

Reactie op Koser Kaya

“Het huidige duale stelsel gebaseerd op een preventieve ontslagtoets, lijkt, hoe uitzonderlijk dit stelsel ook is ten opzichte van andere Europese stelsels, als regel geen noemenswaardige problemen op te leveren.”

Ik citeer, de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Investeren in Werkzekerheid 2007: het best onderbouwde van officiële overheidswege opgestelde rapport over de knelpunten met betrekking tot de flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt (pag. 143). Dat stelt dus hoge eisen aan de onderbouwing van het wetsvoorstel om toch tot afschaffing van het huidige stelsel te komen.

Het initiatiefvoorstel beoogt

- afschaffing van de preventieve BBA-ontslagtoets
- invoering van een kennisgeving van opzegging met de mogelijkheid voor de werknemer zich te laten horen
- het beperken van de ontbindingsprocedure tot situaties waarin een opzegverbod geldt waarbij dan hoger beroep en cassatie mogelijk wordt
- het invoeren van de bepaling dat de werknemer na opzegging gedurende de eerste drie maanden van het recht op een WW-uitkering een aanvulling ontvangt tot 90% van het dagloon en
- het aantal mogelijke tijdelijke schakels van 3 met een maximum van 3 jaar wordt ingeperkt tot 2 met een maximum van 2 jaar.

De reden om tot deze ingrijpende wijziging van het ontslagrecht te komen zijn als volgt

1. er wordt een einde gemaakt aan de twee (door de werkgever te bepalen) ontslagroutes, terwijl die routes een (groot) verschil kennen in doorlooptijd, procesgang en ontslagvergoedingen en daarmee gevolgen voor de rechtszekerheid
2. zowel de BBA-procedure als de ontbindingsprocedure zijn problematisch wat betreft het niet volledig van toepassing zijn van het bewijsrecht en hoger beroepsmogelijkheden
3. het huidige ontslagrecht is heel ingewikkeld
4. het huidige ontslagrecht zorgt voor een tweedeling op de arbeidsmarkt tussen insiders en outsiders, waarbij als outsiders gelden die al dan niet in dienstverband op flexibele basis terwijl zij wel streven naar een vast dienstverband.

Ik wil niet zo zeer stilstaan bij de details van de uitwerking van deze uitgangspunten, maar mij concentreren op de argumenten om tot deze ingrijpende wijziging te komen.

Want dat het een ingrijpende wijziging is, staat wel vast. Het belangrijkste lijkt mij dat de werknemer voortaan initiatief moet nemen, wanneer hij vindt dat er geen goede ontslaggrond aanwezig is, of dat hij een te geringe vergoeding krijgt aangeboden. Het initiatief moeten nemen geeft zowel een psychologische drempel (veel mensen durven dat niet of zijn bang voor de consequenties), als een financiële: de kost gaat voor de baat uit en wat de baat zal zijn is onzeker. Dan heb ik het nog niet over zaken als de

toenemende kosten van juridische procedures: niet alleen de al verhoogde en misschien nog verder te verhogen griffierechten, maar ook de kosten van advocaten. Voor veel werknemers zal een rechtsbijstandsverzekering de enige uitkomst zijn, want voor gefinancierde rechtsbijstand komen zij niet in aanmerking en een advocaat kunnen zij niet betalen. Er wordt een minimale vergoeding verplicht gesteld (3 maanden een aanvulling van 25% resp. 30 van het dagloon, dus gemaximeerd tot het maximum dagloon): de opbrengst daarvan is minder dan het voorheen gedurende de BBA-procedure in dienst zijn. Zittende werknemers gaan er door dit stelsel dus fors op achteruit.

De FNV wijst er op dat het draagvlak voor deze wijziging zal ontbreken. In de MvT (pag. 22) bij het wetsvoorstel staat dat het MKB zich op hoofdlijnen in de voorgestelde wijzigingen kan vinden, maar de reacties vanuit het MKB in het Financieel Dagblad direct na het bekend worden van het voorontwerp wezen anders uit: de betreffende MKB-vertegenwoordigers waren er bang voor dat de schifting van onterechte ontslagen, die nu door het UWV plaatsvindt, straks niet meer plaatsvindt, en pas gecorrigeerd wordt in voor de werkgever kostbare procedures. Nu kan men denken dat de hoormogelijkheid (het is geen hoorplicht want de werknemer moet er om vragen) die missers zal voorkomen, maar dat is maar een veronderstelling.

Het betreft dus een zeer ingrijpende verandering, en ik wil daarom stilstaan bij de argumenten om dat te doen.

1.

Dat het duale stelsel ongelijke uitkomsten oplevert wat betreft ontslagvergoedingen is juist. Die ongelijke uitkomsten zijn ook niet te rechtvaardigen en daar moet iets aan gebeuren. Dat ben ik met het wetsvoorstel eens. Dat kan echter op verschillende manieren, namelijk door ofwel de verschillen in uitkomsten te verkleinen, ofwel een van beide preventieve procedures te schrappen en de andere preventieve procedure te behouden. Daarvoor is het schrappen van de gehele preventieve toets dus niet nodig. De verschillen tussen beide procedures kunnen verkleind worden, door beide niveaus van ontslagvergoedingen naar elkaar toe te laten groeien.

2.

Het wetsvoorstel heeft kritiek op de juistheid van de huidige UWV-procedure als ook op de ontbindingsprocedure. Met de kritiek op de UWV-procedure staat Kaya niet alleen: ook de Ombudsman had dat. De Ombudsman doet aanbevelingen, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de werkgever een voorsprong heeft doordat hij fouten in de ontslaaanvraag kan herstellen, terwijl de werknemer dat niet heeft bij zijn verweer als ook het ontbreken van een standaard mondelinge behandeling. Waarom de aanbevelingen van de Ombudsman niet doorgevoerd? Dat dat niet zou kunnen lijkt mij onbewezen. Overigens kan na de UWV procedure kennelijk onredelijk ontslag worden geclaimd, waaronder herstel van het dienstverband. Dat het geheel daarmee niet zou voldoen aan de EVRM-normen is daarmee allerminst zeker.

Dat er zo veel mis zou zijn met de ontbindingsprocedure is mager, maar vooral onjuist, onderbouwd. Op pag. 6 van de MvT staat dat de ontbindingsrechter rechten en verplichtingen vaststelt zonder dat hij de mogelijkheid heeft de onderliggende feiten te onderzoeken. Dat is feitelijk onjuist, ik herhaal: feitelijk onjuist. De rechter heeft die mogelijkheid wel. In de ontbindingsprocedure bestaat niet de verplichting het volle bewijsrecht toe te passen, maar dat is heel iets anders. De mogelijkheid is er wel. De ontbindingsprocedure werkt snel en populair en bewijst dus te voorzien in een grote behoefte. Het MHP pleit in zijn reactie voor een rechterlijke preventieve toets. De MvT reageert hierop dat dat niet op een zorgvuldige wijze valt vorm te geven (pag. 26/27) . Voor dat standpunt ontbreekt iedere onderbouwing.

Is het haalbaar de (kanton)rechter de preventieve toets van alle ontslagzaken te laten verrichten? Wat zou dat betekenen? Dat hangt er van af om hoeveel ontslagzaken het zal gaan. Voor het verkrijgen van een WW-uitkering is sinds oktober 2006 het voeren van een ontslagprocedure niet meer nodig. Een ontslagprocedure zal daarom slechts gevoerd hoeven te worden wanneer partijen het over het ontslag niet eens kunnen worden. Dat is het geval wanneer zij een verschillende inschatting maken van hun kansen in een te voeren procedure. Het is moeilijk in te schatten of, wanneer er enkel een rechterlijke preventieve toets zou plaatsvinden, rechters zodanige aanbevelingen of richtlijnen tot stand weten te brengen, dat partijen meer dan nu het geval is bij het UWV, zelf vooraf tot overeenstemming komen en dus die rechterlijke toets niet nodig hebben. Maar zelfs als er evenveel rechterlijke preventieve toetsen dienen plaats te vinden dan er nu UWV-toetsen en ontbindingsverzoeken bij elkaar plaatsvinden: is dat dan erg? Is een rechterlijke toetsing van kosten oogpunt voor de administratie/rechtbank bijvoorbeeld veel duurder dan een UWV-procedure? Dat zou uitgezocht moeten worden. Het is vrijwel altijd de werkgever die de ontslagprocedure start. Wanneer met een snelle ontslagprocedure bij de kantonrechter tijdwinst kan worden geboekt ten opzichte van de huidige procedure bij het UWV, lijkt een door de werkgever te betalen griffierecht van enkele honderden euro's niet onoverkomelijk, afgezet tegen de totale kosten van een ontslagprocedure.

Dat Nederland met een preventieve toets een internationaal buitenbeentje zou blijven is geen argument.

Het ontbreken van hoger beroep in de ontbindingsprocedure heeft het onmiskenbare bezwaar dat de kantonrechter zich kan vergissen. Partijen zijn daar dan toch aan gebonden. Dat speelt het duidelijkste wanneer er ontbonden wordt zonder toekenning van of met toekenning van een heel lage vergoeding. De werknemer staat dan op straat zonder of met een heel lage vergoeding, en hij kan daar dan verder niets meer aan doen. Als gevolg van de zogenaamde Baijings-jurisprudentie zijn vervolgstappen immers zo goed als afgesloten. Wanneer aan de werknemer een heel hoge vergoeding wordt toegekend heeft de werkgever, als degenen die het verzoek meestal indient, de mogelijkheid het verzoek in te trekken. Dat vormt voor de werkgever in dat geval soms een remedie. Wanneer het verzoek wordt afgewezen, dan is niet uitgesloten dat na verloop van tijd, zodra zich nieuwe gebeurtenissen hebben voorgedaan, een nieuw verzoek wordt ingediend. Hoewel het ontbreken van hoger beroep dus soms als een groot bezwaar geldt, hoeft dat niet altijd het geval te zijn. Daar staat tegenover dat het ontbreken van hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen zowel voor de werkgever als voor de werknemer een groot voordeel heeft: beiden weten immers op korte termijn

definitief waar zij aan toe zijn. Voor de werkgever is het grote voordeel van het ontbreken van het hoger beroep dat, wanneer de arbeidsovereenkomst is ontbonden, hij definitief een vervanger kan aanstellen. Zou hoger beroep wel mogelijk zijn, dan bestond het risico dat in hoger beroep een uitgesproken ontbinding vernietigd zou worden en de betreffende werknemer terug zou moeten naar de oude werkplek, terwijl er al een vervanger was aangesteld. Voor de werknemer heeft het ontbreken van hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking als zodanig het grote voordeel, dat ook hij weet waar hij aan toe is. In de praktijk heeft een werkgever ruimere financiële mogelijkheden om (door) te procederen. Waar het gaat om de toegekende vergoeding, valt te verwachten dat de werkgever eerder hoger beroep zal aantekenen dan de werknemer. Beiden hebben dus belang bij het ontbreken van hoger beroep waar het gaat om de vraag naar wel of niet ontbinden. De werknemer heeft belang bij het ontbreken van hoger beroep waar het gaat om de hoogte van de vergoeding. Daarbij heeft het voeren van een langdurige procedure op een werknemer, naar mag worden aangenomen maar nader zou dienen te worden onderzocht, een grote emotionele impact. De ervaring van de huidige ontslagpraktijk leert dat de onderhandelingspositie tussen werkgevers en werknemers beïnvloed wordt door zowel de kans dat het ontbindingsverzoek wordt afgewezen (risico werkgever) als ook dat een lage vergoeding wordt toegekend (risico werknemer). Het slechts toestaan van hoger beroep tegen de hoogte van de vergoeding verstoort daarmee de onderhandelingspositie en is daarmee niet in overeenstemming met de equality of arms.

3.

Het huidige ontslagrecht is ingewikkeld, maar het wetsvoorstel haalt daar in zijn toelichting ook oneigenlijke voorbeelden van aan, zoals met betrekking tot een onterecht gegeven ontslag op staande voet. In het huidige systeem zijn er twee routes, waarbij de ontbindingsroute helder is: een korte en eenmalige procedure. De UWV route is ingewikkelder want na de UWV-procedure kan een kennelijk onredelijk ontslag volgen. Het nieuwe systeem is niet zo heel veel eenvoudiger, want na een gegeven opzegging kan de opzegging vernietigd worden wanneer de hoormogelijkheid onjuist is toegepast; van het beëindigde dienstverband kan herstel worden gevorderd wanneer de opzegging kennelijk onredelijk is en er kan een vergoeding worden gevorderd wanneer de opzegging alleen maar onredelijk is. De problemen met een mislukt ontslag op staande voet zullen blijven bestaan, want dat zal al gauw als kennelijk onredelijk hebben te gelden. De winst van het voorstel is dus maar betrekkelijk.

4.

Blijft over het insiders / outsiders argument. Als het ondubbelzinnig waar zou zijn dat het huidige ontslagrecht insiders bevoordeeld en outsiders van een goede plaats op de arbeidsmarkt weghoudt, dan zou het een argument zijn waar ik gevoelig voor was. Maar de ondubbelzinnige juistheid van het argument staat niet vast. Sterker nog: het is zeer kwetsief of het argument wel klopt.

- (i) Een echte goede onderbouwing dat een soepel ontslagrecht de toegang tot de arbeidsmarkt voor nieuwkomers bevordert en aldus de werkgelegenheid bevordert ontbreekt. Toen minister Donner dit argument aanvoerde voor het mogelijk maken van een vierde schakel voor jongeren werd het argument niet erg serieus genomen. Maar ook het wetsvoorstel geeft geen sterke

onderbouwing. Het IMF wijst op een onduidelijk onderscheid tussen werknemers en zzp-ers, maar dat is iets anders. Het hierna te noemen CPB-rapport stelt wel (pag. 20) dat (hoge) ontslagbescherming nadelig is voor werkgelegenheid maar dit standpunt wordt niet empirisch onderbouwd.

- (ii) Dat een deel van de flexwerkers liever een vaste baan heeft is waar, maar dat geldt straks ook de eerste twee jaar. Dat jongeren niet verder komen dan flexibele contracten is feitelijk onjuist, en een populistisch standpunt. Van de jongeren tussen 15 en 25 jaar heeft 65% een vast contract en 30% een tijdelijk. Van de jongeren tussen 25 en 35 jaar heeft 75% een vast contract en 15% een tijdelijk (CPB/ROA 2011, Labour Market Flexibility in the Netherlands – The role of contracts and self-employed. pag. 12, tabel 1.2). Hoog opgeleide jongeren hebben wel een hoog percentage tijdelijke contracten, maar dat duidt niet zozeer op een zwakke arbeidsmarkt positie, maar op de aard van het werk (zoals promotieplaatsen, CPB pag. 63). MBO-ers en HOB-ers in de gezondheidszorg hebben daarentegen een hoog percentage vaste contracten.
- (iii) Dat de laatste jaren het aantal tijdelijke contractanten ‘vrijwel continu’ is gestegen (pag. 11 MvT) is evenzo feitelijk onjuist. Uit genoemd CBS/ROA onderzoek van februari 2011 (dus veel recenter dan de bronnen waar Kaya zich op beroept) blijkt dat volgens de Nederlandse definitie (waarbij alleen werkers met een dienstverband van meer dan 12 uur per week worden meegeteld, dus de scholieren e.d. worden buiten beschouwing gelaten) het aantal vaste en tijdelijke contractanten en zzp-ers vrijwel gelijk blijft. Het percentage werknemers op een vast contract is stabiel rond 80%, tijdelijke contractanten ligt even onder de 10% en de self-employed ligt iets boven de 10% (CPB/ROA 2011, pag. 19, tabel 2.1, pag. 84 en 92). Deze gegevens zijn onder andere ontleend aan de Dutch Labour Force Survey, een jaarlijks onderzoek onder 80.000 individuen. Wanneer werkers vanaf 1 uur per week worden meegeteld neemt het aantal flexibele contractanten wel wat toe (pag. 22), maar het is de vraag hoe reëel het is om dat te doen. Dat er overigens problemen zijn met tijdelijke contractanten en zzp-ers van wie misbruik gemaakt wordt onderschrijf ik ten volle, maar daar levert dit wetsvoorstel geen enkele oplossing voor aan.
- (iv) Om werknemers met een tijdelijk contract een betere positie te geven zou overigens ook te verdedigen zijn dat zij een wat hoger salaris dienen te ontvangen, als compensatie voor het gemis aan enige vorm van bescherming en sommige faciliteiten (pag. 24). In werkelijkheid ontvangen tijdelijke contractanten gemiddeld veel lagere salarissen. Dat duidt eerder op een probleem met beloning dan met ontslagbescherming. Overigens zou ook wel iets aan de ontslagbescherming van tijdelijke contractanten te doen zijn, door de werkgever te verplichten voorafgaand aan de afloop van het contract aan te zeggen of tot verlenging wordt overgegaan of niet.
- (v) Voor wie wetenschappelijke onderzoeken wil afdoen als ‘ook maar een mening’: dat een soepel ontslagrecht zou bijdragen aan verkleinen van werkloosheid is, wanneer je om je heen kijkt, buitengewoon onaannemelijk. De VS heeft een voor de Westerse wereld soepel ontslagrecht en hoge werkloosheidscijfers. Duitsland heeft een star ontslagrecht en een lage werkloosheid.

(vi) Het vergroten van de mogelijkheid tijdelijke krachten aan te nemen leidt op den duur ook niet tot vergroting van werkgelegenheid. In eerste instantie nemen werkgevers wat meer tijdelijke krachten aan, maar na enige tijd blijken die de plaats te hebben ingenomen van vast krachten. Boeri en Garibaldi verwijzen in dit verband naar het honeymoon-effect: even ziet het er rooskleurig uit voor bedrijven, maar de roze wolk is gauw opgetrokken en dan zijn de kosten van de tijdelijke werker norm geworden. Ik wil de opstellers van het wetsvoorstel romantische gevoelens niet ontzeggen, maar het zou mij niet verbazen dat als gevolg van de afschaffing van de preventieve toets tijdelijk meer werknemers een overeenkomst voor onbepaalde tijd krijgen, maar het bedrijfsleven dan toch weer terugvalt op de huidige schil van flexibele contracten.

Het valt te prijzen dat Koser Kaya met indiening van het wetsvoorstel de discussie over het ontslagrecht op de politieke agenda heeft gezet. Het huidige ontslagrecht kent serieuze problemen waaronder het grote verschil in behandeling van werknemers in de twee ontslagroutes. Daar moet echt iets aan gebeuren. Daar buiten kent de Nederlandse arbeidsmarkt problemen. Als een daarvan noem ik de te hoge loonkosten voor oudere werknemers. Na een gedwongen ontslag gaan oudere werknemers bij een nieuwe werkgever vrijwel altijd aanzienlijk minder verdienen dan zij in hun oude baan deden. Dat vormt een indicatie zij met dat het loon in de oude baan uit de markt geprijsd waren. Het voorkomt veel ontslagleed daar in het oude dienstverband iets aan te doen, in plaats van het eerst op een ontslagprocedure te laten aankomen. De WRR hierover: als het jarenlang mogelijk was ongeveer 70% van de werknemers ouder dan 60 jaar van een volledig inkomen te voorzien, zonder enigerlei tegenprestatie in de vorm van betaald werk, moet het ook mogelijk zijn een tegemoetkoming ter waarde van het inkomen van een dag per week te fourneren, als daartegenover vier werkdagen staan (pag. 197). Liever maatwerk-demotie dan afschaffing van preventieve ontslagbescherming. Wanneer een ingrijpende wijziging als die van het wetsvoorstel wordt doorgevoerd dan kan dan grote en zelfs onvoorziene en niet meer terug te draaien effecten hebben. Het CPB/ROA noemt als onderwerp voor een te verrichten onderzoek wat de impact zou zijn wanneer ontslagbescherming aan werkgevers en werknemers wordt overgelaten. Met een variant daarop zou ik willen voorstellen te onderzoeken (i) wat de mogelijkheden, voor- en nadelen zijn van een hetzij door de administratie hetzij door de rechter te verrichten preventieve toets (dus een mono weg) en (ii) wat de te verwachten gevolgen zijn van invoering van uitsluitend een repressieve toets. Nu is dat nog een slag in de lucht. Het onderwerp verdient het dat nader uit te zoeken. Zolang dat niet is gebeurd ben ik van de noodzaak of zelfs de wenselijkheid van invoering van het wetsvoorstel niet overtuigd.