

1400

Aan de Vaste Kamercommissie voor Sociale Zaken en
Werkgelegenheid en de Tweede Kamerfracties van de
diverse politieke partijen

DATUM	ONS KENMERK	UW BRIEF VAN	UW KENMERK
11.06.2012			
E-MAIL	TELEFOON	FAX	BIJLAGE(N)
w.bouwens@vu.nl	+31 20 598 6266	+31 20 598 6266	

Betreft: Versoepeling ontslagrecht

Geachte heer, mevrouw,

De ondertekenaars van deze brief – allen wetenschappers, verbonden aan de rechtenfaculteiten van de Vrije Universiteit te Amsterdam, de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Rijksuniversiteit Groningen, de Universiteit van Tilburg en de Universiteit Utrecht – hebben grote bezwaren tegen de in het Lenteakkoord geformuleerde plannen met betrekking tot het ontslagrecht en de Werkloosheidswet (WW). Deze plannen zijn naar onze mening gebaseerd op onjuiste veronderstellingen en zullen niet een positieve, maar juist een negatieve uitwerking hebben op de Nederlandse economie, de machtsverhoudingen binnen bedrijven en de tweedeling op de Nederlandse arbeidsmarkt. Wij lichten dat toe.

Voorop gesteld moet worden dat de Nederlandse arbeidsmarkt zeer flexibel is. De ruime mogelijkheden om bepaaldetijdcontracten aan te gaan en uitzendkrachten in te schakelen brengen mee dat bedrijven hun personeelsbestand snel kunnen aanpassen aan gewijzigde economische omstandigheden. Maar ook als het om onbepaaldetijdcontracten gaat, moeten we de starheid van ons stelsel niet overdrijven. Soms krijgt men de indruk uit het politieke debat, dat het in Nederland nauwelijks mogelijk is om iemand met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen zijn wil te ontslaan. Arbeidsjuristen weten wel beter. Jaarlijks wordt de arbeidsovereenkomst van tienduizenden werknemers met toestemming van het UWV opgezegd of door de rechter ontbonden. Van de ontslagaanvragen die bij het UWV worden ingediend, wordt minder dan 10% geweigerd [zie de Jaarrapportages Ontslagstatistiek van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid]. Ook de bij de kantonrechter ingediende ontbindingsverzoeken worden in het overgrote deel van de gevallen gehonoreerd.

Dat het met die starheid van ons ontslagrecht wel meevalt, blijkt ook uit de statistieken van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling, de OECD [zie *Employment Outlook 2011*]. Nederland scoort in de tabellen van deze organisatie op het punt van *Employment Protection strictness* over het geheel genomen 2,1 op een schaal van 0 tot 6. Dat is precies gelijk aan het gemiddelde van alle OECD-landen. Duitsland, dat als het om de bestrijding van de gevolgen van de

FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID
Staats- en Bestuursrecht/Sociaal Recht

BEZOEKADRES
De Boelelaan 1077
1081 HV Amsterdam

POSTADRES
De Boelelaan 1105
1081 HV Amsterdam

WWW.RECHTEN.VU.NL

crisis gaat zo vaak als gidsland wordt gepresenteerd, scoort op alle vier door de OECD onderscheiden punten van Employment protection strictness - dus ook als het gaat om de bescherming van werknemers met een onbepaaldetijdcontract - hóger dan Nederland.

Ook voor de stelling dat een soepeler ontslagrecht tot meer werkgelegenheid leidt, bestaat geen wetenschappelijke onderbouwing. Dat deze stelling betwistbaar is, blijkt uit diezelfde OECD-statistieken. De Verenigde Staten en Denemarken, die op alle punten van Employment protection strictness lager scoren dan Nederland, kennen een aanmerkelijk hóger werkloosheidspercentage dan ons land, terwijl Luxemburg, het land dat na Turkije over het geheel genomen het hoogst scoort op het punt van Employment protection strictness, bijna de laagste werkloosheid heeft van alle OECD-landen.

Dat een soepeler ontslagrecht het competitief vermogen van onze economie zou versterken, is onjuist. Zo heeft de aan de universiteit Delft verbonden onderzoeksgroep van econoom Alfred Kleinknecht bij herhaling aangetoond dat een soepeler ontslagrecht weliswaar arbeidskosten bespaart – de lonen zullen dalen – maar ten koste gaat van de arbeidsproductiviteit en de innovatieve kracht van bedrijven.¹ Werkgevers zijn bij goedkopere arbeid minder bereid te investeren in innovatieve processen en zullen minder investeren in de opleiding van hun personeel wanneer werknemers met verouderde kennis door het versoepelde ontslagrecht eenvoudig vervangen kunnen worden door nieuwe arbeidskrachten; voor werknemers geldt dat hun loyaliteit aan het bedrijf en hun bereidheid functiespecifieke investeringen te doen, bij een hogere baanzekerheid toeneemt. Het is niet voor niets dat veel werkgevers in hun onderneming wel een flexibele schil aanhouden, maar deze beperken tot 25 a 30% van het totale personeelsbestand. Nog meer flexibiliteit werkt contraproductief.

Het idee werkgevers op te laten draaien voor een deel van de WW-lasten klinkt sympathiek, in die zin dat het werkgevers scherper confronteert met de maatschappelijke kosten van beëindiging van het dienstverband ('de vervuiler betaalt'). Wellicht dat het sommige werkgevers zelfs zal stimuleren om werknemers actief te ondersteunen en te begeleiden naar nieuw werk. De uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte heeft immers ook een positieve uitwerking gehad op de instroom in de arbeidsongeschiktheidsregelingen, zo zou men kunnen redeneren. Toch plaatsen wij ook bij dit voorstel grote vraagtekens. Werkloosheid is voor bedrijven een veel minder beïnvloedbaar risico. Het is bovendien conjunctuurgevoelig; in tijden van economische neergang kan het zich massaal en in golven voordoen, zonder dat dit voor de bedrijven was te voorzien en zonder dat zij daar grip op hebben. Werkloosheid is niet voor niets nog steeds niet particulier verzekeraar. Gevreesd moet worden dat het verhaal van WW-lasten net dat laatste zetje zal zijn dat veel bedrijven in economische moeilijkheden over de rand van de financiële afgrond zal duwen, met vernietiging van werkgelegenheid tot gevolg. Het in het Lenteakkoord gemaakte voorbehoud voor kleine bedrijven kan ons niet geruststellen. Klein is niet synoniem aan kwetsbaar. Ook grote werkgevers kunnen in financiële moeilijkheden komen. Daar zullen de ontslagen bovendien veel grotere groepen werknemers betreffen, met alle financiële rampspoed van dien.

Als het om de met de WW-maatregel te realiseren bezuinigingen gaat, mag de overheid zich overigens ook niet rijk rekenen. Indien de WW-lasten niet meer op de collectieve kassen drukken, leidt dat na verloop van tijd tot een verlaging van de WW-premie. Als ook de inkomsten dalen, blijft het saldo van baten en lasten gelijk. Op de langere termijn draagt deze maatregel dus nauwelijks bij aan terugdringing van het begrotingstekort.

¹ Zie onder meer: A. Kleinknecht, R. Naastepad, S. Storm, 'Het nut van ontslagbescherming', *S&D* 2012, 3; R. Dekker, A. Kleinknecht, 'Flexibel werk schaadt groei arbeidsproductiviteit', *ESB* 2008, nr. 4533; R. Vergeer, A. Kleinknecht, 'The impact of labor market deregulation on productivity: a panel data analysis of 19 OECD countries (1960-2004)', *Journal of Post Keynesian Economics* 2010, 11, nr. 2371.

De wenselijkheid van de aangekondigde maatregelen is vanuit macro-economisch perspectief derhalve betwistbaar. En dat geldt ook voor de andere doelstelling die aan de versoepeling ten grondslag wordt gelegd: het verkleinen van de kloof tussen outsiders en insiders. Aangenomen mag worden dat het ontslagrecht één van de oorzaken is dat vele werknemers niet, althans niet meteen, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen aangeboden, maar werkzaam zijn als uitzendkracht of op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dat de versoepeling van het ontslagrecht ertoe zal leiden dat deze outsiders voortaan wel een onbepaaldetijdcontract zullen verwerven, is echter een idee fixe.

Onze arbeidsmarkt is gesegmenteerd. In een deel daarvan hebben we te maken met veelal laag opgeleide, eenvoudig vervangbare arbeidskrachten ('voor jou tien anderen'). Juist in dat deel van de arbeidsmarkt vinden we de outsiders. Zij zullen door een versoepeling van het ontslagrecht niet tot insider promoveren. Sterker nog, gevolg zal waarschijnlijk slechts zijn dat kansarme 'insiders' – denk vooral aan 55+-ers en werknemers met een handicap - eerder ontslagen worden en vervangen door meer flexibel personeel.

Ook na een versoepeling van het ontslagrecht zal het voor werkgevers voordelig zijn bepaaldetijders in dienst te nemen. Zij genieten ook dan nog altijd minder ontslagbescherming dan onbepaaldetijders. Daaraan voegt het akkoord nog toe dat bij bepaaldetijdcontracten een kleiner deel van de WW-lasten op de werkgever wordt verhaald. Maar er zijn meer bezwaren tegen het aanbieden van onbepaaldetijdcontracten. Met name de loondoorbetalingsverplichting van twee jaren bij ziekte vormt, zeker in dit deel van de arbeidsmarkt, een belangrijke reden om bepaaldetijdcontracten aan te gaan en uitzendkrachten in te lenen. Daar zal een versoepeling van het ontslagrecht niets aan veranderen.

Aan het voornemen de hoogte van de ontslagvergoeding te maximeren lijkt de veronderstelling ten grondslag te liggen dat een werknemer bij ontslag steeds een vergoeding meekrijgt. Dat is onjuist. De kantonrechttersformule, die globaal gesproken uitgaat van een vergoeding gelijk aan een maandsalaris per dienstjaar, geldt uitsluitend voor het geval de arbeidsovereenkomst door de rechter wordt ontbonden. De Hoge Raad heeft in 2009 geoordeeld dat deze formule niet gebruikt mag worden bij opzegging van de arbeidsovereenkomst.² In dat laatste geval is alleen plaats voor een vergoeding van de te verwachten schade voor de werknemer en dat alleen indien en voor zover de werkgever gehandeld heeft in strijd met zijn verplichting zich als goed werkgever te gedragen. Gevolg van deze jurisprudentie is dat bij een opzegging na toestemming van het UWV thans reeds in veel gevallen helemaal geen of een zeer bescheiden ontslagvergoeding wordt toegekend.

Verder zal de voorgenomen maximering van de wettelijke ontslagvergoeding de tweedeling op de arbeidsmarkt waarschijnlijk slechts bevorderen. In het politieke debat lijkt men zich nauwelijks te realiseren dat de hoge ontslagvergoedingen die de afgelopen jaren zoveel publieke ergernis hebben veroorzaakt, veelal niet gebaseerd zijn op de wet, maar op afspraken tussen werkgever en werknemer of door de onderneming gedane toezeggingen. Een maximering van de wettelijke ontslagvergoeding zal dergelijke afspraken en toezeggingen niet raken. Gevolg van de voorgenomen maatregelen zal vrijwel zeker zijn dat de huidige tendens, waarin werknemers met een goede arbeidsmarktpositie en hoge salarissen reeds bij aangaan van de arbeidsovereenkomst afspraken maken over de hoogte van de ontslagvergoeding of compensatie bedingen in de sfeer van de beloning, zich verder zal versterken. Werknemers in het lagere segment zullen niet in staat zijn dergelijke toezeggingen af te dwingen en terug vallen op de beperkte wettelijke vergoeding.

² Arrest van 27 november 2009, LJN BJ6596 (Van de Grijp/Stam)

Doorvoering van de plannen betekent een ernstige verslechtering van de rechtspositie van de werknemer. Hij zal voortaan het initiatief moeten nemen om de redelijkheid van het ontslag te laten toetsen. De drempel om dat te doen, is hoog. De gerechtelijke procedure duurt lang en de uitkomst is onzeker, de daaraan verbonden kosten zijn omvangrijk, zeker als men bedenkt dat een veroordeling in de kosten van de wederpartij niet is uitgesloten. Maar er staat meer op het spel dan de bestaanszekerheid van individuele werknemers. De machtsverhoudingen binnen het bedrijf zullen veranderen. Een werknemer die zo op straat kan worden gezet, zal zich wel twee keer bedenken voordat hij beslissingen van het management bekritiseert of misstanden aan de kaak stelt.

Maar ook voor werkgevers is een repressief ontslagstelsel niet per se voordelig. Het is niet voor niets dat ook werkgeversvertegenwoordigers, zich in het verleden tegen het schrappen van de preventieve ontslagtoets hebben uitgesproken.³ Zowel voor de ontslagprocedure bij het UWV als voor de ontbindingsprocedure geldt dat zij voorziet in een laagdrempelige en goedkope procedure die leidt tot een relatief snelle beslissing over de rechtvaardigheid van het ontslag. Het preventieve ontslagrecht zet werkgevers er voorts toe aan een ontslagvoornemen deugdelijk te motiveren en te verantwoorden. Aldus wordt voorkomen dat een onvoldoende onderbouwd of slecht gedocumenteerd ontslagvoornemen kan worden geëffectueerd. In een repressief ontslagstelsel zal deze werkgever pas na een langdurige periode van onzekerheid - na hoger beroep en cassatie zelfs vele jaren - worden geconfronteerd met hoge kosten. Blijft het afspiegelingsbeginsel het uitgangspunt voor de selectie bij ontslagen, dan zijn ongelukken vrijwel zeker niet te vermijden. Dit beginsel is in de praktijk zo lastig toe te passen, dat werkgevers en advocaten daarbij vaak de hulp van het UWV WERKbedrijf inroepen.

Kortom, de plannen zijn gebaseerd op onjuiste veronderstellingen omtrent de starheid van ons ontslagstelsel en de positieve gevolgen van een versoepeling voor onze economie en de positie van outsiders. Dit betekent overigens niet dat wij een herziening van het ontslagrecht onwenselijk achten. De preventieve toets door het UWV voorkomt al te grote ongelukken, maar levert ook veel administratieve rompslomp op en biedt nauwelijks ruimte voor maatwerk. Wij zouden daarom willen pleiten voor het driekwartdwingendrechtelijk maken van de procedure bij het UWV. Dat wil zeggen dat werkgevers en hun organisaties met de vakbonden bij cao kunnen overeenkomen dat paritair samengestelde ontslagcommissies op basis van door de sociale partners in die cao of een sociaal plan zelf vastgestelde criteria beoordelen of een redelijke grond bestaat voor ontslag. Komt een dergelijke cao niet tot stand dan valt men terug op de wettelijke procedure bij het UWV.

Groot probleem van het huidige ontslagstelsel is verder het verschil in de hoogte van de ontslagvergoeding, afhankelijk van de door de werkgever gevolgde ontslagroute: bij opzegging na toestemming van het UWV geen of nauwelijks een vergoeding en bij rechterlijke ontbinding in beginsel een maandsalaris per dienstjaar. Dat verschil is niet te rechtvaardigen. De ontbindingsvergoeding is te hoog, omdat zij niet in verhouding staat tot de werkelijk door de werknemer als gevolg van het ontslag te lijden schade. Een oplossing zou kunnen worden gevonden door deze vergoeding beter af te stemmen op de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Een wetswijziging is daarvoor niet per se nodig, al zou vervanging van het begrip 'vergoeding' in art. 7:685 lid 8 van het Burgerlijk Wetboek door het begrip 'schadevergoeding' deze ontwikkeling kunnen bevorderen.

³ Stichting van de Arbeid, Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel, Den Haag 2003, publicatienummer 7/03 en Stichting van de Arbeid, Commentaar van de Stichting van de Arbeid op de adviesaanvraag 'Hoofddlijnen heroverweging arbeidsovereenkomstenrecht en het ontslagrecht', Den Haag 2007, publicatienummer 5/07.

Wij hopen dat het vorenstaande voor u aanleiding vormt om de plannen van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid met betrekking tot het ontslagrecht en de WW nog eens kritisch te bezien.

Graag tot nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens
Hoogleraar Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Prof. mr. dr. C.J. Loonstra
Hoogleraar arbeidsrecht aan de Erasmus universiteit Rotterdam

Prof. mr. dr. W.A. Zondag
Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen

Prof. mr. dr. F.J.L. Pennings,
Hoogleraar Sociaal Recht aan de Universiteit Utrecht

Prof. mr. dr. M.S. Houwerzijl
Hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit van Tilburg

Prof. dr. K. Boonstra
Hoogleraar Internationaal Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Prof. mr. dr. A.R. Houweling
Hoogleraar Grondslagen van een modern arbeidsrecht aan de Erasmus universiteit Rotterdam

Prof. mr. dr. E. Lutjens
Hoogleraar Pensioenrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Prof. mr. dr. A.P.C.M. Jaspers
Emeritus-hoogleraar Arbeidsrecht aan de Universiteit Utrecht

Mr. dr. W.L. Roozendaal
Universitair hoofddocent Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Mr. dr. L. van den Berg
Universitair docent Sociaal Recht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Mr. dr. S.F.H. Jellinghaus
Universitair docent Arbeidsrecht en Sportrecht aan de Universiteit van Tilburg

Dr. R. Dekker
Senior onderzoeker aan de Universiteit van Tilburg

Mr. S.H. Kuiper
Docent/onderzoeker aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Mr. D.M.A. Bij de Vaate
Docent/onderzoeker aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

Mr. I.R.W. Witte
Onderzoeker aan de Vrije Universiteit te Amsterdam