



Torenallee 20, 5617 BC Eindhoven
Bijdrage Gerko Oberman IAK Wet arbeidsmarkt in balans

Beste lezers,

Hieronder ga ik in op de voorstellen in de Wet arbeidsmarkt in balans die zien op een wijziging van het ontslagrecht.

Betekenis van ontslag voor de samenleving

Door het onderzoeksinstituut Hiil is onderzoek gedaan naar de impact van een ontslag. De conclusies daarvan zijn beschreven in het rapport van 2015 (Rechtvaardigheid van ontslagprocedures) en min of meer herhaald in 2017 (“Menselijk en rechtvaardig: Is de rechtsstaat er voor de burger? “).

Hiil constateert onder meer: “Ontslagproblemen gaan voor werknemers gepaard met verlies aan zelfvertrouwen (42%), stress/psychische gezondheidsklachten (55%) en fysieke klachten (29%). 43% van de respondenten geeft aan dat het ontslag hun leven in (zeer) grote mate negatief heeft beïnvloed en daarmee is ontslag na huiselijk geweld, scheiding, schulden en gedragsproblemen met kinderen het vijfde rechtsprobleem qua negatieve impact op het leven van Nederlanders.”

In algemeen kan worden gezegd dat een ontslag dus een grote betekenis heeft voor de betrokken werknemer.

Het onderzoek van Hiil maakt aannemelijk dat aan ontslag hoge kosten voor de maatschappij zijn verbonden. Naar de exacte hoogte van de kosten is geen onderzoek gedaan. Te denken valt aan kosten van uitkeringen, zoals WW en bijstandsuitkeringen, maar ook van psychische en sociale zorg die ontslagen werknemers nodig hebben.

Indien een ontslag al onafwendbaar is, wordt de schade in ieder geval beperkt indien de werknemer zich tijdig op de nieuwe situatie in kan stellen en zo zijn schade kan beperken. Het is dus van belang dat een werknemer alleen in uitzonderingsgevallen “overvallen” wordt door een ontslag. In de vroegere beleidsregels van het UWV werd dit uitgangspunt ook zo vernoemd.

Tot de WWZ werd er veel gebruik gemaakt van de ontbindingsprocedure (aanvankelijk 7:1639w BW, later 7:685 BW). Op deze procedure was veel kritiek. Vanuit de zijde van de werkgevers was er met name kritiek op de hoge vergoedingen en de onvoorspelbaarheid van de procedures.

Daarnaast was er ook kritiek op de hoge juridische kosten waarmee de procedures gemoeid gingen.

Onder het oude ontslagrecht werd een ontbindingsverzoek vrijwel altijd aanwezig geacht door de kantonrechter. Vaak werden partijen ter zitting uitgenodigd om met elkaar in overleg te gaan over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in onderling overleg. De ontslagbescherming bestond niet uit een inhoudelijke toets van de ontslaggrond, maar uit de preventieve werking die de relatief hoge vergoedingen hadden op de werkgevers. Dit betekende dat een werknemer met een lang dienstverband en een relatief hoog salaris aanmerkelijk beter werd beschermd dan een werknemer met een kort dienstverband en een relatief laag salaris. Het is aannemelijk dat de kwetsbare groepen, die in de memorie van toelichting bij de Wet Arbeidsmarkt in Balans worden genoemd, met name in de laatste categorie vielen.

Het sociaal akkoord

De onvrede over het ontslagrecht leidde tot grote druk op de politiek om tot een aanpassing van het ontslagrecht te komen. Deze druk werd versterkt door de crisis. De politiek heeft op haar beurt de sociale partners onder druk gezet om te komen tot een sociaal akkoord. Dit is uiteindelijk in 2013 gelukt. Op 11 april 2013 maakten VNO-NCW onder leiding van Bernard Wientjes en het FNV onder leiding van Ton Heerts bekend dat zij een sociaal akkoord hadden gesloten. Door het kabinet onder leiding van toenmalig premier Rutte werd het akkoord juichend ontvangen. Zo sprak Rutte over een "historisch moment" en verklaarde hij dat het een akkoord was "van vertrouwen voor het komende decennium dat de Nederlandse samenleving verder brengt."

Het Sociaal Akkoord voorzag in een breuk met het oude ontslagrecht. Allereerst werden de ontslagredenen uit het UWV in de wet vastgelegd. Dit waren voortaan de redelijke ontslaggronden waarop de werkgevers zich voortaan moesten baseren. De ontslaggronden die het UWV had opgesteld waren overigens gedestilleerd uit de rechtspraak. Anders dan in de rechtspraak, hanteerde het UWV echter geen algemene beëindigingsgrond ("de gewichtige redenen").

Voorts werd voorzien in een sterke verlaging van de vergoedingen. Dit is in de WWZ gebeurd aan de hand van een in de wet vastgelegde formule. Op deze manier kwam vast te staan dat de vergoedingen niet alleen veel lager uitvielen, maar ook voorspelbaar waren en bij wijze van spreken door de werkgever en de werknemer aan de keukentafel konden worden berekend.

Daarmee zouden de kosten van arbeidsrechtadvocaten sterk worden beperkt.

Over dit laatste aspect toonde met name Wientjes zich opgetogen. Hij sprak de verwachting uit dat de arbeidsrechtadvocaten en juristen in de toekomst andere emplooi moesten gaan zoeken.

Door de voorspelbaarheid van de procedures en de hoogte van de vergoedingen werden niet alleen kosten beperkt, maar zou ook recht gedaan worden aan het door het UWV gehuldigde uitgangspunt dat een werknemer niet overvallen mag worden door het ontslag.

De regering van VVD en PvdA heeft het Sociaal Akkoord vrijwel één op één overgenomen. Met dit wetsvoorstel is door vrijwel alle partijen in de Tweede Kamer ingestemd. Dit is onder andere daarom opmerkelijk omdat de overheid ingrijpend optrad in de relatie tussen civiele partijen door de beëindigingsvergoeding in de wet vast te leggen en zelfs te maximeren. Het was te verwachten dat juist de liberale partijen tegen dit uitgangspunt bezwaren zouden hebben gekoesterd. Dit bleek echter niet het geval.

Hoewel het draagvlak bij werkgevers, werknemersverenigingen en in de politiek vrijwel maximaal was, kwam er toch een lobby op gang tegen de nieuwe wet. Al tijdens de parlementaire behandeling keerde de Vereniging van Arbeidsrechtadvocaten, die in de ogen van Wientjes dus de verliezers zouden worden, zich tegen de plannen. In een later stadium schaarde het MKB zich bij de critici. Met name voormalig MKB topman Van Straalen keerde zich op hoge toon tegen de wet. De arbeidsrechtadvocaten en het MKB voerden in Den Haag een intensieve lobby. Daarbij werd herhaald dat ontslag onder de nieuwe wet min of meer onmogelijk geworden was.

De lobby vond weerklank in Den Haag. Dat is enerzijds verklaarbaar vanwege het heersende sentiment dat het MKB vanwege de crisis extra moest worden gesteund. Tegelijkertijd zagen de vakbonden en de linkse partijen hun macht in Den Haag wegvloeien. Zij verwezen tevergeefs naar de afspraak om de WWZ (pas) na drie jaar te evalueren.

Nu de tegenmacht tegen werkgevers in Den Haag niet of nauwelijks nog een rol vervullen, lag de weg vrij om het Sociaal Akkoord open te breken en de WWZ aan te passen.

De voorgestelde wijzigingen in het ontslagrecht kunnen niet los worden gezien van genoemde lobby.

Het wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans

Bij de beoordeling van het wetsvoorstel dient allereerst te worden gekeken naar welk probleem wordt gesignaleerd en welke oplossing daarvoor wordt bedacht. Vervolgens dient te worden beoordeeld of de oplossing effectief en doelmatig is.

In algemene zin ervaart de politiek het als een serieus probleem dat er een grote groep werknemers afhankelijk is van flexarbeid.

Vervolgens is uitgegaan van drie aannames.

1. Het is op dit moment te moeilijk om werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben te ontslaan.
2. Als de ontslagbescherming van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beperkt, zal dit leiden tot minder flexcontracten.
3. Omdat het moeilijk is om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te ontslaan, zijn ondernemers niet dan wel minder snel geneigd om werknemers in (vaste) dienst te nemen.

Bij deze drie aannames kunnen vraagtekens worden gezet.

Ten eerste is er geen deugdelijk onderzoek geweest naar de vraag of het inderdaad moeilijk is om werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben voor onbepaalde tijd te ontslaan. Nadat aanvankelijk met grote stelligheid werd beweerd dat het vrijwel onmogelijk was geworden om nu nog werknemers te ontslaan, moet worden geconstateerd dat deze geluiden gaandeweg zijn verstomd. Dit kan niet los worden gezien van de aantrekkende economie. De regering verwijst in haar Memorie van Toelichting ter onderbouwing van haar stelling dat het ontslag te moeilijk is naar een onderzoek van het Sinzheimer Instituut. Zoals ook al door het FNV in deze IAK is ingebracht, was dit onderzoek verricht in een zeer vroeg stadium, te weten niet lang na de invoering van de nieuwe wet. Het onderzoek heeft uitsluitend bestaan uit het afnemen van enquêtes bij rechters. De betekenis van de uitkomsten van dit onderzoek moet dus worden gerelativeerd. Uit het SEO rapport “De kosten van ontslag met wederzijds goedvinden voor werkgevers” blijkt in ieder geval dat werkgevers niet eerder of later tot ontslag overgaan dan voor de WWZ. Hieruit valt af te leiden dat werkgevers het dus blijkbaar niet wezenlijk moeilijker vinden om werknemers te ontslaan. Ten tijde van de invoering van de WWZ is afgesproken dat de wet na drie jaar zou worden geëvalueerd. Deze evaluatie heeft tot op heden nog niet plaatsgevonden. Juist in het kader van deze evaluatie zou kunnen worden onderzocht of het gecreëerde beeld, dat ontslag (zoveel) moeilijker geworden is, gebaseerd is op feiten.

Voorts is niet gebleken dat het afnemen van rechten van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, de positie van flexwerkers zal verbeteren. Het zou eerder verdedigbaar zijn om de positie van flexwerkers te vergroten zonder de rechten van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verder aan te tasten.

Ten slotte doet de vraag zich voor of ondernemers werknemers in dienst nemen op basis van het geldende ontslagrecht. Hiernaar is geen enkel onderzoek gedaan. Betoogd kan worden dat werkgevers werknemers aannemen vanuit de kansen en mogelijkheden die zij zien, in plaats vanuit de risico's indien het onverhoopt niet goed gaat. Dit volgt ook uit de cijfers van de arbeidsmarkt waarbij het aantal arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd weer stijgende is, niettegenstaande het geldende ontslagrecht.

Daarenboven kan betoogd worden dat in de afgelopen 20 jaar door het steeds goedkoper worden van ontslag de ontslagbescherming steeds verder is afgenomen, terwijl de trend tot toename van flexwerk zich evenzeer voordeed. Het goedkoper maken van ontslag heeft dus niet geleid tot minder flexwerk.

De hiervoor opgesomde aannames hebben echter een belangrijke rol gespeeld bij het tot stand komen van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel richt zich specifiek op het probleem dat rechters onvoldoende mogelijkheden zouden hebben om de ontbinding uit te spreken. Om deze mogelijkheden te verruimen, en het dus makkelijker te maken om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, is de cumulatiegrond ingevoerd.

De cumulatiegroond

Volgens de Memorie van Toelichting is het de bedoeling dat in situaties waarbij er sprake is van disfunctioneren en verwijtbaar handelen, maar er geen sprake is van een voldragen grond, toch een ontbinding wordt uitgesproken.

Dit betekent dat een essentieel element van het huidige systeem, namelijk de voorspelbaarheid en het zoveel mogelijk voorkomen van een onverwacht ontslag, onder druk komt te staan. Immers, indien de gronden niet meer voldragen hoeven te zijn, kan met een aantal “halve gronden” sneller dan nu toch tot een beëindiging worden gekomen. Dit zal leiden tot minder rechtszekerheid en tot afname van de beleving van rechtvaardigheid met name aan de zijde van de werknemers.

In juridische zin is de cumulatiegroond een ingewikkelde. Als het van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd om een werknemer in dienst te houden, ook al zijn de gronden niet voldragen, dient de rechter allereerst de vraag te beantwoorden waarom deze werkgever niet heeft kunnen komen tot voldragen gronden. Dat het de bedoeling is van de wetgever om de positie van de werknemer te verzwakken, lijkt te kunnen worden afgeleid uit het feit dat de vergoeding in deze situatie hoger kan worden en zelfs tot anderhalf maal de transitievergoeding gesteld kan worden. De i-grond dient dus uitdrukkelijk te onderscheiden worden van de overige gronden, die in beginsel slechts gepaard kunnen gaan met toekenning van de transitievergoeding.

De nieuwe situatie dus in het voordeel kunnen zijn van die werkgevers die niet in staat zijn of onwillig zijn om op een zorgvuldige manier het disfunctioneren bij te houden, dan wel grenzen te stellen aan werknemers die verwijtbaar gedrag vertonen. De wetgever stimuleert met de introductie van de i-grond slecht werkgeverschap.

De verruimde mogelijkheden voor de rechter om toch de arbeidsovereenkomst te ontbinden leiden er vrijwel zeker dat er meer procedures zullen worden gevoerd. Dit roept de vraag op of de rechterlijke macht daar wel voldoende op is voorbereid. Op dit moment is de rechterlijke macht al overbelast. Om te voorkomen dat er uitspraken moeten worden geschreven, oefenen rechter tijdens zittingen tijdens zittingen grote druk uit op partijen om maar in onderling overleg “op de gang” tot een regeling te komen. Met de invoering van de i-grond, zal het aantal zittingen toenemen en dus ook het aantal schikkingen bij de rechter. Het is de vraag waarom deze onderhandelingen over een regeling niet in een meer zorgvuldiger en voor partijen acceptabelere en gelijkwaardigere setting kunnen plaatsvinden. Eén van de vorige (VVD) ministers van justitie heeft voor een ruimere introductie gepleit van mediation in de samenleving. Deze regering lijkt echter te kiezen voor een belangrijkere rol voor de rechterlijke macht in plaats van mediation. Uit de onderzoeken van Hiil moet echter worden afgeleid dat een beslissing van de rechter, of een regeling onder druk van een rechter, door betrokkenen als minder zorgvuldig wordt geacht.

Voorts is te vrezen dat de kwetsbare groepen door de introductie van de i-grond eerder getroffen zullen worden door ontslag.

Slotoverwegingen

Het Sociaal Akkoord is tot stand gekomen na intensieve onderhandelingen tussen werkgever en werknemers. Het uitvloeisel was een fundamentele wijziging van het ontslagrecht, neergelegd in de WWZ. Door de wet te wijzigen, nog voordat de afgesproken evaluatie heeft plaatsgevonden, wordt het overeengekomen evenwicht verstoord.

Het is voorts in strijd met behoorlijk bestuur om na een breedgedragen ingrijpende stelselwijziging dit op een essentieel punt wijzigen zonder dat daarvoor overtuigende gronden zijn.

De voorgestelde introductie van lid i van artikel 7:669 lid 3 BW doet denken aan de invoering van artikel 1639w BW in 1953. Tot die tijd was de opzeggingsroute gangbaar. Met de introductie van artikel 1639w BW werd de ontbindingsroute geopend voor de werkgever, welke procedure allengs veel populairder werd dan de opzeggingsroute. Het ligt voor de hand van dat de i-route in de toekomst veeleer de standaardroute wordt in plaats van het uitgangspunt van de wettelijke gronden

a t/m h van artikel 7:669 lid 3 BW. In die zin is het terug naar af.

Het zou juist te overwegen zijn om het ontslagrecht niet terug te draaien naar halverwege de 20^{ste} eeuw, maar om een ontslagrecht te creëren waarin andere uitgangspunten gelden. Er dient gestreefd te worden naar een “bestendige arbeidsrelatie”, zoals in de Memorie van Toelichting is genoemd. Het aantasten van de arbeidsrelatie door ontslag verder te vergemakkelijken, is een negatieve prikkel om, zoals in het document “Beantwoording vragen uit het Integraal Afwegingskader (IAK)” is genoemd, meer te investeren in de scholing van werknemers. Dit kan negatieve consequenties hebben voor de innovatiekracht van de economie.

De bestendige arbeidsrelatie vereist dat partijen over en weer verplicht zijn om zich jegens elkaar zorgvuldig op te stellen. Die zorgvuldigheid vereist van werkgevers en werknemers dat zij in de relatie investeren. Dit betekent voor de werkgever dat hij zijn werknemers employable houdt en daarnaast duidelijk is over wat hij van de werknemer verwacht. Van de werknemer daarentegen mag worden verlangd dat hij zich betrokken en flexibel opstelt, zowel ten aanzien van de aard van het werk, als de arbeidstijden.

Een aanpassing aan de 21^{ste} eeuw betekent ook dat het zelfbeschikkingsrecht van de burger, in casu de werknemer, voorop dient te staan. Daar waar mogelijk moet worden voorkomen dat een geschil door de rechter moet worden opgelost als het ook mogelijk is om dit in onderling overleg bijvoorbeeld door mediation op te lossen. Partijen zijn immers zelf in staat het beste maatwerk voor henzelf te leveren. Dat houdt ook in dat een werknemer in een situatie waarin de werkgever in hoge mate ontevreden is over de samenwerking, zich niet kan verweren met louter en alleen een verwijzing naar de wettelijke gronden, doch op basis van het goed werknemerschap gehouden is om in overleg met die werkgever te gaan om tot oplossingen te komen.

Ik meen dat de introductie van lid i van artikel 7:669 lid 3 BW het evenwicht tussen werkgevers en werknemers verstoort, van onbehoorlijk bestuur getuigt, een stap terug in de tijd is en geen bijdrage levert aan de ontwikkeling die nodig is om de Nederlandse arbeidsmarkt gereed te maken voor de enorme uitdagingen die in de nabije toekomst voor de deur staan.

Met vriendelijke groet,

Gerko Oberman

Torenallee 20
5617 BC
Eindhoven

Telefoon: 040-4022749

Mobiel: 06-28943599

Website: www.gerkoberman.nl (met vijf hotspots)

Gerko Oberman Advocaat is een eenmanszaak, ingeschreven in het handelsregister onder nummer 51028050