

4 Beperking toetsing verwijtbare werkloosheid¹

Leeswijzer

Hoofdstuk 4 gaat geheel over het kabinetsvoornemen tot beperking van de toets op verwijtbare werkloosheid. Na de inleiding (par. 4.1) bevat deze paragraaf een weergave van de relevante passages uit de adviesaanvraag (par. 4.2), een beschouwing van het kabinetsvoornemen (par. 4.3) en het standpunt van de raad (par. 4.4).

4.1 Inleiding

De minister van SZW heeft de raad begin december 2004 gevraagd te adviseren over een aantal voorstellen voor deregulering van de WW². De adviesaanvraag bevat onder meer het voorstel tot beperking van de toets op verwijtbaarheid van de werkloosheid.

Volgens het kabinet zal de voorgestelde beperking van de verwijtbaarheidstoets enerzijds leiden tot een besparing op de uitvoeringskosten en anderzijds tot een toename van de WW-uitkeringslasten. De beperking zal verder leiden tot een verlaging van de ontslagkosten voor werkgevers en een vermindering van de belasting van de rechterlijke macht, aldus de adviesaanvraag.

De huidige verwijtbaarheidstoets leidt tot uitvoeringsproblemen bij het UWV en tot zogenoemde pro-formaprocedures met het doel de verwijtbaarheid buiten twijfel te stellen en zo het recht op een WW-uitkering veilig te stellen. Het kabinet vraagt over zijn voornemen tot beperking van de verwijtbaarheidstoets het advies van de raad. Ook vraagt het of de raad de omvang van de pro-formaproblematiek en het belang deze terug te dringen, onderschrijft (p. 1 adviesaanvraag).

Voor de uitwerking van zijn voorstellen verwijst het kabinet naar het advies van de ‘Stuurgroep deregulering sociale verzekeringen op het terrein van de WW’, dat onderdeel uitmaakt van de adviesaanvraag.

4.2 Adviesaanvraag³

Verwijtbaarheidstoets en uitvoering daarvan

De WW bepaalt dat de werknemer moet voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Als het UWV vaststelt dat de werknemer verwijtbaar werkloos is, weigert het de WW-uitkering in beginsel blijvend en geheel. Van verwijtbare werkloosheid is sprake als een werknemer door eigen toedoen wordt ontslagen en als hij onnodig passief of actief heeft meegewerkt aan de beëindiging van zijn dienstbetrekking.

1 Zie ook de beschouwing van de raad in het SER-advies *Toekomstbestendigheid Werkloosheidswet*, paragraaf 6.5.

2 Adviesaanvraag d.d. 2 december 2004 inzake *Voorstellen deregulering WW* (zie bijlage 2 bij dit advies).

3 Deze paragraaf parafraseert de belangrijkste passages van het onderdeel van de adviesaanvraag dat over de beperking van de verwijtbaarheidstoets gaat. De raad zal de tekst van de adviesaanvraag van commentaar voorzien in zijn beschouwing in paragraaf 4.3 en bij zijn standpuntbepaling in paragraaf 4.4.

Wanneer de werknemer zijn ontslag kan afwenden door zich daartegen te verweren, moet hij dat ook doen. Probleem daarbij is, aldus het kabinet, dat de uitkomst van een onderzoek van het UWV naar verwijtbaarheid slecht voorspelbaar is. In welke gevallen zal het UWV tot het oordeel komen dat de werknemer zich met een overwegend positieve kans van slagen had kunnen verweren?

Deze onzekerheid en het feit dat de sanctie voor de werknemer bij verwijtbare werkloosheid zwaar is, leiden in de praktijk tot veel *pro-formaprocedures*, zowel bij de kantonrechter als bij de CWI. Deze procedures zijn vanuit het arbeidsovereenkomstenrecht bezien onnodig, aangezien partijen het eens zijn over beëindiging van de dienstbetrekking. Het voeren van procedures strekt er voornamelijk toe met succes een beroep te kunnen doen op de WW. Mede door deze (formele) *pro-formaprocedures*, levert de beoordeling van de vraag of sprake is van verwijtbare werkloosheid het UWV volgens de adviesaanvraag veel problemen op.

De eerste reden hiervoor is volgens het kabinet dat een WW-aanvraag pas wordt ingediend nádat de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Het UWV moet achteraf helderheid zien te krijgen over de feiten en omstandigheden die tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben geleid. Het UWV baseert zich daarbij op de informatie die werkgever en werknemer verstrekken. Werkgever en werknemer enerzijds en UWV anderzijds hebben echter uiteenlopende belangen als het gaat om het verstrekken, respectievelijk vergaren van juiste en volledige informatie. Dit bemoeilijkt volgens het kabinet de waarheidsvinding door het UWV en daarmee de beoordeling van de verwijtbaarheid van de werkloosheid.

Als tweede reden voor de problemen die het UWV ondervindt bij beoordeling van de verwijtbaarheid van de werkloosheid, noemt het kabinet de gevallen waarin sprake is van een 'formele' (pro forma) ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter spreekt hierbij een oordeel uit over de feiten en omstandigheden die werkgever en werknemer aan hem voorleggen. Indien de werknemer niet bestrijdt dat er bijvoorbeeld een bedrijfseconomische noodzaak is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, zal de kantonrechter niet uit eigen beweging onderzoek doen naar die noodzaak. De arbeidsovereenkomst kan zo op vrij eenvoudige wijze worden beëindigd.

Voor het UWV is een probleem dat het niet zelf over de expertise beschikt om te beoordelen of de ontbinding vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt gegrond is. Het UWV kent de bedrijfseconomische situatie van de desbetreffende onderneming onvoldoende en heeft ook te weinig informatie om te kunnen toetsen of de juiste ontslagvolgorde is gehanteerd en of er andere passende functies binnen het bedrijf voorhanden zijn.

Bij WW-aanvragen waarbij sprake is van (formele) ontbinding van de arbeidsovereenkomst gegrond op bedrijfseconomische redenen maakt het UWV daarom sinds september 2003 gebruik van de expertise van de CWI. Dit gaat gepaard met aanzienlijke kosten voor het UWV.

Kabinetsvoorstel

Volgens het kabinet zou de toets op verwijtbaarheid van de werkloosheid nog uitsluitend moeten plaatsvinden in de volgende gevallen:

- De werknemer neemt zelf ontslag⁴;
De adviesaanvraag spreekt over “situaties waarbij de werknemer zelf ontslag neemt zonder een dwingende reden”. Bedoeld is dat in alle gevallen waarin de werknemer zelf ontslag neemt, zal worden getoetst of hij verwijtbaar werkloos is geworden. Dit betekent een voortzetting van de huidige toetsingspraktijk.
- De werknemer krijgt ontslag als voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever.
De adviesaanvraag vermeldt dat dit betekent dat de werknemer niet langer verplicht zal zijn zich (adequaat) te verweren tegen een voorgenomen ontslag door de werkgever.

Het kabinet noemt als redenen voor zijn voorstel expliciet de uitvoeringsproblemen van het UWV en (in dat kader) de pro-formaproblematiek (p. 7 adviesaanvraag). Uit de context van de adviesaanvraag blijkt dat het kabinet ook los van de uitvoeringsproblematiek de pro-formazaken verregaand wil terugdringen om te komen tot een versoepeling van de ontslagpraktijk en verbetering van het functioneren van arbeidsmarkt⁵. Zo wijst het kabinet erop dat beperking van de verwijtbaarheidstoets zal leiden tot verlaging van de ontslagkosten voor werkgevers met circa 100 miljoen euro.

Afname belasting UWV, CWI en rechterlijke macht

Voor het UWV vervalt de noodzaak tot inkoop van expertise bij de CWI. Ook zal het UWV minder beoordelingen op verwijtbare werkloosheid behoeven uit te voeren. Daardoor behoeven er ook minder maatregelen te worden opgelegd. De adviesaanvraag stelt dat dit volgens het UWV een besparing op de uitvoeringskosten oplevert van structureel 2 miljoen euro. Daartegenover staat, volgens het ministerie van SZW, een toename van de uitkeringslasten van structureel 19 miljoen euro. Het ministerie verwacht een toename van de instroom in de WW omdat er minder uitkeringen zullen worden geweigerd.

Volgens een informele schatting van de CWI zou sprake kunnen zijn van een daling van het aantal verzoeken om *toestemming voor ontslag* met 40 procent. De belasting van de *rechterlijke macht* zal volgens het ministerie afnemen als gevolg van een substantiële vermindering van het aantal gevraagde pro-formaontbindingen.

De adviesaanvraag vermeldt dat de Raad voor de Rechtspraak in een advies aan het kabinet betwijfelt of het schrappen van de verwijtbaarheidstoets in de WW wel zal leiden tot een substantiële vermindering van het aantal pro-formaprocedures. De redenen die de

4 Artikel 24 WW, lid 2 onder b.

5 De juistheid van deze lezing van de adviesaanvraag is door de ministeriële vertegenwoordiging bevestigd.

Raad voor de Rechtspraak daarvoor aanvoert, acht het kabinet niet overtuigend. Zie ook hierna de beschouwing in paragraaf 4.3.

Advies van de Raad voor de Rechtspraak

Volgens de Raad voor de Rechtspraak dient de beschikking van de kantonrechter naast het veilig stellen van een WW-uitkering ook andere doelstellingen, te weten:

- (i) een executoriale titel die de afgesproken betaling van een vergoeding direct afdwingbaar maakt;
- (ii) de mogelijkheid van vervolgpcedures (kennelijk onredelijk ontslag) wordt geblokkeerd; en
- (iii) de beschikking van de kantonrechter sluit uit dat een beëindigingsovereenkomst kan worden aangetast door bijvoorbeeld beroep op dwaling of misbruik van omstandigheden.

- Bron: Raad voor de Rechtspraak, 10 augustus 2004, advies (2004/30) uitgebracht aan de minister van Justitie n.a.v. een adviesaanvraag van 14 juli 2004. Het advies is te vinden op www.rechtspraak.nl.

4.3 Beschouwing kabinetsvoorstel

Huidige wettelijke regeling verwijtbare werkloosheid

Volgens artikel 24 WW moet de werknemer voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt.

Artikel 24 WW – voor zover hier van belang – luidt als volgt:

1. De werknemer voorkomt dat hij:
 - a. verwijtbaar werkloos wordt;
 (...)
2. De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien:
 - a. hij zich verwijtbaar zodanig heeft gedragen dat hij redelijkerwijs heeft moeten begrijpen, dat dit gedrag de beëindiging van zijn dienstbetrekking tot gevolg zou kunnen hebben;
 - b. de dienstbetrekking eindigt of is beëindigd zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren zijn verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem zou kunnen worden gevegd.
 (...)

Indien het UWV van oordeel is dat de werknemer verwijtbaar werkloos is, weigert het de uitkering blijvend en geheel (artikel 27 WW).

Om te voorkomen dat werkloosheid als verwijtbaar wordt aangemerkt, dient de werknemer tegen een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de kantonrechter of een aanvraag om een ontslagvergunning bij de CWI verweer te voeren.

Verweer is *niet* nodig wanneer de werkgever bij de CWI een verzoek indient om toestemming voor ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Op grond van artikel 24 lid 3 WW is werkloosheid namelijk niet verwijtbaar indien de CWI toestemming voor ontslag heeft gegeven op (uitsluitend) *bedrijfseconomische gronden*. Voor toetsing door het UWV of het ontslag verwijtbaar is, is dan geen ruimte meer. In feite beslist de CWI in deze gevallen over de toekenning van de werkloosheidsuitkering⁶.

In andere gevallen is voor werknemers veelal niet duidelijk of zij verweer achterwege kunnen laten zonder dat dit gevolgen heeft voor hun WW-uitkering. Zo is voor de werknemer niet op voorhand evident of het UWV mogelijk achteraf zal oordelen dat het ontslag het voorzienbare gevolg van diens gedrag is geweest. Ook kan een werknemer moeilijk beoordelen of door hem te voeren verweer zal slagen. Indien de werknemer geen verweer voert, is onzeker hoe het UWV het achterwege laten van verweer zal beoordelen. Indien het UWV concludeert dat de werknemer ten onrechte geen verweer heeft gevoerd, is hij verwijtbaar werkloos. De uitkomst van het onderzoek van het UWV naar verwijtbaarheid van de werkloosheid is slecht voorspelbaar. Dit leidt tot pro-formaprocedures om de WW-uitkering veilig te stellen.

Uitvoeringsproblematiek

Het UWV ondervindt problemen bij de uitvoering van de verwijtbaarheidstoets. Volgens de adviesaanvraag worden deze problemen veroorzaakt door:

- 1 het gegeven dat de toetsing plaatsvindt als de arbeidsovereenkomst al is beëindigd;
- 2 het feit dat de beschikbare informatie onvoldoende is of de werkelijkheid vervormt;
- 3 de ‘formele’ ontbindingen van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

Bij de onder 1) genoemde redengeving van het kabinet – het feit dat de toetsing van de verwijtbaarheid door het UWV pas plaatsvindt als de arbeidsovereenkomst al is geëindigd – plaatst de raad een kanttekening. Naar de mening van de raad valt deze reden samen met de reden bedoeld onder 2), namelijk onvoldoende en ‘gekleurde’ informatie, op basis waarvan het UWV zich geen goed oordeel kan vormen over de verwijtbaarheid. Zoals de adviesaanvraag zegt, moet het UWV helderheid zien te krijgen over de feiten en omstandigheden die de reden vormen voor beëindiging van de dienstbetrekking. Het is echter niet duidelijk waarom het feit dat deze al is geëindigd daarbij een (extra) complicatie zou opleveren. Het probleem lijkt veeleer hierin te zitten dat het UWV voor zijn oordeelsvorming over mogelijke verwijtbaarheid is aangewezen op de informatie die werkgever en werknemer verstrekken. Zoals de adviesaanvraag terecht opmerkt, hebben werkgever en werknemer bij het verstrekken van informatie andere belangen dan het UWV bij het ver-

6 Zie hierover ook: A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag 2003, p. 135.

garen daarvan. Dit bemoeilijkt de waarheidsvinding door het UWV en daarmee de beoordeling van de verwijtbaarheid van de werkloosheid. Van een moeizame waarheidsvinding zou ook sprake zijn als het UWV nog lopende de arbeidsovereenkomst een oordeel zou (moeten) geven over de verwijtbaarheid van een aangezegd ontslag.

Dit impliceert overigens dat een ‘toetsing op voorhand’ door het UWV geen oplossing biedt voor dit probleem. In de literatuur is die mogelijkheid aan de orde gesteld maar afgewezen, onder meer juist omdat de werkelijke reden voor ontslag hoogst zelden aan het UWV bekend zal worden gemaakt⁷. Een ander argument is dat het UWV zich in veel gevallen zou moeten verdiepen in een *mogelijk* volgend ontslag, terwijl niet duidelijk is of dit leidt tot werkloosheid; het kan immers ook zijn dat de werknemer na het ontslag meteen ander werk vindt. Dit zou voor het UWV onnodig veel werk meebrengen met alle gevolgen voor de uitvoeringskosten. Ook de Stichting van de Arbeid heeft hierop gewezen in haar advies over het rapport van de commissie-Rood.

Visie Stichting van de Arbeid op ‘verwijtbaarheidstoetsing op voorhand’

De commissie-Rood stelde voor te komen tot een stelsel van louter civielrechtelijke, repressieve ontslagbescherming. In dat kader wilde de commissie een door de werkgever te organiseren (wettelijk geregelde en gesanctioneerde) hoorprocedure introduceren. Volgens de commissie zou het verslag van die hoorprocedure een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de aanspraak van de werknemer op een WW-uitkering. Het UWV zou op basis van het verslag een voorlopig oordeel moeten geven over de WW-aanspraken van de betrokken werknemer. Hiermee zouden, volgens de commissie, zogeheten pro-formaprocedures tot het verleden behoren.

De Stichting was een andere mening toegedaan en plaatste *onder meer* (zie ook hierna) vraagtekens bij het voorstel om het UWV (op basis van het verslag van de hoorzitting) een voorlopig oordeel te laten geven over de WW-aanspraken van de werknemer. Hierover concludeerde de Stichting: “Het opleggen aan het UWV van de verplichting om lopende de opzegging een voorlopig oordeel te geven over de WW-aanspraken van de werknemer zou (...) betekenen dat het dat ook moet doen in gevallen waarin het uiteindelijk niet tot werkloosheid komt. Dat kan resulteren in veel overbodig werk”.

- Bron: Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de adviescommissie duaal ontslagstelsel*, 15 juli 2003, publicatie 7/03.

Pro-formaprocedures en ontslagpraktijk

De huidige verwijtbaarheidstoets leidt tot een zeer groot aantal pro-formazaken, bij de kantonrechter en, in andere vorm, ook bij de CWI.

7 R.M Beltzer, Het UWV van poortwachter naar uitsmijter, *SMA* 2004, p. 63 e.v. (zie hierna); dezelfde: Over een opmerkelijk WW-plan, *SMA* 2005, pp. 59-60.

Wat de procedure bij de CWI betreft wordt hier vermeld dat de werkgever op grond van artikel 6 BBA voor opzegging⁸ van de arbeidsverhouding voorafgaande toestemming van de CWI nodig heeft. Over de beoordeling door de CWI van het verzoek om toestemming geeft het Ontslagbesluit inhoudelijke en procedurele regels. In het kader van de pro-formaprocedures is ook het volgende van belang.

Volgens artikel 4:1 van het Ontslagbesluit *verleent* de CWI *toestemming* voor opzegging van de arbeidsverhouding indien de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de arbeidsplaats op grond van bedrijfseconomische redenen dient te vervallen. Het Ontslagbesluit maakt het mogelijk dat bij het verzoek om toestemming van de werkgever een verklaring van de werknemer wordt gevoegd dat hij tegen het voorgenomen – op bedrijfseconomische gronden gebaseerde – ontslag *geen bezwaar* heeft⁹. Bij aanwezigheid van een dergelijke verklaring kan de CWI voor het verlenen van toestemming de zogenoemde verkorte procedure volgen (artikel 2:6 Ontslagbesluit).

In het kader van de pro-formaproblematiek bij de kantonrechter is van belang dat deze bij een ‘formele’ (pro forma) *ontbinding* een oordeel uitspreekt op basis van de feiten en omstandigheden die werkgever en werknemer aan hem voorleggen. Indien de werknemer niet bestrijdt dat er (bijvoorbeeld een bedrijfseconomische) reden is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen, stelt de kantonrechter niet zelf een onderzoek in naar de (werkelijke) reden voor beëindiging.

‘Formele’ ontbinding door de kantonrechter

Bij formele (pro forma) ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter maken werkgever en werknemer (vooraf) afspraken over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een ontbindingsprocedure. Zij spreken af op welk moment en onder welke voorwaarden de arbeidsverhouding zal eindigen en verzoeken de kantonrechter de overeenkomst – met inachtneming van de tussen hen gemaakte afspraken – te ontbinden, veelal met een vergoeding. Er wordt dan geen inhoudelijk verweer gevoerd en in de meeste gevallen wordt de kantonrechter gevraagd een beschikking af te geven zonder dat er een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden. Veelal verzoeken partijen gezamenlijk in de begeleidende brief om af te zien van een mondelinge behandeling, mits de kantonrechter hun wensen over de ontbindingsdatum en de toe te kennen vergoeding volgt. Bij de vele duizenden ontbindingsprocedures die jaarlijks op deze wijze worden afgewikkeld gaat het in feite om een administratieve afwikkeling via de kantonrechter. De kantonrechter zelf laat zich niet inhoudelijk uit over de

8 Toestemming van de CWI is niet vereist bij beëindiging van de arbeidsverhouding met wederzijds goedvinden.

9 De werknemer vult hiertoe een formulier in dat is opgenomen in Bijlage C bij het Ontslagbesluit. Dit formulier informeert de werknemer tevens over de mogelijke gevolgen van ondertekening van de ‘verklaring van geen bezwaar’. Ook wijst het formulier erop dat het niet nodig is bezwaar te maken louter en alleen om de WW-uitkering veilig te stellen.

aangevoerde ontslagreden, maar volgt de standpunten van partijen en geeft een standaard ontbindingsbeschikking af.

De lijdelijke rol van de kantonrechter brengt met zich dat partijen de processtukken zo kunnen inrichten, dat van eventuele verwijtbaarheid als bedoeld in artikel 24 WW niets blijkt. Verder komt uit onderzoek naar de uitvoering van de verwijtbaarheidstoets door het UWV naar voren dat de beschikbare tijd voor toetsing door het UWV zeer beperkt is. Een en ander heeft ertoe geleid dat de geregelde ontbinding vrijwel altijd leidde tot een ‘veilige landing van de werknemer in de WW’. Geregelde ontbindingen hebben een hoge vlucht. Geschat wordt dat ten minste driekwart van alle ontbindingen (in 2003 ongeveer 70.000) uit geregelde ontbindingen bestaat.

- Bronnen: A.A.J. Kouwenhoven, UWV-toetsing verwijtbare werkloosheid bij bedrijfseconomisch ontslag, op. cit., pp.190 e.v.; E. Verhulp, Geregelde ontbinding en WW; *JAR Verklaard*, 3 mei 2004, pp. 6 e.v.

De raad neemt kennis van de twijfel van de Raad voor de Rechtspraak (zie par. 4.2) of het schrappen van de verwijtbaarheidstoets zal leiden tot een substantiële vermindering van het aantal pro-formaprocedures. De redengeving daarvoor acht de raad – met het kabinet – niet overtuigend¹⁰. Anders dan de Raad voor de Rechtspraak verwacht de raad niet dat op een schaal van betekenis ontbindingsprocedures zullen worden gevoerd met het doel een executoriale titel te verkrijgen of vervolgprocedures te voorkomen of dat beëindigingsovereenkomsten alsnog zullen worden aangetast met een beroep op dwaling of misbruik van omstandigheden.

In de waarneming van de raad is in verreweg de meeste pro-formazaken (circa 90 procent) de uitsluitende en definitieve bedoeling van partijen de WW-uitkering van de werknemer veilig te stellen. Afspraken daarover leiden slechts bij hoge uitzondering naderhand tot problemen tussen partijen.

Opvattingen en voorstellen literatuur

De pro-formaproblematiek wordt gezien als een zware belasting voor de ontslagpraktijk. In de literatuur is voorgesteld¹¹ de pro-formaproblematiek terug te dringen door de aanspraak op WW-uitkering in alle gevallen toe te kennen, *tenzij*:

- de opzegging door de werkgever plaatsvindt op staande voet wegens een dringende reden in de zin van de wet;

10 Zie ook R.M. Beltzer, Over een opmerkelijk WW-plan, *SMA* 2005, pp. 59-60, die deze voordelen van de ontbindingsbeschikking van toekomstige aard noemt en concludeert: “zij vormen zeker niet de oorzaak van de grote vlucht van de pro-formaprocedures”.

11 Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, Naar een nieuw ontslagrecht in duplo, *Sociaal Recht*, 2000, p. 243 e.v. Volgens de Werkgroep moet worden voorkomen dat een ontslag gepaard gaat met een eindeloze discussie over wie welk gedeelte van de financiële gevolgen van ontslag moet dragen. Anders blijft de werknemer lange(re) tijd in onzekerheid verkeren over zijn inkomenspositie, terwijl hij zich juist met 100 procent aandacht zou moeten kunnen richten op het vinden van een nieuwe baan. Daar komt bij dat een veelheid van procedures en andere formaliteiten tot hoge maatschappelijke kosten leidt.

- de arbeidsovereenkomst op een kortere termijn dan de normale opzegtermijn door de kantonrechter wordt ontbonden ex artikel 7:685 BW wegens aan de werknemer verwijtbare gewichtige redenen;
- er naar het oordeel van de werkgever grond is voor toekenning van een lagere ontslagvergoeding dan de genormeerde, wegens verwijtbaarheid aan de kant van de werknemer¹².

Ook is bepleit de koppeling tussen de reden van beëindiging van de arbeidsverhouding en de aanspraak op WW geheel te laten vervallen¹³. De verknoping van ontslagrecht en WW heeft in deze visie een ‘perverterende werking’. De WW-regels met betrekking tot verwijtbare werkloosheid hebben ertoe geleid dat:

- de procesgang naar de kantonrechter ex artikel 7:685 is dichtgeslibd;
- werknemers steeds formeel protesteren tegen hun ontslag;
- werknemers niet zelf het initiatief tot ontslag durven nemen; en
- werkgever en werknemer gezamenlijk tegenover het UWV de grootste ‘arbeidsrechtelijke leugen’ in stand houden, die inhoudt dat het ontslag, ongeacht de voorgeschiedenis, niet aan de werknemer te verwijten is.

Zowel in materiële als in immateriële zin wordt in deze visie de prijs die moet worden betaald voor de controle op verwijtbaarheid te hoog gevonden. Niet de reden voor beëindiging van de arbeidsverhouding maar de inspanning van de werkloos geworden werknemer op de arbeidsmarkt zou moeten worden getoetst. De aandacht zou niet op de beëindiging van de oude, maar op het begin van een nieuwe arbeidsverhouding gericht moeten zijn. Van verwijtbaarheid zou alleen sprake moeten zijn als de rechthebbende op een WW-uitkering zich onvoldoende inspant om weer aan het werk te gaan. Reïntegratie van de werkloze werknemer zou centraal dienen te staan. In deze visie zijn er ook twijfels of bij ontslag op grond van een *dringende reden* aan de werknemer een WW-uitkering zou moeten worden onthouden. De WW is immers een risicoverzekering.

In het kader van het pleidooi voor afschaffing van de toets op verwijtbaarheid van het *ontstaan* van de werkloosheid is in de literatuur onderzoek gedaan naar mogelijke bezwaren tegen afschaffing van de huidige verwijtbaarheidstoets. Daarbij zijn ook tegenargumenten naar voren gebracht.

12 Dat hiermee de toegang tot de WW gemakkelijker wordt gemaakt, is volgens de werkgroep ten dele schijn. Zij voert daartoe aan dat in het huidige systeem een WW-weigering veelal is te herleiden tot het feit dat de werkgever wegens een dringende reden heeft opgezegd of op een kortere dan de voorgeschreven termijn heeft opgezegd (en de werknemer daartegen niet in het geweer is gekomen) of dat de werknemer genoegzaam moeten nemen met een lagere ontbindingsvergoeding.

13 R.M. Beltzer, Het UWV van poortwachter naar uitsmijter, *SMA*, februari 2004, pp. 63-86; R. Knegt, Verwijtbare werkloosheid: de januskop van de WW, *SMA* 2001, p. 546 e.v.

Mogelijke bezwaren tegen afschaffing van de verwijtbaarheidstoets (*cursief*) en tegenargumenten

- 1 *Afschaffing van de verwijtbare werkloosheid aan de poort zou leiden tot meer uitkeringen.*
In de praktijk worden niet op grote schaal WW-uitkeringen aan de poort geweigerd, mede omdat werkgever en werknemer wel uitkijken om het UWV munitie te verschaffen voor weigering van een WW-uitkering. Een ander argument dat bovengenoemd bezwaar vermindert, is dat de controlerende functie van het UWV verschuift van de poort naar de periode van WW-gerechtigdheid daarna.
- 2 *Het openzetten van de WW-poort zou de gemeenschap meer geld kosten.*
Hierbij gelden dezelfde tegenargumenten als bij het eerste bezwaar. Verder is het bezwaar ook onjuist, omdat de vrije toegang tot de WW juist leidt tot het vrijkomen van mensen en middelen. Hierdoor verdwijnen de pro-formaprocedures (belangrijke verlichting taak kantonrechter) en vervalt voor het UWV de – ondankbare – taak de waarheid boven tafel te krijgen (bespaart werk en kosten inschakeling CWI).
- 3 *Niet langer toetsen van verwijtbaarheid aan de poort van de WW zou onethisch zijn.*
Ook werknemers die overduidelijk schuld hebben aan hun ontslag (*fraude, seksuele intimidatie*) zouden immers recht hebben op WW.
Er is een parallel met de verplichte loondoorbetaling bij ziekte. Deze geldt ook in gevallen waarin de werknemer wellicht schuld heeft aan de ziekte. Verder is de automatische vergoeding op basis van de kantonrechtersformule ‘onethischer’ dan het afzien van poortcontrole bij de WW. Een ander punt is dat de sanctieregeling in de WW in geval van verwijtbaarheid ‘bot’ is.
- 4 *Werknemers zouden zich gemakkelijker laten ontslaan, bijvoorbeeld om een sabattical te kunnen nemen of om met behoud van een WW-uitkering voor de kinderen te kunnen zorgen.*
Deze gedachte miskent dat de werknemer slechts recht op WW heeft indien hij beschikbaar is voor de arbeidsmarkt. Zeker als afschaffing van de verwijtbaarheidstoets aan de WW-poort wordt gekoppeld aan een strengere toets op reïntegratie-inspanningen van de werknemer, behoeven geen nadelige effecten voor de socialezekerheidskassen op te treden.
- 5 *Er zou al veel gewonnen zijn als het UWV op voorhand bereid zou zijn een oordeel (‘ruling’) te geven over de verwijtbaarheid van de werknemer.*
Dit argument gaat eraan voorbij dat de werkelijke reden voor ontslag alsnog hoogst zelden aan het UWV bekend zal worden gemaakt.
- 6 *Het zou politiek onhaalbaar zijn maatregelen te nemen die juist de instroom in de sociale zekerheid vergemakkelijken.*
Het vasthouden aan het principe dat maatregelen in de sociale zekerheid de toegang tot die sociale zekerheid nooit mogen vergemakkelijken, vindt daar zijn begrenzing waar door bepaalde regelingen andere rechtsgebieden, in casu het arbeidsrecht, in een onaanvaardbare houdgreep worden genomen, met hogere maatschappelijke kosten als gevolg.

- Bron: R.M. Beltzer, Het UWV van poortwachter naar uitsmijter, SMA, februari 2004, nr. 2, pp. 63-86 en dezelfde: Over een opmerkelijk WW-plan, SMA 2005, pp. 59-60.

Ook andere mogelijke bezwaren tegen afschaffing van de huidige verwijtbaarheidstoets zijn in de literatuur onderzocht, en weerlegd. Daarbij is ook aandacht besteed aan de situatie in ons omringende landen. Uit een vergelijking van de gedragseisen die in Nederland worden gesteld met die in naburige landen, blijkt dat de Nederlandse 'achteromziende blik' streng is. Gemeenschappelijk element in de werkloosheidsregelingen van veel landen is dat een werknemer die zelf ontslag neemt daar een goede reden voor moet hebben, wil hij voor een uitkering in aanmerking komen. Voor het overige lopen de eisen nogal uiteen. Conclusie is dat Frankrijk het meest coulant en Nederland het strengst is in het stellen van eisen (zie kader).

Sanctionering van aan werkloosheid voorafgaand gedrag bij ontslag op initiatief werkgever

In Frankrijk wordt de eis van 'onvrijwilligheid' strikt uitgelegd: in alle gevallen waarin de werkgever het initiatief neemt tot het ontslag wordt de werkloosheid als onvrijwillig beschouwd, ook als de werknemer zelf door zijn gedrag tot dit initiatief aanleiding heeft gegeven. In Duitsland kan alleen bij opzet of grove schuld van de werknemer betaling van de uitkering enige tijd worden opgeschort. In het Verenigd Koninkrijk bestaat ook een sanctie op ontslag als gevolg van verwijtbaar gedrag.

Nederland ten slotte sanctioneert niet alleen opzet of grove schuld en verwijtbaar gedrag, maar ook onvoldoende verzet van de werknemer tegen het ontslagvoornemen van de werkgever.

- Bron: R. Knegt, Verwijtbare werkloosheid: de januskop van de WW, SMA 2001, pp. 546 e.v.

Advies Stichting van de Arbeid

De Stichting van de Arbeid besteedt in haar advies uit 2003 over de voorstellen van de Commissie Duaal Ontslagstelsel (commissie-Rood) eveneens aandacht aan het vraagstuk van de pro-formaprocedures¹⁴. Een van de criteria die de Stichting hanteert bij de beoordeling van deze voorstellen, is of deze bijdragen aan voorkoming van onnodige procedures die ingesteld worden om de aanspraak op een WW-uitkering zeker te stellen. De Stichting komt in het advies tot de conclusie dat het door de commissie-Rood voorgestane repressieve ontslagstelsel geen bijdrage levert aan het terugdringen van de pro-formaproblematiek, daar waar het bestaande duale preventieve ontslagstelsel een (nagenoeg) beslissende indicatie verschaft ter bepaling van de aanspraak op een WW-uitkering. Dit neemt niet weg dat pro-formaprocedures in dat stelsel een flink beslag leggen op de toetsende instanties. De Stichting constateert dat dit probleem ten gronde te maken heeft met de toegangs-criteria tot de WW.

14 Stichting van de Arbeid, *Advies inzake het rapport van de Adviescommissie Duaal Ontslagstelsel*, Den Haag, 15 juli 2003, publicatienr. 7/03.

Inschakeling CWI door UWV

Bij WW-aanvragen waarbij sprake is van (formele) ontbinding door de kantonrechter wegens bedrijfseconomische redenen, maakt het UWV sinds september 2003 gebruik van de expertise van de CWI. Het UWV heeft aandacht gevraagd voor de gang van zaken bij inschakeling van de CWI bij de beoordeling van ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen¹⁵. De langere doorlooptijd van ontslagzaken waarvoor de CWI wordt ingeschakeld blijkt een knelpunt te zijn.

Inschakeling CWI door UWV

In 2001 constateerde de toezichthouder (Ctsv, thans IWI) dat in veel gevallen de rechtmatigheid van een verstrekte WW-uitkering niet kon worden vastgesteld omdat het UWV geen volledige invulling had gegeven aan de zelfstandige toetsing van verwijtbare werkloosheid. Dit was het geval bij ontslagen met een bedrijfseconomische achtergrond, waarbij sprake is van een (formele) ontbinding van de arbeidsovereenkomst of een beëindiging met wederzijds goedvinden. Dit heeft geleid tot een andere werkwijze van het UWV bij de toetsing van de verwijtbaarheid bij bedrijfseconomische ontslagen.

Sinds 1 september 2003 schakelt het UWV in een aantal gevallen de CWI in bij de beoordeling van ontbinding om bedrijfseconomische redenen waarbij niet de toestemmingsprocedure ex artikel 6 BBA is gevolgd. De CWI adviseert over de vraag of in het onderhavige geval bij een normale ontslagaanvraag op bedrijfseconomische gronden toestemming zou zijn verleend. Dit advies weegt zwaar mee bij de uiteindelijke beoordeling door het UWV of sprake is van verwijtbare werkloosheid.

In de praktijk gaat het voornamelijk om gevallen waarbij de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter op verzoek is ontbonden (artikel 7:685 BW) en om gevallen van beëindiging van het dienstverband met wederzijds goedvinden. Bij beide categorieën gevallen is een bedrijfseconomische noodzaak als reden van ontslag aangegeven. In het bijzonder gaat het om de zogenoemde *formele ontbindingen* waarbij werkgever en werknemer (vooraf) afspraken hebben gemaakt over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst via een ontbindingsovereenkomst. Omdat de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter in dergelijke gevallen niet inhoudelijk ingaat op de ontslagredenen, kan het UWV niet toetsen of het ontslag voor deze werknemer onvermijdelijk was.

De minister van SZW heeft de Tweede Kamer op 23 december 2004 schriftelijk geïnformeerd over de resultaten van de inschakeling van de CWI door het UWV. Naar verwachting zal het aantal adviesverzoeken van het UWV aan de CWI voor 2004 uitkomen op ongeveer 1200. De aanvankelijke prognose was dat het zou gaan om 10.000 verzoeken per jaar. De totale jaarlijkse WW-instroom bedraagt ongeveer 500.000 personen. Gebleken is dat veel ontslagdossiers meer informatie bevatten dan voorheen, waardoor het UWV in staat is om zonder advisering

15 In een memo van 22 maart 2004 dat is verstrekt aan de SER-Commissie Sociale Zekerheid.

door de CWI een beslissing te nemen. Verder kan volgens de minister worden geconcludeerd dat in bijna een derde van de gevallen die aan de CWI zijn voorgelegd, is overgegaan tot een weigering van de WW-uitkering. Volgens de minister ligt voortzetting van de samenwerking tussen UWV en CWI voor de hand. Een daartoe strekkend verzoek van UWV en CWI had de minister op 23 december 2004 nog niet bereikt.

Bronnen:

- A.A.J. Kouwenhoven, UWV-toetsing verwijtbare werkloosheid bij bedrijfseconomisch ontslag, *Arbeid Integraal* 6, december 2003, pp. 190 e.v.;
- Brief van de minister van SZW aan de Tweede Kamer van 23 december 2004 inzake Structuur van de uitvoering werk en inkomen (SUWI); Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 26 448, nr. 181.

Financiële gevolgen voor uitvoering WW en uitkeringslasten

De kabinetsvoorstellen leiden volgens de adviesaanvraag van 2 december 2004 tot een besparing op de uitvoeringskosten van (structureel) 2 miljoen euro. Daar staat een toename van uitkeringslasten van (structureel) 19 miljoen euro¹⁶ tegenover. Per saldo zouden de kabinetsvoorstellen dus 17 miljoen euro kosten. Volgens recente gegevens van het UWV en het ministerie van SZW bedragen de kosten van de kabinetsvoorstellen 17,9 miljoen euro.

4.4 Standpunt van de raad

De raad is van oordeel dat een verregaande vermindering van de pro-formaproblematiek van groot belang is voor een versoepeling van de ontslagpraktijk en een verbeterde werking van de arbeidsmarkt. Aldus kan een aanzienlijke kostenreductie voor werkgevers en werknemers worden bereikt. Ook is het terugdringen van de pro-formaproblematiek van evident belang voor een evenwichtig en doelmatig functionerend stelsel van sociale zekerheid, in casu het systeem van de werkloosheidsuitkering. Daarnaast leidt vermindering van het aantal pro-formazaken tot een wenselijke vermindering van de belasting van de rechterlijke macht en van de uitvoeringskosten voor de CWI en het UWV.

De raad staat daarom positief tegenover het kabinetsvoornemen de toetsing van verwijtbaarheid van het ontslag aan de werknemer te beperken.

Het kabinet is voornemens de verwijtbaarheidstoets te beperken tot die gevallen waarin:

- a de werknemer zelf ontslag neemt;
- b de werknemer ontslagen wordt als voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever.

¹⁶ De adviesaanvraag spreekt in dit verband van 17 miljoen euro; dit is echter het saldo van de toename van de uitkeringslasten en de afname van de uitvoeringskosten.

Ad a)

De raad betreft in zijn overwegingen niet alleen de gevallen waarin de werknemer zelf ontslag neemt, maar ook de gevallen waarin de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer door de rechter is ontbonden. Hier zijn tal van verschillende situaties denkbaar. Het is lang niet altijd op voorhand duidelijk of een zodanige situatie is ontstaan dat redelijkerwijs niet kan worden verlangd dat de werknemer de dienstbetrekking voortzet. Het is daarom wenselijk dat het UWV bij ontslagname door de werknemer en bij ontbinding op verzoek van de werknemer een toets blijft uitvoeren op de mogelijke verwijtbaarheid van de werkloosheid aan de werknemer.

Door de ministeriële vertegenwoordiging is toegelicht dat het kabinetsvoornemen geen wijziging beoogt te brengen in de huidige praktijk. Het UWV zal blijven toetsen of de werknemer de dienstbetrekking heeft beëindigd “zonder dat aan de voorzetting ervan zodanige bezwaren zijn verbonden dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van de werknemer zou kunnen worden gevergd”¹⁷. De raad stemt daarmee in.

Ad b)

De vraag of in andere dan de onder ad a) genoemde gevallen een toets op verwijtbaarheid nodig of wenselijk is, beantwoordt de raad in het licht van het doel dat het kabinet met beperking van de verwijtbaarheidstoets beoogt te bereiken. Uitgaande van de adviesaanvraag en de toelichting die van de zijde van het ministerie van SZW is gegeven, staat voor het kabinet het terugdringen van de pro-formaproblematiek voorop. Bezien vanuit die doelstelling acht de raad voor de (mate van) verwijtbaarheid van de werkloosheid een scherpere afbakening gewenst dan die welke het kabinet voorstelt.

In de adviesaanvraag wordt de toetsing bij ontslag op initiatief van de werkgever beperkt tot “ontslag als voorzienbaar gevolg van verwijtbaar gedrag van de werknemer”. Volgens de adviesaanvraag betekent dit dat de werknemer niet langer verplicht zal zijn zich (adequaat) te verweren tegen een voorgenomen ontslag door de werkgever.

Door de ministeriële vertegenwoordiging is toegelicht dat is bedoeld als criterium voor verwijtbaarheid te stellen dat de werknemer zich “verwijtbaar zodanig heeft gedragen dat hij zich had moeten realiseren dat dit de beëindiging van de dienstbetrekking tot gevolg zou kunnen hebben”.

De raad stelt vast dat dit de norm is van het huidige artikel 24 lid 2 onder a WW. Zoals hij in paragraaf 4.3 heeft vastgesteld, kan ook als gevolg van deze norm onzekerheid bestaan over de noodzaak van verweer. Voor de werknemer is immers niet op voorhand evident of het UWV zal oordelen dat het ontslag het voorzienbare gevolg van diens gedrag is geweest. De werknemer zal dus rekening moeten houden met de mogelijkheid dat het UWV zal concluderen dat sprake is van verwijtbare werkloosheid met het gevolg dat de WW-uitkering wordt geweigerd. Met het oog daarop zal de werknemer niet bereid zijn tot medewerking aan een beëindigingsovereenkomst, zich genooddaakt zien zich te

17 Artikel 24 WW, lid 3 onder b.

verweren tegen het ontslag en het (toch weer) op een procedure bij de CWI of bij de kantonrechter laten aankomen¹⁸.

Wil het oogmerk van het kabinet tot terugdringing van de pro-formaproblematiek slagen, dan is een betere afbakening nodig van eventuele verwijtbaarheid van beëindiging van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer. De raad stelt daarom voor de toets op verwijtbaarheid te beperken tot gevallen waarin de werknemer op staande voet is ontslagen wegens een ‘dringende reden’ (artikel 7:677 BW), respectievelijk de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever door de rechter is ontbonden op grond van een ‘dringende reden’¹⁹. In alle andere gevallen²⁰ zou de toets moeten vervallen.

Dringende reden

Volgens artikel 7:678 BW worden voor de werkgever als ‘dringende redenen’ beschouwd “daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die ten gevolge hebben dat van de werkgever redelijkerwijze niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren”. In de bepaling wordt een aantal ‘daden, eigenschappen of gedragingen’ genoemd die geacht kunnen worden een dringende reden op te leveren. De opsomming is enuntiatief: het gaat in artikel 7:678 om voorbeelden.

Afronding

De raad beveelt het kabinet aan de toets op verwijtbare werkloosheid vorm te geven zoals hierboven is voorgesteld:

- Voor alle gevallen waarin de werknemer zelf ontslag neemt, respectievelijk de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer is ontbonden, blijft de toets gehandhaafd (conform het voorstel van het kabinet);
- Voor alle andere gevallen wordt de toets beperkt tot gevallen waarin de werknemer op staande voet is ontslagen wegens een ‘dringende reden’ of de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever door de rechter is ontbonden op grond van een ‘dringende reden’.

De raad constateert dat uit de adviesaanvraag en de daarbij gegeven toelichting niets blijkt van een kabinetsvoornemen om het UWV *op voorhand* een oordeel te laten geven over de mogelijke verwijtbaarheid van werkloosheid aan de werknemer. Voor het geval

18 In beginsel gaat het daarbij om alle gevallen die niet evident een bedrijfseconomisch ontslag zijn.

19 Het voorstel betekent tevens een vereenvoudiging van de uitvoering. In deze zin ook: G.J.J. Heerma van Voss, Afscheid van het formeel verweer, *Sociaal Recht* 2005, pp. 85-86: “Het UWV behoeft dan uitsluitend te bezien of een door de werkgever geïnitieerde opzegging / ontbinding is gebaseerd op een dringende reden.”

20 Anders dan gevallen van ontslagname door de werknemer, respectievelijk ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de rechter op verzoek van de werknemer, waarover de raad onder Ad a) zijn standpunt heeft bepaald.

het kabinet alsnog zou overwegen over te gaan tot een ‘toetsing op voorhand’ merkt de raad op dat hij dat geen werkbare oplossing acht (zie paragraaf 4.3).

Tot slot merkt de raad op dat een eventuele toename van het beroep op een WW-uitkering die enkel en alleen het gevolg is van beperking van de verwijtbaarheidstoets niet dient mee te tellen in beoogde ‘volumedoelstelling toekomstbestendigheid WW’.

Den Haag, 15 april 2005

H.H.F. Wijffels
voorzitter

N.C.M. van Niekerk
algemeen secretaris