

## Snij in de regels, niet in ontslagvergoeding

Barendrecht, J.M.

*Published in:*  
Het Financieele Dagblad

*Publication date:*  
2003

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Barendrecht, J. M. (2003). Snij in de regels, niet in ontslagvergoeding. *Het Financieele Dagblad*.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## De kosten en baten van het huidige ontslagrecht en van alternatieven daarvoor

Prof. J.M. Barendrecht, Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, KUB  
9 november 1999

### 1. De Instantie



Laten we ons eens een land voorstellen: keurig land, echte rechtsstaat, volwassen arbeidsverhoudingen met werknemers- en werkgeversorganisaties die elkaar ongeveer in evenwicht houden, basiskleuren in het landschap grasgroen en betongrijs, weinig relief en munteenheid de gulden. Er werken 5 miljoen mensen in loondienst. Daarvan gaan er jaarlijks 100.000 onvrijwillig weg bij hun werkgever. Vanaf het slecht nieuws gesprek tot einde dienstverband duurt dat gemiddeld 6 maanden. Werknemers krijgen gemiddeld een maand salaris per dienstjaar als vergoeding mee. De gemiddelde vergoeding bedraagt 30.000 gulden.

Ontslag wordt in dit land strenger gecontroleerd dan verbreking van de echt. Ontslag mag niet zonder toestemming van de Instantie. Die Instantie is ingewikkeld en kent veel loketten. Bij al die loketten zijn de rijen lang en moet je heel veel papieren invullen. 'Administratieve lasten' noemen ze dat. Er zijn loketten met de letters R, D en A erboven waar de werkgever kan proberen voor niks een ontslag te krijgen. Er zijn ook loketten met het merkwaardige opschrift 'Rechter' waar de werkgever een ontslag kan proberen te kopen voor een maand salaris per dienstjaar. De werknemer rent de werkgever achterna van loket naar loket. Speciaal voor hem zijn er ook nog een paar loketten: één waar ze kaartenbakken met banen hebben, niet echt droombanen, maar toch; één loket met KOO er op waar de werknemer toch een vergoeding kan krijgen van de werkgever die dacht dat hij het ontslag voor niks kreeg; één loket voor vakantiegeld, achterstallig loon en sores over het concurrentiebeding.

Wie na lang wachten bij het verkeerde loket zit, wordt vriendelijk doorverwezen. De lokettisten zijn ook zeer bekwaam, vooral als er 'Individuele rechtvaardigheid' boven hun loket staat. Daar hebben ze stoelen, en ze nemen zeker één uur de tijd voor werknemer en werkgever. In dat uur wordt perfect in kaart gebracht wat er in tien jaar dienstverband is gebeurd. En dan beslist

de lokettist wie er in die tien jaar het meest fout is geweest. Dat willen werknemer en werkgever altijd graag weten. Soms raakt een werknemer van slag door alle fouten die de werkgever hem aanwrijft, maar daar is ook weer een loket voor: WAO. En werkgevers die geschrokken zijn van de administratieve lasten worden op de stoep opgevangen door hele blije mensen met petjes op waarop staat 'Flex' en 'Randstad'.

Bij de Instantie zijn ze steeds klantvriendelijker geworden. Toch krijgt iedere werknemer of werkgever bij binnenkomst een begeleider. Die begeleiders hebben naamkaartjes op met opschriften als 'HRM', 'FNV' of 'advocaat' en helpen met het invullen van papieren en brengen je van loket naar loket. Begeleiders praten niet alleen met hun klanten, maar vooral met elkaar. Het lijkt wel of zij zaken schikken. Volgens de huisregels van de Instantie mag dat absoluut niet. Maar het wordt oogluikend toegestaan, en er is zelfs een loket waar je een stempel op zo'n afspraak kan krijgen: 'Stempelen' staat er boven. Er zijn meer vreemde communicatieregels. Werknemers mogen alleen stiekem met andere werkgevers praten, anders krijgen zij minder vergoeding. Lokettisten mogen niet met elkaar praten, zeker niet die onder de bordjes 'Rechter'. Als die afspreken hoe ze de klanten zullen behandelen, roept men schande. Ondanks dit gebrek aan afstemming zegt de folder van de Instantie dat zij een buitengewoon subtiel en effectief 'arbeidsmarktbeleid' voert, omdat zij jaarlijks precies zoveel ontslagen toelaat als goed is voor het land.

## 2. Kosten/baten analyse

In het land was er een commissie die iets wilde weten over de kosten en baten van de Instantie. Waarschijnlijk vroeg de commissie zich af of de kosten niet omlaag konden en de baten niet omhoog, of een dergelijke moderne gedachtegang. Minder modern was dat het budget voor een antwoord een boekenbon van 100 gulden bedroeg, en dat het maar 10 minuten mocht duren.

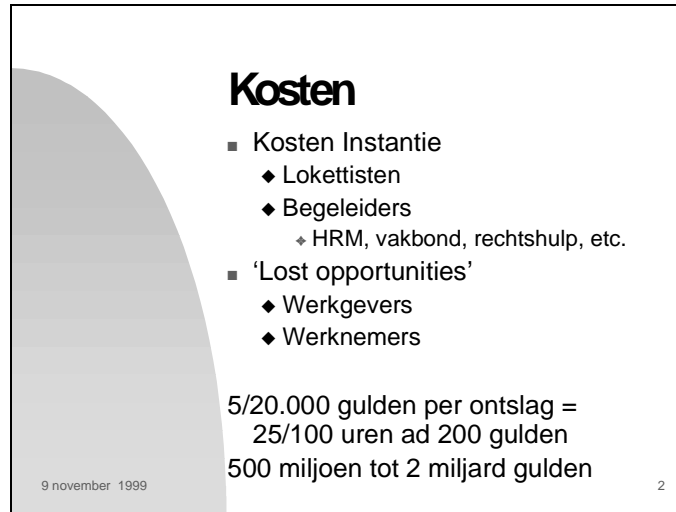
Een probleem was ook dat de kosten en de baten alleen te vergelijken zijn als men twee alternatieven heeft, en hoewel werd gefluisterd dat de commissie een plan heeft om de Instantie flink te reorganiseren, was onbekend welk plan zij daarvoor had. Daarom bekijk ik kosten en baten tegen de achtergrond van een alternatief. Alleen dat alternatief verklap ik nog niet, maar degenen die mij eerder over deze materie hebben angehoord kunnen weten in welke richting zij het moeten zoeken. Wat ik hierna zeg, is overigens niet alleen maar relevant als de commissie datzelfde alternatief in het hoofd heeft, maar beoogt geschikt te zijn om ook andere alternatieven te analyseren.

## 3. Huidige kosten

De kosten zijn gemakkelijk te berekenen. Dat zijn in de eerste plaats alle kosten van instandhouding van de Instantie, waaronder alle kosten van lokettisten en alle honoraria en kosten van begeleiders.

In de tweede plaats is er de post van de tijd die werknemers en werkgevers bij de Instantie doorbrengen, inclusief die voor het laten opstellen van alle papieren, de tijd die zij piekeren over de schuld die bij hen wordt gelegd en de tijd dat zij zich ergeren. Het merendeel van die tijd hadden zij nuttiger kunnen besteden. 'Lost opportunities' noemt men dat. De werkgever had productief bezig kunnen zijn. De werknemer had nog productief kunnen zijn voor de werkgever, had zich voluit kunnen richten op herscholing of op het vinden van een nieuwe baan.

De omvang van deze kosten en de schade door 'lost opportunities' is onbekend. Maar stel dat deze tussen de 5000 en de 20.000 gulden gemiddeld per ontslag bedragen ...



Als men liever in uurtarieven denkt, hebben wij het dan over 25 tot 100 uren van 200 gulden. In beide gevallen spreken wij met 100.000 ontslagen over 500 miljoen tot 2 miljard gulden op jaarbasis.

#### 4. Huidige baten

##### 4.1 *Ontslagbescherming: een drempel met twee componenten*

De baten van de Instantie zijn in de eerste plaats dat werknemers bescherming genieten tegen ontslag, in de vorm van een drempel die werkgevers ondervinden als zij tot ontslag over willen gaan. Die drempel heeft twee componenten.

In de eerste plaats bestaat die uit alles wat de werkgever verwacht dat hem binnen de Instantie zal overkomen, wel of geen toestemming tot ontslag en wel of niet een gang langs vele loketten met alle kosten van dien. De gang door de Instantie betekent een grote hoeveelheid kosten, waarvan een aanzienlijk deel voor rekening van de werkgever komt; wij hebben dat gezien. Er is een kleine kans om ondanks die kosten niet het gewenste resultaat te bereiken. Die kans kan men ook weer omrekenen in een kostenpost: blijven zitten met een werknemer waarmee de relatie waarschijnlijk verstoord is geraakt door het verblijf binnen de Instantie. De kosten en die kans hebben een onzekere omvang en dat betekent in wezen dat risico-averse werkgevers, en die zijn er veel in dit land, een extra kostenpost ondervinden. Om een indruk te geven: als we er van uit gaan dat de werkgever de helft van de totale kosten draagt is dat tussen de 2500 en de 10.000 gulden gemiddeld per ontslag, vermeerderd met de kosten van onzekerheid.

De tweede component van de drempel is de vergoeding die de werknemer van de werkgever ontvangt: gemiddeld 30.000 gulden. Maar ook in die component zit onzekerheid en dat brengt voor de risico-averse werkgever dus weer een extra drempel mee.

## Baten

- Drempel tegen ontslag met twee componenten
  - ◆ Verwachte kosten en 'lost opportuniteiten' (2,5/10.000 gulden)
    - ✦ Kosten onzekerheid
  - ◆ Verwachte vergoeding (30.000)
    - ✦ Kosten onzekerheid
  - ◆ Hoe meer dienstjaren hoe hoger
- Individuele rechtvaardigheid

9 november 1999 3

De winst die de werkgever verwacht te boeken door ontslag, moet groter zijn dan deze drempel van onzekere hoogte.

De hoogte van de drempel varieert met het aantal dienstjaren. Het is een goede mix van prikkels voor de werkgever en de werknemer om in elkaar te blijven investeren. Een per dienstjaar toenemende ontslagbescherming is gerechtvaardigd, omdat een werknemer die zich vormt op een wijze die voor de werkgever het meest gunstig is, daarmee tegelijkertijd zijn geschiktheid voor andere arbeidsplekken vermindert, hoe 'employable' hij ook is, al is het maar omdat hij gewoon minder tijd heeft om zich naar het volgende dienstverband te vormen.

#### 4.2 *Individuele rechtvaardigheid*

De tweede bate van de Instantie is individuele rechtvaardigheid. De Instantie bekijkt iedere ontslagaanvraag op zijn merites en weegt daarbij vooral de bedrijfseconomische situatie van de werkgever, respectievelijk de mate van schuld aan het ontslag aan beide zijden en de arbeidsmarktpositie van de werknemer. Dat levert een beslissing op, die een hogere kwaliteit heeft. Die kwaliteit kan men ook kwantificeren, maar ik zal daar nu niet dieper op in gaan.

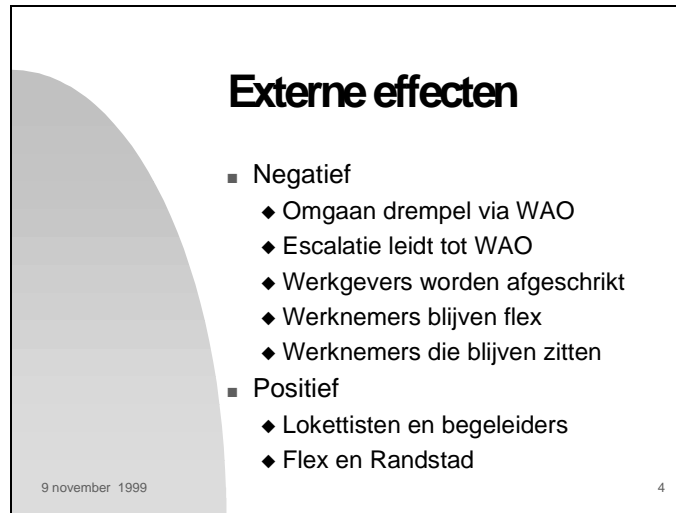
### 5. Negatieve en positieve externe effecten

Een omvangrijke organisatie als de Instantie heeft niet alleen kosten en baten die direct gerelateerd zijn aan het beoogde doel. Het neerzetten van een organisatie als de Instantie in de maatschappij heeft ook externe effecten, net als er mensen zijn die profijt hebben van de aanleg van een autosnelweg, de restauranthouders in de buurt, en mensen die daarvan last hebben, bijvoorbeeld geluidsoverlast (al schijnt dat tegenwoordig niet meer zo belangrijk te zijn).

Laten we beginnen met de negatieve externe effecten: de schade die de Instantie aan anderen dan werknemer en werkgever toebrengt. Ik noem er een paar:

- De directe kosten en de indirecte lasten van de Instantie zijn zo hoog, dat het soms aantrekkelijker voor partijen is om via de WAO uit elkaar te gaan.
- De toestroom tot de WAO wordt vergroot, doordat de werkgever weet dat er een grotere kans is om van de werknemer af te komen als sprake is van een verstoorde

- arbeidsverhouding en doordat partijen er belang bij hebben elkaar de schuld toe te schuiven. Dat betekent een prikkel tot escalatie, die sommige werknemers in de WAO zal doen belanden.
- Schade voor werkgevers die afgeschrikt door de Instantie geen werknemers meer in dienst nemen.
  - Verloren kansen voor de werknemers die daardoor niet in dienst worden genomen, maar tegen hun zin flexibel gaan werken.
  - Schade voor (risico-averse) werkgevers die afgeschrikt door de Instantie werknemers niet ontslaan, terwijl dat eigenlijk wel zou moeten.



Positieve externe effecten zijn er natuurlijk ook.

- Het grootste deel van de kosten die de Instantie maakt, zijn personeelskosten, en dat zijn baten voor degenen die zo hun werk vinden. Lokettisten, maar ook de begeleiding van mensen door de Instantie is 'core business' voor velen: van personeelsmensen, via vakbonden en rechtshulpverleners tot hoogleraren die boeken over arbeidsrecht schrijven.
- Die hele blijde mensen op de stoep van 'Flex' hebben ook profijt van de Instantie. Het land kent een zeer bloeiende uitzendbranche, die zonder de Instantie niet zou zijn geworden wat die nu was.

## 6. Terugdringen kosten

### 6.1 Eén loket

Hoe kunnen de kosten van de Instantie worden teruggedrongen? De commissie heeft als primaire opdracht om te kijken of zij twee grote loketten kan samenvoegen. Dat zou nog wat rigoreuzer kunnen. Één loket voor alle problemen die werknemer en werkgever bij het uit elkaar gaan verdeeld houden, is het standaardrecept voor het terugdringen van administratieve lasten. Één loket waar partijen praten over het toestaan van het ontslag, over de vergoeding en over alle andere vorderingen over en weer.

## 6.2 *Verbetering procedure*

De tweede manier waarop kosten kunnen worden beperkt, is door dat wat plaatsvindt bij het loket te optimaliseren. De economisch optimale geschiloplossing is in het algemeen die waarbij de gemeenschappelijke winst wordt gemaximaliseerd. Het begint er steeds meer op te lijken dat er procedures kunnen worden ontwikkeld die dit redelijk waarborgen: onderhandeling op basis van belangen tussen partijen zelf, en eventueel bemiddeling, met een eenvoudige gerechtelijke procedure als vangnet.

Wat er in die gerechtelijke procedure gebeurt, mag geen versturende invloed heeft op wat daarvoor gebeurt. Het grootste gemeenschappelijke belang van werkgever en werknemer is dat de werknemer snel weer aan het werk komt met een ‘goed gevoel’ over de afwikkeling. Praten over schuld aan het ontslag verstoort dit. Voorts zou de werknemer geen belang moeten hebben om een zwakkere arbeidsmarktpositie te fingeren.

## 6.3 *Verdere objectivering verdelingscriteria*

Dit zegt al iets over de criteria voor verdeling van de financiële gevolgen, die natuurlijk een belangrijk onderdeel van het geschil vormen. Liever geen verdiscontering van de wederzijdse schuld en liever ook geen toetsing van de concrete positie op de arbeidsmarkt op het moment van het ontslag. Criteria voor verdeling moeten ook overigens zo objectief mogelijk zijn. Dan levert verdeling van de financiële gevolgen zo min mogelijk kosten op en is er zo min mogelijk ruimte voor machtsfactoren. Dat is gemeenschappelijke winst voor beide partijen.

Als het gaat om de verdelingscriteria moet worden onderscheiden tussen twee verdelingsbeslissingen: mag het ontslag, en zo ja, tegen welke vergoeding. Voor de eerste beslissing is het heel moeilijk objectieve criteria te vinden, behalve voor de uitzonderingsgevallen die terug zijn te vinden in de ontslagverboden. Het is de Instantie in ruim vijftig jaar niet gelukt om criteria te ontwikkelen die voldoende objectief zijn, of iemand hier in de zaal zou het moeten weten. Voor de tweede beslissing is het iets gemakkelijker om objectieve criteria te bedenken en na vijftig jaar kwam de Instantie dan ook met de één maand per dienstjaar regel.

## 7. Het alternatief

**Terugdringen kosten**

- Één loket
- Procedure
  - ◆ Onderhandeling op basis van belangen
  - ◆ Bemiddeling
  - ◆ Vangnet
    - ✦ Eenvoudige gerechtelijke procedure
    - ✦ Zonder verstoring
- Objectivering verdelingscriteria
  - ◆ Mag ontslag (?)
  - ◆ Omvang vergoeding

9 november 1999 5

Het alternatief voor de inrichting van de Instantie waartegen ik de huidige situatie afzet, begint langzamerhand duidelijk te worden. Één sterk vereenvoudigde procedure, waaruit conflictueuze elementen zijn verwijderd. Liefst geen toets van de gerechtvaardigheid van het ontslag, omdat daarvoor zo moeilijk objectieve criteria zijn te ontwikkelen. Wel een vergoeding, vaststelbaar aan de hand van objectieve criteria.

## **8. Gevolgen voor baten?**

### *8.1 Vermindering ontslagbescherming?*

De kosten van de Instantie kunnen zo worden teruggedrongen, dat is duidelijk. Maar het is een illusie dat men de kosten kan beperken zonder dat er ook zekere baten verloren gaan. De kunst van reorganiseren is om de schade aan de baten zo beperkt mogelijk te houden.

U herinnert zich dat de ontslagbescherming twee componenten kent: kosten en vergoeding. Verlaging van de kosten, betekent verlaging van de ontslagbescherming en dus op dat punt verzwakking van de positie van de werknemer. De werknemer gaat er overigens wel in andere opzichten op vooruit: ook voor hem nemen immers de lasten van het verblijf bij de Instantie af.

Men kan de verlaging van de kostencomponent van de drempel bovendien compenseren met een verhoging van de vergoedingscomponent. Dat is eigenlijk wat er in de afgelopen decennia in het land is gebeurd: vergemakkelijking van ontslag, maar verhoging van de via sociale plannen en de rechter verkrijgbare vergoedingen. Die substitutie heeft bovendien als voordeel dat men de bescherming beter kan afstemmen op die personen die deze het meest nodig hebben. De bescherming die uitgaat van de kosten is vaak vrij willekeurig. Het is vooral de mate waarin de werkgever bang is voor kosten en onzekerheid die bepalen hoeveel bescherming de werknemer heeft. Men kan overigens ook nog zeggen dat verlaging van de drempel niet zo erg is, omdat het de werking van de arbeidsmarkt ten goede komt en omdat in de huidige krappe arbeidsmarkt niet zo'n sterke ontslagbescherming nodig is.

### *8.2 Individuele rechtvaardigheid*

Het gebruik van objectieve criteria kan ook invloed hebben op een andere bate: individuele rechtvaardigheid. Individuele rechtvaardigheid is een groot goed, maar is de prijs die we bereid zijn om er voor te betalen honderden miljoenen gulden op jaarbasis?

We moeten de mate van individuele rechtvaardigheid die de Instantie nu creëert ook niet overschatten. Bij het in korte tijd wegen van een heel arbeidsverleden of van de bedrijfseconomische noodzaak voor een reorganisatie zullen vaak fouten worden gemaakt. Het gevoel van de beslisser dat een goede weging is gemaakt, zegt in ieder geval weinig over de werkelijke kwaliteit van de beslissing. Wie eenmaal beslist heeft, heeft een sterke neiging de beslissing als de enige mogelijke te ervaren. Individuele rechtvaardigheid is deels een illusie en soms dat niet eens. Als we de individuele rechtvaardigheid zouden willen meten, zou de waardering voor de beslissing bij werknemers en werkgevers moeten worden gekwantificeerd en moeten worden vergeleken met die onder objectieve criteria.

Met objectieve criteria doet men wellicht minder recht aan de individuele omstandigheden van het geval. Maar de individuele rechtvaardigheid neemt in een ander opzicht toe. Wat als



rechtvaardig wordt gepercipieerd, hangt ook af van het vergelijkingsmateriaal dat men heeft: gelijkheid is een belangrijke component van rechtvaardigheid. En met objectieve criteria is er meer gelijkheid.

**Gevolgen voor baten?**

- Ontslagbescherming
  - ◆ Substitutie kostencomponent door vergoedingscomponent (arbeidsmarktbeleid)
- Individuele rechtvaardigheid
  - ◆ Waarschijnlijk hoge kosten
  - ◆ Illusie of realiteit?
  - ◆ De rechtvaardigheid van gelijkheid

9 november 1999 6

## 9. Gevolgen voor de externe effecten?

### 9.1 *Aansluiting op sociale verzekering*

Het alternatief kan ook gevolgen hebben voor de externe effecten. Ik stip er twee aan. Een procedure die werknemer en werkgever stimuleert om te streven naar maximale gemeenschappelijke winst kan partijen ertoe verleiden een greep in de kas van de sociale verzekeringen te doen. Dat kan men voorkomen door partijen niet zelfstandig te laten beslissen over het ontslag, maar daarmee creëert men ook weer extra kosten in de orde van wellicht enige honderden miljoenen gulden.

Ik denk dat heel goed nagegaan moet worden wat de omvang van het kwaad is, dat men hierdoor wil voorkomen. Als de werkgever een flinke vergoeding verschuldigd wordt door het ontslag, zie ik weinig aanleiding voor misbruik, zeker als de uitkeringsinstanties goed toetsen of de werknemer zich voldoende inspant om nieuw werk te vinden.

Op zoek naar een stelsel met betere prikkels zou men ook kunnen denken aan een stelsel waarbij de werknemer eerst geheel of gedeeltelijk zijn ontslagvergoeding moet opeten en dan pas in aanmerking komt voor een werkloosheidsuitkering. Als de hoogte van de ontslagvergoeding niet meer wordt gekoppeld aan de mate van schuld aan het ontslag, wordt dat een reële optie.

### 9.2 *Lokettisten, begeleiders, Flex en Randstad*

Dat er mensen zijn die van het huidige stelsel leven, mag natuurlijk geen reden zijn om een systeem in stand te houden. Zij leveren wel een indicatie op waar de weerstand tegen verandering van het systeem vandaan zal komen. Onderdeel van het reorganisatieplan voor de Instantie zal moeten zijn wat de gevolgen zijn voor lokettisten, vakbonden, rechtshulpverleners en

uitzendbureaus. In het jargon van de Instantie zijn daar allemaal mooie woorden voor: afvloeiing, herplaatsing, reïntegratie.



**Gevolgen voor externe effecten?**

- Misbruik sociale zekerheid?
  - ◆ Is verwachte schade groter dan de extra kosten (in orde 100-en miljoenen?)
- Outplacement voor lokettisten, begeleiders, Flex en Randstad

9 november 1999 7

De commissie krijgt nog zware tijden, maar het Land lijkt beter af met het Alternatief.