van een evenwichtig stelsel van ontslagbescherming is de samenhang met de werkloosheidsverzekering en het activeringsbeleid. Eén van de praktische functies van het ontslagrecht is inkomensverzekering bij het verlies van een baan. Tijdens de opzegtermijn kan de werknemer met behoud van salaris op zoek gaan naar een nieuwe baan en een ontslagvergoeding biedt de mogelijkheid een sterke daling van het inkomen na beëindiging van de arbeidsovereenkomst te voorkomen. Hiermee is ontslagbescherming in de praktijk een belangrijke aanvulling op de werkloosheidsverzekering. Een evenwichtig stelsel kenmerkt zich door een balans tussen deze twee aspecten van sociaal beleid, in combinatie met het activeringsbeleid^{ix}. Als voorbeeld geldt veelal het Deense systeem waar een laag niveau van ontslagbescherming gepaard gaat met hoge (bijna universele) werkloosheidsuitkeringen en een streng activeringsbeleid (als onderdeel van een algemeen hoog niveau van investeringen in menselijk kapitaal). Deze 'gouden driehoek' ondersteunt de dynamiek op de arbeidsmarkt, *i.e.* werkgevers kunnen hun personeelsbestand snel aanpassen aan veranderende economische omstandigheden en de korte uitkeringsduur en het strenge activeringsbeleid voorkomen langdurige werkloosheid voor de werknemer. Werknemers worden bovendien niet belemmerd te zoeken naar de beste 'match' op de arbeidsmarkt of te investeren in vergroting van hun eerder genoemde *employability*, omdat een periode van werkloosheid doorgaans geen grote inkomensgevolgen heeft. Het Deense stelsel lijkt daarmee, bij eerste beschouwing, te voldoen aan de eerder genoemde beginselen van een evenwichtig ontslagstelsel. In de volgende paragraaf zullen we analyseren of het huidige ontslagstelsel in ons land ook voldoet aan deze uitgangspunten van een evenwichtig ontslagstelsel.

Knelpunten van het huidige ontslagstelsel

Hoge kosten van ontslag

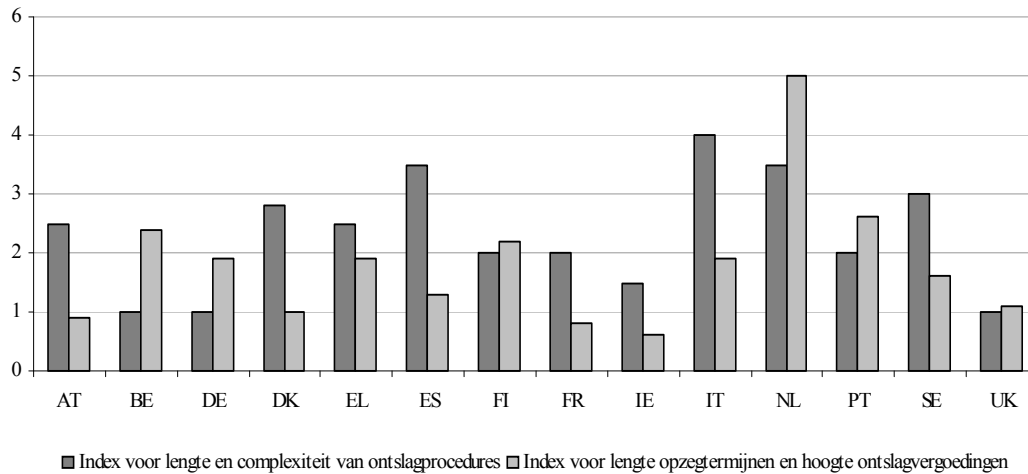
Een van de meest gehoorde kritiekpunten op het huidige stelsel van ontslagbescherming is dat er hoge kosten met ontslag gemoeid zijn. De belangrijkste kosten bij ontslag zijn de kosten van de behandeling van de ontslagzaak door het CWI of de kantonrechter, de loondoorbetaling tijdens de behandelingsduur van het ontslag, de loondoorbetaling tijdens de opzegtermijn bij ontslag via het CWI c.q. de ontbindingstermijn bij ontslag via de kantonrechter en de ontslagvergoeding van de werkgever aan de werknemers. Knegt en Tros van het Hugo Sinzheimer Instituut hebben recent deze diverse kosten voor ontslag berekend.^x

De direct aan de ontslagprocedure verbonden kosten, waaronder de gesprekken met de werknemer, het inwinnen van extern advies en het opmaken van een personeelsdossier met daarin de redenen voor het ontslag,

bedragen gemiddeld 2200 euro voor ontslag via het CWI en 4000 euro voor ontslag via de kantonrechter.^{xi} Deze bedragen zijn hoger dan die uit een eerder onderzoek van Hassink et al., hetgeen toe te schrijven is aan verschillen in de gebruikte onderzoeksmethoden.^{xii} Daarnaast zijn er de kosten van loondoorbetaling tijdens de ontslagprocedure, die voor de CWI-route zo'n 5.6 maanden duurt en voor de rechtersroute zo'n 5 maanden. Opvallend is dat de rechtersroute in werkelijkheid niet zoveel korter blijkt dan de CWI-route, al gaat het hier om gemiddelden. De kosten van loondoorbetaling zijn gemiddeld respectievelijk 7500 en 9400 euro.^{xiii} Herin zijn ook de kosten van loondoorbetaling tijdens de wettelijke opzegtermijn (ontslag via CWI) of ontbindingstermijn (ontbinding via de kantonrechter) inbegrepen. Tot slot zijn er de kosten voor de werkgever als gevolg van de tegemoetkoming naar de werknemer, in de vorm van een ontslagvergoeding (46% van de ontslagzaken), een aanvulling op de werkloosheidsverzekering (4% van de ontslagzaken), een bijdrage in het pensioen (5% van de ontslagzaken) of kosten verbonden aan outplacement of training van de ontslagen werknemer (23% van de ontslagzaken). In 36 procent van de ontslagzaken wordt geen tegemoetkoming aan de werknemer betaald, waarbij het in het merendeel van de gevallen gaat om ontslag op staande voet. De totale kosten van vergoedingen aan de werknemer bedragen gemiddeld 2700 euro voor ontslagzaken via het CWI en 12800 euro voor ontslagzaken via het kantongerecht (respectievelijk 2.6 en 6 maandsalarissen).^{xiv} Het verschil zit met name in de gehanteerde kantonrechtersformule voor ontslag via de rechter, waarbij de ontslagvergoeding fors kan oplopen. Tot slot geven Knecht en Tros de gemiddelde totale kosten voor ontslag per route, die neerkomen op 13600 euro voor ontslag via het CWI en 28500 euro voor ontbinding via de kantonrechter. Dit correspondeert met respectievelijk 8.1 en 10.8 maandsalarissen.^{xv}

Een internationale vergelijking van de totale kosten van ontslag ontbreekt, maar Figuur 1 laat zien dat de administratieve procedure in Nederland lang en ingewikkeld is in vergelijking met andere landen.^{xvi} Dit komt met name door de dualiteit van het stelsel en de lengte van de ontslagprocedure bij het CWI. Met name het verschil met Denemarken, veelal gebruikt als model als het gaat om efficiënt arbeidsmarktbeleid, is groot. Wat betreft de ontslagvergoeding en opzegtermijn laat de figuur zien dat deze in Nederland ook erg hoog is. Met name de ontslagvergoeding voor werknemers met een lange arbeidsduur (meer dan 15 jaar) is fors in een Europese context. Worden in Nederland in zo'n geval gemiddeld 18 maandsalarissen uitbetaald, in Denemarken zijn dit er slechts 3. Alleen in Portugal is de ontslagvergoeding op dit punt hoger, zo'n 20 maanden. Opgemerkt moet worden dat de OECD index gebruikt in figuur 1 een theoretische ontslagvergoeding gebruikt op basis van de kantonrechtersformule, alleen voor ontslagen via de rechter, waarbij een gemiddelde correctiefactor van 1 is gebruikt. De eerder genoemde studie van Knecht en Tros laat echter zien dat in andere gevallen ook een ontslagvergoeding wordt toegekend en dat de gehanteerde correctiefactor lang niet altijd gelijk is aan 1. In werkelijkheid kan de index daarmee hoger uitkomen.

Figuur 1: OECD index voor ontslagprocedure, opzegtermijnen en ontslagvergoedingen.



Bron: OECD (2004).

Arbeidsmarktflexibiliteit

Een tweede punt van kritiek op het huidige ontslagstelsel is dat het de flexibiliteit op de arbeidsmarkt belemmert. Op basis van economische theorie wordt een negatief verband verwacht tussen ontslagbescherming en de doorstroom op de arbeidsmarkt.^{xvii} De hoge kosten van ontslag belemmeren de werkgever werknemers te ontslaan, waardoor de instroom in de werkloosheid laag is. Daarnaast is een werkgever meer terughoudend met het in dienst nemen van personeel in vaste dienst, omdat hij weet dat hij er weer lastig vanaf komt. Hierdoor zijn de baankansen voor de werklozen kleiner en de gemiddelde werkloosheidsduur langer. Deze lagere baanvernietiging en baancreatie, ofwel lagere mobiliteit op de arbeidsmarkt, leiden volgens de theorie niet tot de optimale match tussen vragers en aanbieders van arbeid. Een werknemer houdt te lang vast aan een ‘slechte match’ enerzijds omdat de werkgever hem niet makkelijk kan ontslaan en anderzijds omdat de werknemer het opgebouwde recht op ontslagbescherming niet wil opgeven. Gevolg is dat de werkgever niet de hoogste productiviteit bereikt en de werknemer ontwikkelt zijn talenten niet optimaal, i.e. er heerst een niet-optimaal evenwicht in de economie.

Zowel de negatieve relatie tussen baanvernietiging en de hoogte van ontslagbescherming als de positieve relatie tussen baancreatie en de hoogte van ontslagbescherming worden bevestigd door empirische literatuur.^{xviii} Tabel 1 laat zien dat Nederland een relatief lage instroom in de werkloosheid kent (benadering voor de mate van baanvernietiging) alsook een lage instroom in werk (benadering voor de mate van baancreatie).^{xix} Wat betreft de gemiddelde werkloosheidsduur, laat Tabel 1 zien dat het aandeel werklozen dat langer dan een jaar werkloos relatief hoog is: 40 procent in vergelijking met slechts 23 procent in Denemarken. De kans om uit de werkloosheid te stromen hangt, los van de individuele kenmerken van de werkloze en de economische cyclus, af

van een aantal andere beleidsfactoren, waaronder de hoogte van de uitkering en het activeringsbeleid.^{xx} Zoals gesteld, in een evenwichtig ontslagstelsel moeten deze factoren meegenomen worden. De werkloosheidsuitkering in Nederland is relatief hoog (zie Tabel 1) en de theorie stelt dat de prikkel tot het zoeken naar een baan met een dergelijke hoge uitkering klein is. Een streng activeringsbeleid kan deze prikkel vergroten.

In Nederland ligt hier nog een grote verantwoordelijkheid bij het individu zelf. In Denemarken bijvoorbeeld is de zoekplicht vergelijkbaar maar de begeleiding strikter, waardoor twee positieve effecten op de uitstroom uit de werkloosheid optreden: (1) De werkloze wil voorkomen dat hij in een intensief begeleidingstraject komt, waardoor hij actiever zoekt naar een baan in de ‘vrije periode’, het motiveringseffect; (2) Door de intensieve begeleidingsfase is de kans op het vinden van een baan daarna ook groter, het kwalificatie-effect.^{xxi} Het strengere activeringsbeleid vergroot de kans op werk, en daarmee de mate van baancreatie.

Tabel 1: kerngegevens werkloosheid in diverse Europese landen, 2003

	BE	DE	DK	NL	UK
Instroom in werkloosheid	8.4 ¹	9.7	6.4	2.3	9.9
Instroom in arbeid	11.7	22.7	13.3	7.8	19.2
Werkloosheidspercentage	7.7	5.4	9.3	4.2	4.8
Aandeel langdurige werkloosheid (> 12 mnd) onder werklozen	51.7	53.0	23.4	40.2	21.1
Vervangingsratio werkloosheidsuitkering alleenstaande	0.657	0.594	0.600	0.781	0.185

¹1998

Bron: de Beer en Schils (2007), OECD (2007)

Insiders-outsiders

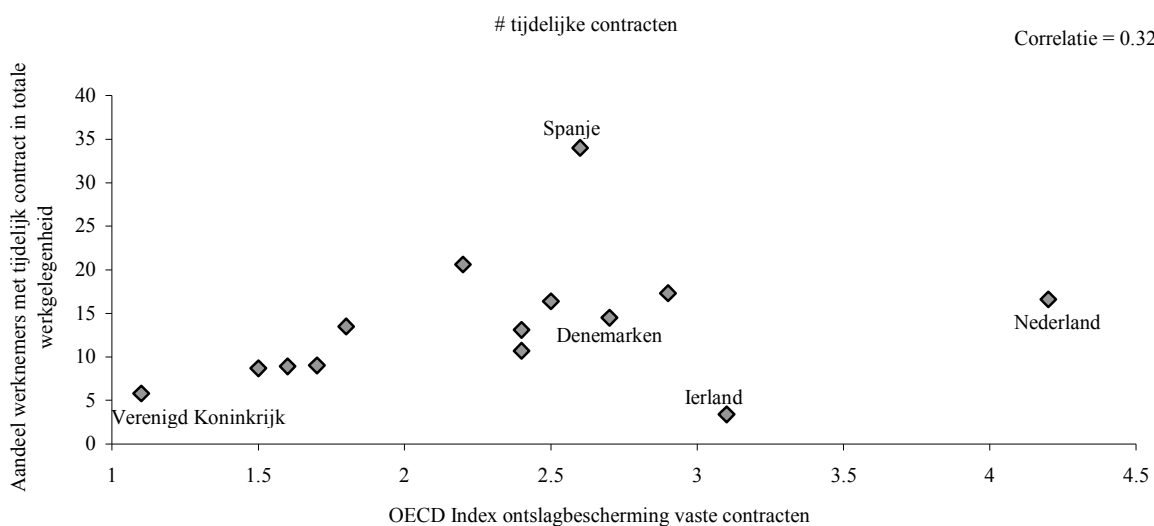
Een ander belangrijk kritiekpunt op een te hoog niveau van ontslagbescherming is dat het tot een tweedeling op de arbeidsmarkt leidt. Enerzijds zijn er de werknemers die een lange staat van dienst hebben en goed beschermd zijn tegen ontslag die als ze al ontslagen worden recht hebben op een relatief gunstige werkloosheidsuitkering, de insiders. Anderzijds zijn er de mensen die op basis van een tijdelijk contract werken, daarmee een hogere kans lopen op werkloosheid, maar die door de tijdelijkheid van hun contract vaak niet voldoen aan de eisen voor een werkloosheidsuitkering, maar terug vallen op een veel lagere bijstandsuitkering. Ook lopen ze een ontslagvergoeding mis, waarover later meer.^{xxii}

Empirisch wordt een positieve relatie tussen de mate van ontslagbescherming van werknemers op vaste contracten en het aantal werknemers op tijdelijke contracten in beperkte mate bevestigd, zoals Figuur 2 laat zien. De correlatie is 0.32 en er zijn vele uitschieters, waaronder ons land. Nederland kent, zoals gezegd, een hoge mate van bescherming voor werknemers met vaste contracten, maar het aantal werknemers met een tijdelijk

contract is niet bovengemiddeld hoog. Sterker nog, dit is ongeveer gelijk aan Denemarken waar echter een veel lagere mate van ontslagbescherming geldt. De OECD score voor deze bescherming is gemiddeld in Nederland, in tegenstelling tot de bovengemiddelde score voor ontslagbescherming van vaste contracten. Om het verschil in uitkering tussen de insiders en outsiders te analyseren berekenden de Beer en Schils voor een vijftal landen het inkomen dat de gemiddelde werknemer zou krijgen als hij zou voldoen aan de eisen van de werkloosheidsuitkering (de insider) of als hij niet zou voldoen aan deze eisen (de outsider).^{xxiii} Deze indicatie laat zien dat in de twee landen met de laagste ontslagbescherming, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk, de kloof tussen de insiders en outsiders het kleinste is, terwijl deze het grootste is in Nederland, waar de ontslagbescherming het meest strikt is. Op basis van slechts vijf landen kan echter geen significante correlatie worden vastgesteld.

Figuur 2: Correlatie ontslagbescherming en tijdelijke contracten

Bron: OECD (2004)



Preventieve toets

Hiervoor is al aan de orde gekomen dat de preventieve toets systematisch niet consistent is doorgevoerd. Zo geschiedt de preventieve toetsing door de ontbindingsrechter in een betrekkelijk korte procedure, waarin de partijen daadwerkelijk in persoon gehoord worden en waarna op korte termijn een beslissing volgt. Bij het CWI daarentegen worden partijen niet in persoon gehoord en dient bovendien na de beslissing van het CWI nog altijd de volledige opzegtermijn in acht te worden genomen. Een andere inconsistentie is dat het CWI zijn preventieve toetsing op geen enkele wijze vergezeld kan doen gaan van een vergoeding c.q. genoegdoening van een van de beide partijen. Een partij die na een opzegging na verkregen toestemming van het CWI alsnog voor een

vergoeding in aanmerking wil komen, moet daartoe een betrekkelijk lange procedure op tegenspraak voeren. Afgezien van het tijdsverloop is daarbij in de kennelijk onredelijke ontslagprocedure ook nog eens sprake van in essentie geheel nieuwe processtukken, aangezien de processtukken in het kader van de procedure ter verkrijging van toestemming zich vooral richtten op beëindiging en die in de tweede procedure bij de rechter zich bij uitstek zullen richten op de kennelijke onredelijkheid van die inmiddels plaatsgevonden hebbende beëindiging en dus vooral op de te verkrijgen vergoeding.

Een ander aspect is dat de preventieve toets in wezen een wassen neus is geworden. Uit diverse onderzoeken die de afgelopen jaren zijn gedaan is gebleken dat in vrijwel alle gevallen de gevraagde ontbinding wordt verleend respectievelijk de verzochte toestemming wordt verkregen. In die gevallen waarin de toestemming niet wordt verleend, blijkt de arbeidsovereenkomst binnen een jaar alsnog langs andere weg te zijn geëindigd.^{xxiv}

De gebrekkige grondslag voor ontslagvergoedingen

Over de berekeningsgrondslag voor de (omvang van) ontslagvergoedingen is in Nederland nooit fundamenteel gediscussieerd bij de totstandkoming van wet- of regelgeving. Zo kwam het onderwerp in 1953 bij de herziening van het ontslagrecht niet of nauwelijks aan de orde. Ook bij de vaststelling van de tekst van ontwerp titel 7.10 BW is er niet over dat onderwerp gesproken, waarbij wel gezegd moet worden dat de Minister van Justitie destijds expliciet aangaf dat het daarbij slechts ging om een technische herziening, waarbij het arbeidsovereenkomstenrecht in overeenstemming werd gebracht met de opzet, systematiek en het woordgebruik van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. De Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters bevatten op het punt van de berekeningsgrondslag van ontslagvergoedingen sedert de eerste versie geen enkele toelichting. De Aanbevelingen geven wel een zeer uitgebreide en gedetailleerde berekenings*methode*, maar als gezegd geen berekenings*grondslag*. Uiteenlopende auteurs hebben in de loop der jaren in de literatuur wel gedacht en over dit onderwerp geuit.^{xxv} Hieruit komt naar voren dat het bij ontslagvergoeding moet gaan om een vergoeding, die de door de werknemer (en in de weinig voorkomende gevallen: werkgever) het door deze geleden nadeel naar redelijkheid en billijkheid vergoedt. Een exacte schadevergoeding is alleen al daarom niet wel mogelijk, omdat diverse componenten van het geleden nadeel zich moeilijk in een vaste, consistente formule in geld laten uitdrukken. Zo denke men bijvoorbeeld aan de *factorkansen* op de arbeidsmarkt. Grapperhaus^{xxvi} heeft gesuggereerd om als uitgangspunt het "renteverlies" op het arbeidsvermogen te nemen. Door immers voor een bepaalde werkgever te gaan werken, zet de werknemer zijn arbeidsvermogen exclusief voor die werkgever in. Hij ontvangt daarvoor een (jaar)salaris. Dat is te zien als vergoeding voor de inzet van dat arbeidsvermogen. De "rente op het arbeidsvermogen" is dan te zien als de meerwaarde die het arbeidsvermogen in dat jaar zou moeten krijgen als gevolg van verdere op het bedrijf van de werkgever gerichte ontwikkeling daarvan door de werknemer. Die rente is uit te drukken als een percentage van de waarde die op jaarbasis wordt toegekend aan

inzet van het arbeidsvermogen – met andere woorden: het jaarsalaris. Naarmate de werkgever meer investeert in de werknemer, door hem bijvoorbeeld ook buiten het bedrijf bruikbare scholing te bieden, ontvangt de werknemer langs die weg rente op zijn arbeidsvermogen. Ook valt met deze gedachte te relativiseren dat in geval van een aan de werknemer zelf verwijtbare beëindiging van het dienstverband de vergoeding naar beneden wordt bijgesteld: immers in dat geval is sprake van een aanzienlijk lage "ontwikkelingsrente". Hoe hoog de rente op het arbeidsvermogen zou moeten zijn hangt af van het antwoord op de vraag hoeveel het arbeidsvermogen van een werknemer zich per jaar verder moet ontwikkelen. Wanneer men deze gedachte over rente op het arbeidsvermogen als berekeningsgrondslag voor ontslagvergoeding verder doorvoert, komt men overigens ook tot de vaststelling dat die rente in de laatste jaren van de loopbaan afneemt, zodat daar eerder sprake zou moeten zijn van een verlagende dan een verhogende leeftijdsfactor, zoals nu het geval is. Uit het feit dat wij het gedachtegoed van Grapperhaus in deze paragraaf op veel punten tussen aanhalingstekens plaatsen mogen blijken dat wij van mening zijn dat de door hem gesuggereerde berekeningsgrondslag zeker nog geen uitgewerkt idee betreft, maar het zal wel aanbeveling verdienen dat de discussie hierover nu echt eens op gang komt.

Een evenwichtig stelsel?

Als we bovenstaande relateren aan de eerder genoemde uitgangspunten voor een evenwichtig ontslagstelsel kunnen we concluderen dat het huidige Nederlandse ontslagstelsel niet als een evenwichtig stelsel gekenmerkt kan worden. De kloof tussen de insiders en outsiders, alsook de ongelijkheid in de vergoedingen laat zien dat het beginsel van *equality of resources* niet volledig teruggevonden wordt. De hoge ontslagbescherming van de insiders belemmert de (vaste) toegang tot de arbeidsmarkt voor de flexwerkers, en belemmert daarmee ook hun kans op verdere ontwikkeling van talenten, hun employability. Ook is de balans tussen de drie beleidsterreinen, ontslagbescherming, werkloosheidsverzekering en activeringsbeleid, niet optimaal in ons land. Een hoog niveau van ontslagbescherming gecombineerd met een hoog niveau van werkloosheidsuitkeringen en een zwak activeringsbeleid leiden tot langdurige werkloosheid. Deze werkloosheid treft dan met name de outsiders, opnieuw ongelijkheid. De voorgestelde wijzigingen van het ontslagrecht zijn bedoeld om te komen tot een meer evenwichtig ontslagstelsel en in de volgende paragraaf zullen we uiteenzetten of dit het geval zal zijn.

Naar een evenwichtig ontslagstelsel?

De eerste vraag die rijst is of de door het kabinet voorgestelde wijzigingen van het ontslagstelsel zal leiden tot lagere kosten. Het belangrijkste verschil is dat de gang naar de rechter of het CWI in de toekomst niet meer nodig is in wanneer de werkgever de wettelijke ontslagvergoeding betaalt. De proceskosten worden hiermee bespaard (= lagere kosten voor werkgever) alsook de druk op het rechterlijke stelsel (= maatschappelijke besparing). De voorgestelde wettelijke vergoeding ligt in sommige gevallen lager dan de huidige kantonrechtformule, met name voor mensen die langere tijd in dienst zijn geweest (door de maximum

vergoeding). De leeftijdsfactor blijft echter gehandhaafd, waardoor de kosten van ontslag van oudere werknemers wel hoger blijven, maar wederom met een maximum vergoeding. De verwachting is dat meer werkgevers en werknemers het eens zullen worden over het ontslag en er niet alleen minder zaken via de rechter gaan maar ook minder via het CWI. In dat laatste geval is de nieuwe procedure aanzienlijk korter en daarmee goedkoper (loondoorbetaling over kortere periode). Daartegenover moet dan wel de wettelijke vergoeding worden gesteld want in de oude CWI-route werd geen ontslagvergoeding betaald. Per saldo wordt verwacht dat de kosten van ontslag voor de werkgever lager zullen zijn.

De tweede vraag is of de voorgestelde verlaging van ontslagbescherming de arbeidsmarktflexibiliteit vergroot. Als het makkelijk en goedkoper wordt om mensen te ontslaan, zal de kans op werkloosheid toenemen, dat lijkt zeker. Als ook het niveau van baancreatie stijgt, zal de mobiliteit op de arbeidsmarkt toenemen. Met andere woorden: baan zekerheid wordt vervangen door werk zekerheid. De vraag is of de werkloze snel genoeg weer uit de werkloosheid zal stromen. Zoals genoemd dient aanpassing van het ontslagrecht onderdeel te zijn van een pakket beleidsmaatregelen in de gouden driehoek: werkloosheidsverzekering, actief arbeidsmarktbeleid en ontslagbescherming. Alleen dan kan een verlaging van de ontslagbescherming leiden tot een verhoging van de doorstroom op de arbeidsmarkt. Vooralsnog wordt er in het voorstel tot aanpassing van het stelsel van ontslagbescherming niets gezegd over aanpassingen op deze terreinen. Daarnaast is het positieve effect afhankelijk van de economische cyclus en het aanbod van banen. De positieve effecten hoeven niet op te treden op een arbeidsmarkt die gekenmerkt wordt door een dalende vraag naar arbeid.

Doordat de voormalige insiders nu ook een grotere kans lopen op ontslag, is er meer ruimte op de arbeidsmarkt voor de outsiders. In dat opzicht ontstaat meer gelijkheid tussen de flexwerkers en de werknemers op een vast contract. Er treden echter andere ongelijkheidsrisico's op in het nieuwe stelsel. Het zullen met name oudere werknemers zijn die een hoger risico op ontslag lopen en de vraag is of deze groep werknemers weer snel een baan vindt. Door hun hogere lonen en bedrijfsspecifieke kennis zijn ze minder bruikbaar voor een nieuwe werkgever. Deelen et al. stellen dat door tijdig te investeren in de opbouw van (ook meer algemeen) menselijk kapitaal, deze werknemers zich kunnen wapenen tegen ontslag of langdurige werkloosheid.^{xxvii} Met de voorgestelde wijzigingen is er wel een scholingsverplichting voor werkgevers, maar het is onduidelijk hoe deze ingevuld gaat worden en met name hoe de naleving ervan gecontroleerd gaat worden. Het is echter de vraag in hoeverre werkgevers bereid zijn hieraan mee te werken. Met name de investering in het menselijk kapitaal van oudere werknemers zal tekort schieten, onder andere omdat de terugverdientijd voor de investering korter is.^{xxviii}

Het is, teneinde te voorkomen dat een vernieuwing van het ontslagrecht niet tot de gewenste vergroting van gelijke arbeidsmarktkansen leidt, noodzakelijk dat een dergelijk voorstel vergezeld gaat van twee maatregelen. In de eerste plaats moeten er voor sociale partners duidelijke verplichtingen komen op het gebied van participatiedoelstellingen. De eerste jaren van een nieuw ontslagstelsel zal het van belang zijn om het werkelijk tot evenwicht laten komen van dat nieuwe stelsel te ondersteunen door middel van maatregelen die de

participatie in het algemeen en de participatie van zwakke groepen in het bijzonder vorderen. Ten tweede is het noodzakelijk dat er voor de groep, die ook bij het treffen van allerlei participatiemaatregelen nog het meest buiten de boot dreigen te vallen, voornamelijk oudere werknemers, een overgangsregeling komt.

Het nieuwe ontslagrecht vereist evenwel dat er ook een evenwicht komt tussen de civielrechtelijke notie van nadeelcompensatie bij ontslag enerzijds en de in het licht van arbeidsmarktpolitiek beleidsmatig gewenste beperking van ontslagkosten anderzijds. Een stelsel van ontslagvergoedingen, waarbij zonder enige onderbouwing – zonder rekening te houden met werkelijk geleden nadeel, met inkleuring door de redelijkheid en billijkheid of met wat er in het kader van activeringsbeleid gewenst is – helpt het ontslagstelsel niet vooruit naar meer evenwicht.

Conclusie

Het huidige ontslagstelsel is door zijn gebrekkige systematiek en de daarmee samenhangende vele inconsistenties niet evenwichtig. Het leidt tot veel hogere, vaak onnodige kosten en werkt negatief uit op het activeringsbeleid. Vernieuwing van het ontslagrecht om zo te komen tot een evenwichtig ontslagstelsel vereist dat procedures minder omslachtig worden, dat wijziging van regelgeving over het ontslag gepaard gaat met zeker voor de eerste jaren corrigerende participatiemaatregelen en tenslotte: dat de ontslagvergoedingsystematiek op een doordachte wijze wordt uitgevoerd.

Noten

- i L. van der Geest, I. Koopmans en M.M.J. Stavenuiter, *Bescherming en economische efficiëntie: een alternatief ontslagstelsel*, Breukelen: Nyfer 2000
- ii Ministerie van SZE, Adviesaanvraag inzake heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en ontslagrecht, Den Haag dd. 3 juli 2007.
- iii C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, De eeuw van de wet op de arbeidsovereenkomst, in: NJB 2007, nr. 27, blz. 1654-1661;
- iv Zie voor een uitvoeriger overzicht van de geschiedenis van het BBA N.J. Nader, *Titel*;
- v Voor de geschiedenis van artikel 7:685 BW, voorheen artikel 1639 BW, leze men C.J. Loonstra, Het bereik van de ontbindingsprocedure ex artikel 1639w BW, Nijmegen 1995;
- vi Voor de volledige tekstweergave van de aanbevelingen met toelichting, zie Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, 4^e druk, Deventer 2007;
- vii Voor de geschiedenis rondom dit wetsartikel leze men M.G. Levenbach, Nieuw Burgerlijk Rechterlijk Ontslagrecht, Alphen aan de Rijn 1954;
- viii Zoals geformuleerd door Ronald Dworkin, zie voor een overzicht van zijn gedachtegoed op dit punt onder meer P.B. Retur en M.A. Loot (redactie), rechtsfilosoof uit de 20^e eeuw, Arnhem 1992;
- ix Tweede Kamer der Staten-Generaal (2007), Rijksbegroting, p6-9.
- x R.Knegt en F.H. Tros (2007). *Ontslagkosten van werkgevers*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut.
- xi Knegt en Tros (2007), p.23.
- xii W.H.J. Hassink, A.M. Roorda & A.M. Reitsma, 'Gedwongen ontslag via kantonrechter of RDA? Een economische analyse', *Sociaal Maandblad Arbeid*, 53 (10), pp. 440-48, 1998.
- xiii Knegt en Tros (2007), p.26.
- xiv Knegt en Tros (2007), p.40.
- xv Knegt en Tros (200&), p. viii.
- xvi OECD (2004), *Employment Outlook 2004*, Paris.
- xvii A. Deelen, E. Jongen & S. Visser. *Employment protection legislation: Lessons from theoretical and empirical studies for the Dutch case*, CPB document nr. 135, Den Haag, 2006.
- xviii Deelen et al., 2006, p. 49.
- xix P.T. de Beer en T. Schils (2007), *Does it matter who takes responsibility? The distribution of responsibility for unemployment insurance, employment protection and active labour market policy in five European countries*, AIAS Working Paper no. 57, Amsterdam.
- xx Zie S.Hoff & G. Jehoel-Gijsbers. *De uitkering van een baan, reïntegratie van uitkeringsontvangers 1992-2002*, SCP publicatie no. 2003-II, Den Haag, 2003.
- xxi P.K. Madsen. *Distribution of responsibility for social security and labour market policy in Denmark*, AIAS working paper no. 51, Amsterdam, 2007.
- xxii Een en ander is zeer uitgebreid terug te vinden uit de gegevensverzameling en uitgebreide weergaven van diverse onderzoeksresultaten in het recente WRR-rapport nr. 77 "Investeren in werkzekerheid";
- xxiii De Beer en Schils (2007), p.42. Dit is slechts een benadering van de inkomenskloof tussen insiders en outsiders. Een meer uitgewerkte analyse moet gebaseerd zijn op microdata zodat gecorrigeerd kan worden voor achtergrondkenmerken van de individuen.
- xxiv Zie voor een uitvoerig overzicht van de betreffende onderzoeken en onderzoeksresultaten F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair*, Deventer 2006;
- xxv Zie onder meer C.J. Loonstra/W.A. Zondag, *Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief*, NJB 2000, blz. 267; M. Barendrecht, *Een verfijndere kantonrechtformule: de beste basis voor ontslagbescherming*, *ArbeidsRecht* 2004, nr. 38, blz. 4-13; F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair*, Deventer 2006; E. Verhulp, o.m. in: *Ontslagrecht in beweging*, Den Haag 2006, blz. 22-23; en het stuk van Baris in *ArA*
- xxvi F.B.J. Grapperhaus, *The end of the affair*, l.c., blz. 55;
- xxvii Deelen et al, 2006, pp74-75.
- xxviii Zie ook D.J. Fouarge en T. Schils (2007), *Participation in training and its effect on the decision to retire early*, paper prepared for the EALE conference, September 2007, Oslo.