

KABINETSVOORSTEL WW: WIE B ZEGT MOET OOK A ZEGGEN

AUTEUR

Mr. R.L. van Heusden

In december 2004 heeft het kabinet een opmerkelijk voorstel aan de SER ter advisering voorgelegd.¹ Het voorstel komt erop neer dat het huidige art. 24 lid 2 onder b WW (de zogenaamde 'B-grond' van verwijtbare werkloosheid) grotendeels geschrapt wordt, onder handhaving van het huidige art. 24 lid 2 onder a WW (de zogenaamde 'A-grond van verwijtbare werkloosheid'). Het kabinet hoopt hiermee een einde te kunnen maken aan de pro forma-problematiek. De auteur vraagt zich af of, indien men de oplossing van de pro forma-problematiek wenst te zoeken in het aanpassen van de eisen die de WW aan de werknemer stelt, volstaan kan en mag worden met het schrappen van alleen (een deel van) de B-grond.

Inleiding; de pro forma-problematiek

Een van de eisen die de WW aan de werknemer stelt is dat deze moet voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Van verwijtbare werkloosheid is niet alleen sprake indien een werknemer door eigen toedoen ontslagen wordt (zie art. 24 lid 2 onder a WW)², maar ook indien de werknemer actief of passief meewerkt aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (kortweg: meewerkt aan ontslag) terwijl voortzetting van de dienstbetrekking door hem bewerkstelligd en redelijkerwijs van hem gevergd had kunnen worden (zie art. 24 lid 2 onder b WW). Het akkoord gaan met een beëindiging met wederzijds goedvinden is een sprekend voorbeeld van het verlenen van medewerking aan ontslag. Andere voorbeelden zijn wanneer een werknemer berust in een vernietigbare opzegging van de arbeidsovereenkomst, wanneer hij afziet van het voeren van verweer in een ontbindings- of CWI-procedure, of wanneer hij meewerkt aan een zogenaamde 'geregelde' of 'pro forma'-procedure. Heeft de werknemer in deze gevallen geen goede reden om het verlenen van medewerking aan de beëindiging te rechtvaardigen, en zou de arbeidsovereenkomst zonder de medewerking van de werknemer niet, of pas op een later moment beëindigd zijn, dan zal de werkloosheid ingevolge art. 24 lid 2 onder b WW in beginsel de werknemer verwijtbaar zijn. Omdat de sanctie die de werknemer bij verwijtbare werkloosheid treft zwaar is (uitkering wordt in beginsel blijvend geheel geweigerd; zie art. 27 lid 1 WW), is het belang van de werknemer om *niet* als verwijtbaar werkloos aangemerkt te worden groot. Het is dit belang dat ten grondslag ligt aan de zogeheten 'pro forma-problematiek'. Onder dit begrip gaan in wezen twee van elkaar te onderscheiden 'pro-

blemen' schuil, te weten aan de ene kant de praktijk van de pro forma-verweren en aan de andere kant de praktijk van de geregelde procedures. De praktijk van de pro forma-verweren bestaat erin, dat werknemers met het oog op het veilig(er) stellen van WW-uitkering zich verzetten tegen beëindiging, en deswege niet akkoord gaan met een beëindiging met wederzijds goedvinden en verweer voeren in een CWI- of ontbindingsprocedure, ook wanneer zij ervan overtuigd zijn dat verweer in civielrechtelijke zin geen kans van slagen heeft.³ Van een geregelde procedure spreekt men indien partijen het eens zijn over de noodzaak van ontslag en/of overeenstemming hebben bereikt over ontslag en vervolgens, hoewel een beëindiging met wederzijds goedvinden vanuit civielrechtelijk oogpunt bezien het meest voor de hand ligt, in gezamenlijk overleg en onderlinge afstemming een ontbindings- of CWI-procedure volgen om aan het dienstverband een einde te (laten) maken, dit alles wederom met het oog op het veilig(er) stellen van de WW-uitkering. De beëindigingsgrond die partijen opvoeren is hierbij steeds een 'WW-neutrale', hetgeen in een onbekend aantal gevallen betekent dat partijen de rechter of CWI (en uiteindelijk het UWV) in meer of mindere mate een onjuist beeld voorspiegelen omtrent de omstandigheden die tot de beëindiging hebben geleid.⁴ Soms zal het daarbij gaan om pertinente leugens, bijvoorbeeld wanneer een geregelde procedure als een 'elegant alternatief' voor ontslag op staande voet wordt aangeboden (en daarbij niet met de werkelijkheid overeenkomende (neutrale) omstandigheden worden aangevoerd)⁵, soms zal slechts sprake zijn van 'de scherpe kantjes er afhalen' doordat partijen bijvoorbeeld stellen dat het verstoord geraakt zijn van de arbeidsverhouding in het geheel niet te wijten is aan werknemer, terwijl verzwegen wordt dat de werknemer wel degelijk enige blaam treft. Het problematische van genoemde pro forma-verweercultuur zit hem hierin, dat de neiging om tot het uiterste verweer te voeren onnodige (inhoudelijke of geregelde) procedures veroorzaakt (omdat werknemers niet bereid zijn te beëindigen met wederzijds goedvinden) en onnodig ingrijpende(r) procedures veroorzaakt (doordat werknemers 'alles uit de kast trekken' en bijvoorbeeld staan op een mondelinge behandeling).⁶ Deze problemen zijn civielrechtelijke

lijk van aard; de WW-fondsen wordt in beginsel geen schade berokkend.⁷ Het problematische van de praktijk van de geregelde procedures zit hem hierin, dat in civielrechtelijke zin onnodige procedures gevoerd worden (een beëindiging met wederzijds goedvinden ligt voor de hand indien partijen het eens zijn over de beëindiging) en dat in een niet goed in te schatten aantal gevallen ten onrechte WW-uitkering verstrekt wordt (ten onrechte, omdat de werkelijke reden voor beëindiging niet WW-neutraal is en/of omdat de werknemer mogelijkheden om verweer te voeren heeft laten liggen).⁸ De problemen die uit de praktijk van de geregelde procedures volgen zijn met andere woorden zowel civielrechtelijk als werkloosheidsrechtelijk van aard.

Eerdere pogingen van de kant van de wetgever en de uitvoeringsorganisatie om de pro forma-problematiek te verminderen

Van de kant van de wetgever en de uitvoeringsorganisatie is in het verleden reeds een aantal maatregelen genomen met het oogmerk om de pro forma-problematiek te verminderen. Ik ga achtereenvolgens in op het Lisv-besluit verweer tegen ontslag (1997), de invoering van art. 24 lid 3 WW (1999) en de invoering van de verscheppte toets door het UWV (2003).

Lisv-besluit verweer tegen ontslag (1997)

Met het Besluit verweer tegen ontslag⁹ hoopte het Lisv (rechtsvoorganger van het UWV) de pro forma-problematiek te verminderen. Directe aanleiding voor het besluit was de invoering van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invoering sociale zekerheid (BMTI)¹⁰, die, zo werd gevreesd, door zijn strenge sanctieregime tot meer pro forma-verweren (met name extra mondelinge behandelingen) zou leiden.¹¹ Het Besluit verweer tegen ontslag (Bvto) omvat een viertal artikelen, een bijlage en een toelichting. Art. 1 van het Bvto stelt dat het Lisv ter zake van verweer tegen ontslag een beleid voert als weergegeven in de bijlage. De belangrijkste passage van die bijlage luidt als volgt:

'Om verwijtbare werkloosheid te voorkomen dient de werknemer verweer te voeren tegen een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de kantonrechter of een aanvraag om een ontslagvergunning bij de RDA (thans CWI: RvH) indien aannemelijk is dat het verweer slaagt (...)
Indien aannemelijk is dat het verweer slaagt is - pro forma-verweer of - pro forma-verweer in combinatie met een pro forma-mondelinge behandeling niet voldoende om verwijtbare werkloosheid te voorkomen.
Indien niet aannemelijk is dat het verweer slaagt wordt dit niet verlangd. Een pro forma-verweer wordt ook niet verlangd (...)

In de bijlage wordt verder vermeld dat een werknemer niet hoeft te staan op een mondelinge behandeling door de kantonrechter indien alle argumenten in het verweerschrift zijn opgenomen en een mondelinge behandeling niets zou toevoegen. Uit de toelichting bij het Bvto wordt duidelijk dat het besluit niet alleen bedoeld is om pro forma-verweren in CWI- of ontbindingsprocedures te voorkomen. Volgens de toelichting gaat het besluit namelijk verder. Gesteld wordt dat het Bvto (mede) gericht is op het voorkomen van onnodige procedures. De toelichting:

'De werknemer staat aldus voor de keuze: óf het is aannemelijk dat het verweer slaagt en wordt al het mogelijke aangevoerd om de arbeidsovereenkomst in stand te houden óf het is niet aannemelijk dat het verweer slaagt zodat van een procedure of verweer (inclusief pro forma-verweer) kan worden afgezien. In laatstgenoemde situatie is een beëindiging met wederzijds goedvinden geoorloofd mits de wettelijke opzegtermijn in acht wordt genomen.'

Volgens de toelichting kan in gevallen waarin niet aannemelijk is dat verweer slaagt dus zonder gevaar voor een maatregel op grond van art. 24 lid 2 onder *b* WW de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden beëindigd worden.¹²

Van de beoogde doelstellingen van het besluit is niet veel terechtgekomen. Belangrijkste oorzaak hiervan is dat het in het besluit neergelegde criterium ('is het al dan niet aannemelijk dat verweer slaagt') niet wezenlijk verschilt van de criteria die vóór de inwerkingtreding van het besluit al in het algemeen - ongeacht de beëindigingswijze - door de CRvB gehanteerd werden.¹³ Het manco van genoemd criterium is dat het nog immer ruimte laat voor twijfel en veronderstelt dat de werknemer (al dan niet via zijn rechtshulpverlener) een zelfstandige schatting maakt van zijn kansen in een inhoudelijke ontslagprocedure. Welnu, het onder eigen verantwoordelijkheid moeten maken van een schatting, met bijbehorende marge van onzekerheid, is iets wat werknemers als het gaat om hun WW-uitkering, in de periode vóór de inwerkingtreding van het besluit evenzeer als in de periode ná de inwerkingtreding van het besluit, zoveel mogelijk willen voorkomen. Van de doelstelling om het aantal pro forma-verweren omlaag te brengen kon, simpelweg omdat het besluit niets nieuws bracht, niet veel komen. Van de doelstelling om vermindering te brengen in het aantal (al dan niet geregelde) procedures zo mogelijk nog minder. Zolang onder werknemers de indruk blijft bestaan dat beëindigingen met wederzijds goedvinden door het UWV streng(er) worden getoetst zullen niet veel werknemers het aandurven om te bewilligen in

een beëindiging met wederzijds goedvinden. Voor de geregelde procedures geldt bovendien dat het veelal gaat om gevallen waarin de werknemer juist enige tot een aanzienlijke mate van ontslagbescherming geniet en de werknemer, al dan niet in ruil voor een beëindigingsvergoeding, van die bescherming bewust afziet. Een duidelijker criterium met betrekking tot de vraag wanneer verweer noodzakelijk is, zal niet kunnen helpen om het probleem van deze geregelde procedures tegen te gaan.¹⁴ De indruk dat het Bvto niet heeft geleid tot een wezenlijke vermindering van het aantal pro forma-verweren en het aantal (al dan niet geregelde) ontslagprocedures wordt bevestigd door het weinige beschikbare cijfermateriaal en door het ontbreken van andersluidende signalen uit de rechtspraktijk.¹⁵ Uit onderzoek is gebleken dat het Bvto er overigens wél toe heeft geleid dat (gemachtigden van) werknemers in geregelde ontbindingsprocedures niet langer staan op een mondelinge behandeling (die behandeling durfden zij, zeker in geregelde zaken, vóór de inwerkingtreding van de BMTI ook al achterwege te laten).¹⁶ Geheel zinloos is het besluit dus niet geweest.¹⁷

Artikel 24 lid 3 WW (1999)

Sedert de inwerkingtreding per 1 januari 1999 van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid¹⁸ bepaalt art. 24 lid 3 WW dat een werknemer *niet* verwijtbaar werkloos geworden is indien voor opzegging van de dienstbetrekking toestemming is verleend door de CWI en die toestemming louter is gemotiveerd door bedrijfseconomische omstandigheden. Volgens de memorie van toelichting beoogde de wetgever met de invoering van deze bepaling 'de' pro forma-problematiek op te lossen.¹⁹ Elders blijkt dat de wetgever alleen de pro forma-verweren in CWI-procedures op het oog had.²⁰ Die verweren vormen, zoals ik hiervoor aangaf, slechts een onderdeel van de totale pro forma-problematiek. Voor een definitieve oplossing van de pro forma-problematiek kon art. 24 lid 3 WW dus niet zorgen. Niettemin moge duidelijk zijn dat sedert de inwerkingtreding van art. 24 lid 3 WW werknemers in CWI-procedures zullen durven afzien van het voeren van verweer, en gebruik zullen durven maken van de zogenaamde 'verkorte' procedure van art. 2:6 Ontslagbesluit, indien zij menen dat ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden onvermijdelijk is. Zo de CWI toestemming voor opzegging (louter!) op grond van bedrijfseconomische verleent, hebben werknemers immers in beginsel niets (meer) te vrezen van het UWV.²¹ Op het aantal pro forma-verweren in ontbindingsprocedures en het aantal geregelde procedures is art. 24 lid 3 in beginsel niet van invloed.²² De positie van het UWV is met de inwerkingtreding van art. 24 lid 3 WW in andere omstandigheden dan die in genoemd artikel bedoeld immers niet veranderd.

Verscherpte toets UWV (2003)

In een persbericht van 25 juli 2003 kondigde het UWV aan per 1 september 2003 WW-aanvragen scherper te zullen gaan toetsen in gevallen waarin de beëindiging van de arbeidsovereenkomst een bedrijfseconomische achtergrond heeft. Aanleiding voor deze verscherpte controle vormde het feit dat uit onderzoek van het Ctsv (de rechtsvoorganger van de Inspectie Werk en Inkomen (IWI)) was gebleken dat de uitvoeringsinstellingen bij beëindiging met een bedrijfseconomische achtergrond soms niet (goed) toetsten of de werknemer zich voldoende verweerd had.²³ Dit onderzoek had plaatsgevonden op verzoek van de Staatssecretaris van SZW en hield verband met een artikel in het weekblad *FEM/De Week* van 27 november 1999, in welk artikel werd gesteld dat het bij reorganisaties regelmatig voorkomt dat werkgevers en werknemers samenspinnen om oudere werknemers te laten afvloeien met gebruikmaking van de WW. Daarbij zou sprake zijn van (geregelde) ontbindingsprocedures waarin partijen een feitelijk afwezige ontbindingsgrond voorwenden, met als doel een WW-uitkering te verkrijgen. Dit werd in genoemd artikel aangeduid met 'de WW-constructie'. De aangekondigde verscherpte controle beoogt het onrechtmatig verstrekken van WW-uitkering tegen te gaan. De verscherpte toetsing bestaat erin dat bij iedere WW-aanvraag waarbij de werknemer werkloos is geworden nadat zijn arbeidsovereenkomst door ontbinding of door middel van een beëindiging met wederzijds goedvinden is beëindigd, en deze beëindiging een bedrijfseconomische achtergrond heeft, het UWV nader onderzoekt of bedrijfseconomische omstandigheden (werkelijk) tot beëindiging noopten en of de werknemer van de eventuele mogelijkheden om zich tegen beëindiging te verzetten voldoende gebruikgemaakt heeft. Het UWV geeft in het genoemde persbericht onomwonden aan dat zij niet goed in staat is om in alle gevallen een zorgvuldige toetsing te maken met betrekking tot de aangevoerde bedrijfseconomische noodzaak voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer. Dit is een opmerkelijke 'ontboezeming', omdat hieruit blijkt dat het UWV (en zijn voorgangers) jarenlang in bepaalde gevallen niet in staat blijkt te zijn geweest zijn taak uit te voeren om een WW-aanvraag op zijn rechtmatigheid te beoordelen. Omdat de noodzakelijke expertise op financieel en economisch terrein bij UWV niet aanwezig is, heeft UWV besloten deze expertise in te winnen bij de CWI. Per 1 september 2003 heeft het UWV de mogelijkheid om de CWI om advies te vragen ingeval er sprake is van een beëindiging met een bedrijfseconomische achtergrond. Het UWV heeft hiervoor een contract afgesloten met de CWI, waarin voorzien is in een maximum aantal adviezen per jaar van 10 000. Het UWV meent klaarblijkelijk dat de CWI op dit punt beter geëquipeerd is om

de juiste feiten boven tafel te krijgen en om te beoordelen of bedrijfseconomische omstandigheden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer nopen.²⁴ De vraag is natuurlijk of de CWI het UWV in dit verband inderdaad van dienst kan zijn. Kan de CWI werkelijk achter de waarheid komen indien partijen een zorgvuldig op elkaar afgestemd verhaal houden? Ik heb hieromtrent mijn twijfels. Ook Pennings is op dit punt sceptisch. Volgens hem is het waarschijnlijk dat het onderzoek van de CWI zich ertoe zal beperken of de ontslagvolgorderings gehandhaafd zijn; als die regels gevolgd zijn, en de financiële gegevens in orde zijn, dan zal de CWI zich akkoord verklaren. Een verdergaand onderzoek zal naar Pennings vermoedt te tijdrovend zijn en in de meeste gevallen niets opleveren.²⁵ Zo dit juist is, dan zullen naar verwachting slechts werknemers die *niet* met de werkgever tot afspraken zijn gekomen en die, achteraf gezien, verweer hebben laten liggen, het 'slachtoffer' worden van de verscherpte toetsing. De verscherpte toetsing zal in dat geval uiteindelijk slechts tot gevolg hebben dat de cultuur van de pro forma-verweren gestimuleerd wordt. Een terugkeer van de '5-minuten' mondelinge behandelingen is in dit verband niet ondenkbaar. Volgens Van de Hel hebben die verkorte mondelinge behandelingen in geregelde zaken inmiddels inderdaad opnieuw hun intrede gedaan.²⁶ Zo overigens een verscherpte toetsing wél tot resultaat zal leiden, in de zin dat ná 1 september 2003 het gevaar geen WW-uitkering te krijgen na een geregelde ontbindingsprocedure groter geworden is²⁷ dan zal de verscherpte toetsing waarschijnlijk slechts tot gevolg hebben dat partijen meer gebruik zullen maken van een geregelde CWI-procedure of dat door hen een andere WW-neutrale beëindigingsgrond (bijvoorbeeld het bestaan van een verstoorde arbeidsverhouding) in geregelde ontbindingsprocedures zal worden opgevoerd.²⁸

Kabinetvoorstel 2004: versoepelen van de eis die de WW stelt aan de werknemer om te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt

De kabinetsplannen met betrekking tot ingrepen in de WW volgen elkaar in rap tempo op. Werd in 2003 al de vervolguitering afgeschaft voor werknemers die ná 11 augustus 2003 werkloos zijn geworden²⁹, in 2004 kreeg de SER verschillende voorstellen ter advisering voorgelegd welke onder meer zien op het schrappen van de kortdurende uitkering, het aanscherpen van de wekeneis en het in mindering brengen van beëindigingsvergoedingen op de WW-uitkering.³⁰ Op 2 december 2004 heeft het kabinet wederom een aantal voorstellen ter advisering aan de SER voorgelegd.³¹ De SER wordt onder andere gevraagd zijn licht te laten schijnen over het voorstel om in de WW alleen nog verwijtbaar werkloos te achten de werknemer die ontslag neemt zonder een 'dwingende reden' of die op

grond van een verwijtbare gedraging jegens de werkgever ontslagen wordt. Het voorstel komt erop neer dat de huidige B-grond van verwijtbare werkloosheid grotendeels wordt geschrapt (art. 24 lid 2 onder *b* WW) onder handhaving van de huidige A-grond (art. 24 lid 2 onder *a* WW) en behelst als zodanig feitelijk een terugkeer naar de situatie vóór de invoering van de BMTI, toen art. 24 lid 2 WW als volgt luidde:

'De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden, indien hij:

- a. zich zodanig verwijtbaar heeft gedragen dat hij redelijkerwijs heeft moeten begrijpen dat dit gedrag zijn ontslag tot gevolg zou kunnen hebben;
- b. ontslag heeft genomen, zonder dat aan de voortzetting van zijn dienstbetrekking voor hem zodanige bezwaren zijn verbonden dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem zou kunnen worden gevergd.'

Doordat in art. 24 lid 2 onder *b* WW (oud) expliciet gesproken werd van 'ontslagname', en voor verwijtbare werkloosheid op basis van art. 24 lid 2 onder *a* WW naar het oordeel van de CRvB vereist is een verwijtbare gedraging *jegens de werkgever*³², kon ingeval een werknemer zich niet (voldoende) verzet had tegen een door de werkgever geïnitieerd ontslag (via opzegging of ontbinding) volgens de CRvB geen sprake zijn van het weigeren van uitkering wegens verwijtbare werkloosheid, enkel op grond van het niet-verzetten. Juist om dit, toentertijd als problematisch aangemerkt, onderscheid weg te nemen in benadering vanuit de WW van in wezen gelijkwaardige verwijtbare gedragingen (ontslagname zonder dwingende reden aan de ene kant en het zonder dwingende reden afzien van verzet bij ontbinding of opzegging aan de andere kant) kreeg art. 24 lid 2 bij de invoering van de BMTI zijn huidige redactie. De Raad loste genoemd, toentertijd onwenselijk geacht onderscheid in benadering, overigens op door in voorkomende gevallen de benadelingshandeling van (thans) art. 24 lid 6 WW te hanteren.³³

Het in december 2004 aan de SER voorgelegde voorstel heeft als doel de pro forma-problematiek te verminderen. De redenering moge duidelijk zijn: wanneer de eisen die art. 24 lid 2 onder *b* WW stelt ten aanzien van het voeren van verweer tegen ontslag er niet meer zijn, zullen werknemers vanzelfsprekend af durven zien van het voeren van verweer waarvan zij zelf overtuigd zijn dat het geen kans van slagen heeft, alsook in voorkomende gevallen durven meewerken aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Gesteld natuurlijk, dat het UWV niet de benadelingshandeling van art. 24 lid 6 WW zal aangrijpen om alsnog een maatregel op te leggen. Voor een deel heeft aanpassing van de WW in de hier bedoelde zin reeds plaatsgehad. Zoals we

hierboven zagen is per 1 januari 1999 een nieuw art. 24 lid 3 WW ingevoerd, dat bepaalt dat een werknemer *niet* verwijtbaar werkloos geworden is indien voor de opzegging van de dienstbetrekking toestemming is verleend door de CWI, en die toestemming louter is gemotiveerd door bedrijfseconomische omstandigheden. Verzoekt de werkgever om toestemming voor opzegging, en motiveert hij dit verzoek uitsluitend op bedrijfseconomische gronden, dan kan een werknemer dus zonder gevaar voor wat betreft de WW-uitkering verweer in de CWI-procedure opgeven. Een definitieve oplossing voor het probleem van de pro forma-verweren biedt art. 24 lid 3 WW zoals gezegd niet. Art. 24 lid 3 WW ziet immers slechts op de beëindiging via opzegging met CWI-toestemming, zodat deze bepaling geen invloed heeft op de opstelling van werknemers in ontbindingsprocedures. Deze bepaling zal evenmin kunnen leiden tot een toename van het aantal beëindigingen met wederzijds goedvinden ten koste van het aantal beëindigingen via een ontbindingsprocedure of ten koste van het aantal CWI-procedures. Art. 24 lid 3 WW maakt slechts de weg van opzegging in bepaalde gevallen aantrekkelijker. Overigens geldt de 'vrijstelling' van art. 24 lid 3 WW alleen in geval de beëindiging van de arbeidsovereenkomst uitsluitend gemotiveerd wordt door bedrijfseconomische omstandigheden. Legt de werkgever andere redenen aan zijn verzoek om toestemming van de CWI ten grondslag, dan loopt de werknemer nog immer het gevaar om als verwijtbaar werkloos aangemerkt te worden indien hij afziet van het voeren van verweer in de CWI-procedure. Om de pro forma-problematiek via het aanpassen van de bepalingen ter zake van verwijtbare werkloosheid op te lossen is derhalve, en dit ziet het kabinet juist, meer nodig dan alleen de aanpassing die voortvloeit uit het huidige art. 24 lid 3 WW.

Versoepelen van de eis die de WW stelt aan de werknemer om te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt; opvattingen in de literatuur

De gedachte om de eis die de WW stelt aan de werknemer om te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt te versoepelen, in een verdergaande mate dan uit het huidige art. 24 lid 3 WW volgt, is geenszins nieuw. In het verleden hebben verschillende schrijvers zich positief uitgesproken over het (al dan niet gedeeltelijk) laten vallen van de eisen die uit het huidige art. 24 lid 1 onder *a* WW jo. art. 24 lid 2 onder *a* en *b* WW voortvloeien. Van der Steenhoven zei het tijdens een in 1995 door het Hugo Sinzheimer Instituut georganiseerde bijeenkomst als volgt³⁴:

Ik denk ook dat (...) je je zou moeten afvragen of een verwijtbaarheidstoets en een benadelingshandeling in retrospectief

opzicht, terugkijkend naar de gewezen arbeidsverhouding, nog wel dingen van deze tijd zijn. Je zou je kunnen afvragen of het niet beter is om bedrijfsverenigingen zo te laten werken dat ze uitsluitend als voorwaarde voor de uitkering stellen dat mensen weer aan een nieuwe werkkring moeten werken en dat het ook mogelijk moet zijn dat mensen vrijwillig ontslag nemen omdat ze het in die gespannen arbeidsverhouding niet uithouden, zonder dat daarop als straf komt te staan dat ze geen uitkering krijgen. Laat ze dan maar een uitkering krijgen. Een aantal mensen dat daarvan misbruik zal maken zal er best zijn, maar de vraag is of de kosten die je bespaart in het uitvoeringsapparaat daar niet tegen opwegen. Mensen kunnen sneller van werkkring veranderen en zullen sneller weer gelukkig zijn in hun leven in een betere baan. Wellicht kun je dat uitvoeringsapparaat op de toekomst laten werken in plaats van op het verleden.

In 2000 kwam ook de Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht tot de conclusie dat het wenselijk is de eisen die de WW stelt met betrekking tot het voorkomen van verwijtbare werkloosheid bij te stellen.³⁵ De werkgroep zag in het bijstellen van de eisen vooral een goede mogelijkheid om een einde te maken aan de pro forma-problematiek. De werkgroep was geen voorstander van het volledig laten vallen van genoemde eisen. Uitkering dient volgens de werkgroep geweigerd te worden in gevallen waarin de werknemer ontslag op staande voet gekregen heeft en in gevallen waarin de werknemer ontslag heeft genomen terwijl voortzetting van hem redelijkerwijs geveerd kon worden. Knecht heeft in 2001 eveneens gepleit voor het versoepelen van de eisen die WW stelt met betrekking tot het voorkomen van verwijtbare werkloosheid.³⁶ Net als Van der Steenhoven ziet hij de werknemer liever aangesproken op zijn inspanningen gericht op het vinden van nieuw werk, dan op zijn gedrag in het verleden. (Ook) Knecht vermoedt dat in een zorgvuldige afweging van alle betrokken maatschappelijke kosten en baten een argument gevonden zal kunnen worden voor aanpassing van de WW in de hier bedoelde zin. Knecht wijst er in dit verband onder meer nog op dat naarmate een verzekering sterker op equivalentie tussen betaalde premie en prestatie is gebaseerd (vergelijk de huidige referte- en arbeidsverledeneis van art. 17 WW en het voornemen van het kabinet deze eisen verder aan te scherpen), minder aanleiding bestaat voor een morele beoordeling van het gedrag van de verzekerde. In haar proefschrift (2003) heeft ook Damsteegt voor het (gedeeltelijk) laten vallen van de eisen die de WW aan de arbeidsrechtelijke opstelling van de werknemer stelt, en het via deze weg tot een oplossing van de pro forma-problematiek te

komen, een lans gebroken. Als uitgangspunt zou haars inziens in de WW dienen te gelden dat alleen wanneer een werknemer arbeidsrechtelijk verwijtbaar werkloos geacht wordt (verwijtbaar werkloos in de zin van art. 24 lid 2 onder a WW) de WW-uitkering (gedeeltelijk) wordt geweigerd.³⁷ Met het laten vervallen van de in art. 24 lid 2 onder b WW neergelegde eis zal niet langer verweer hoeven te worden gevoerd tegen een door de werkgever geïnitieerd ontslag op niet aan de werknemer te verwijten gronden. Tegenover de versoepelde instroomvereisten dienen volgens Damsteegt wel strengere eisen aan de uitstroom te worden gesteld; meer dan thans het geval is moeten de inspanningen van werknemer, werkgever en UWV gericht worden op de spoedige reïntegratie van de werkloze werknemer. De reïntegratieverplichtingen die de huidige WW op de werknemer legt kunnen volgens Damsteegt worden aangescherpt. Ook de werkgever zou volgens Damsteegt in meerdere mate verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het begeleiden van zijn werknemer naar ander werk, wanneer duidelijk is dat het dienstverband eindigt.³⁸ Het belang van de werkgever om te voorkomen dat een werknemer (langdurig) werkloos is, zal volgens Damsteegt verder toenemen wanneer hij (door middel van bijvoorbeeld premiedifferentiatie) in grotere mate dan thans het geval is wordt betrokken bij de financiering van de WW. Ter ondersteuning van haar standpunt wijst Damsteegt er onder meer op dat het laten vallen van de eisen betreffende het voeren van verweer tegen ontslag minder bezwaarlijk is dan op het eerste gezicht lijkt, daar uit onderzoek blijkt dat ook in die gevallen waarin de werknemer zich met succes tegen een door de werkgever gewenste beëindiging weet te verzetten, in het merendeel van de gevallen de arbeidsovereenkomst binnen afzienbare tijd toch wordt beëindigd, bijvoorbeeld omdat een onwerkbaar situatie is ontstaan.³⁹ Ook Beltzer heeft zich een uitdrukkelijk voorstander getoond van het laten vallen van de eisen die de WW ter zake het voorkomen van verwijtbaar werkloosheid stelt.⁴⁰ Zijn betoog (2004) ligt in de lijn van Damsteegt: in het slot van zijn bijdrage spoort hij de politiek ertoe aan de vierde stelling van het proefschrift van Damsteegt, aldus luidende dat bij de beoordeling of een werknemer zijn recht op een werkloosheidsuitkering geldend kan maken, *minder belang* dient te worden gehecht aan het werkloos worden en meer aan het werkloos zijn of blijven van de werknemer, te omarmen. Het eerste deel van zijn betoog doet zelfs vermoeden dat Beltzer een stap verder wil gaan dan Damsteegt: hij lijkt, alle maatschappelijke kosten en baten afgewogen, geen bezwaar te hebben tegen het in verdergaande mate laten vallen van de eisen die de WW stelt met betrekking tot het voorkomen van verwijtbaar werkloosheid. Niettemin trekt Beltzer de grens daar waar personen die zich (ernstig)

misdragen hebben rechten zouden kunnen gelden op mede door anderen vergaarde gelden.⁴¹

Beschouwing

Het voorstel dat het kabinet in december 2004 aan de SER heeft voorgelegd komt erop neer dat de eisen die de WW stelt aan de werknemer om te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt *gedeeltelijk* geschrapt worden. Grofweg het huidige art. 24 lid 2 onder b WW – verwijtbare werkloosheid van de B-grond – wordt in het voorstel van het kabinet weggenomen, terwijl het huidige art. 24 lid 2 onder a WW – verwijtbare werkloosheid van de A-grond – onaangetast blijft. Nadeel van deze keuze is dat een deel van het werkloosheidsrechtelijke pro forma-probleem (en in zekere zin ook een deel van het civielrechtelijke pro forma-probleem) blijft bestaan. Juist in gevallen waarin de werkgever geen andere reden voor de beëindiging kan aanvoeren dan vermeend wangedrag van de werknemer jegens hem, kan het procesrisico voor de werkgever groot zijn, en zal voor hem de behoefte kunnen (blijven) bestaan om dat risico af te kopen door, al dan niet onder aanbieding van een vergoeding, de werknemer te bewegen mee te werken aan een geregelde procedure.⁴² Ook voor de werknemer geldt, dat bij vermeend wangedrag in meer of mindere mate onzekerheid zal kunnen bestaan over de vraag of het ontslag 'er door komt'. Gekoppeld aan de dreiging bij een eventuele beëindiging met weigering van WW te maken te krijgen, en het besef dat de wens van de werkgever om tot beëindiging over te gaan mogelijk toch tot een onwerkbaar situatie zal leiden, zal een aantal werknemers zeker bereid zijn om, al dan niet onder de voorwaarde dat zij een vergoeding van de werkgever krijgen, met een geregelde beëindiging akkoord te gaan. Het werkloosheidsrechtelijke pro forma-probleem blijft daarmee derhalve bestaan. Alleen het laten vallen van zowel de A-grond als de B-grond van verwijtbaar werkloosheid zal in dit verband een volledige oplossing kunnen brengen van het civielrechtelijke en werkloosheidsrechtelijke pro forma-probleem.⁴³ Maar, zo hoor ik de lezer denken, de werknemer die (bijvoorbeeld) geld verduistert uit de kas van de werkgever 'verdient' toch geen WW-uitkering? Ik meen dat hierover zeer wel getwist kan worden. Handelt de werknemer, zo vraag ik mij af, die geld wegneemt uit de kas van de werkgever nu *jegens het UWV*, c.q. de werkloosheidsfondsen of zijn medeverzekerden voor de WW, méér verwijtbaar dan de werknemer die zijn medewerking verleent aan een beëindiging op bedrijfseconomische gronden terwijl hij weet dat er een passende functie bij de werkgever voor hem beschikbaar is of dat hij anderszins bij een inhoudelijke beëindigingsprocedure niet voor ontslag in aanmerking zou komen? Ik meen van niet. In beide gevallen is de werknemer verantwoordelijk te houden voor het feit

dat werkloosheid ontstaat en dat hij aangewezen raakt op een WW-uitkering. Het voorstel van het kabinet maakt vreemd genoeg een onderscheid tussen de werknemer die de werkgever een dringende reden voor ontslag geeft c.q. de werknemer die ontslag neemt enerzijds, en de werknemer die akkoord gaat met een beëindiging met wederzijds goedvinden c.q. de werknemer die kansrijk verweer in een art. 7:685 BW- of CWI-procedure laat liggen anderzijds. De gedachte van het kabinet om de eerstgenoemde werknemer verwijtbaar werkloos aan te (blijven) merken, en de tweede werknemer niet, is kennelijk – een andere verklaring voor het onderscheid zie ik niet – dat de werknemer door niet ontslag te nemen of zich te onthouden van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever het intreden van werkloosheid had kunnen voorkomen aangezien de werkgever dan niet de wens zou hebben gehad om tot beëindiging over te gaan. Maar, zo vraag ik mij af, waarom zou de WW consequenties verbinden aan het oproepen (bij een dringende reden) of aan de afwezigheid (bij ontslagname) van een wens bij de werkgever? Dit lijkt mij onzinnig. Het gaat er natuurlijk om dat het oproepen van een wens, of het ontslag nemen, ertoe kan leiden dat de arbeidsovereenkomst eindigt waar hij gecontinueerd had kunnen worden en het door de WW verzekerde risico intreedt. Maar goed, het enkele feit dat de arbeidsovereenkomst eindigt met wederzijds goedvinden, of door opzegging of ontbinding met tussenkomst van de CWI of de rechter – situaties waarin in de plannen van het kabinet géén plaats is voor een maatregel wegens verwijtbare werkloosheid –, wil natuurlijk nog geenszins zeggen dat de werknemer de beëindiging in die situaties niet had kunnen voorkomen.⁴⁴ Ik meen dat louter uit oogpunt van WW bezien zowel de werknemer die door zijn verwijtbaar gedrag de werkgever een reden voor ontslag verschafft als de werknemer die zich niet verzet tegen een door de werkgever gewenste beëindiging die niet stoelt op een redelijke grond, 'gestraft' zou moeten worden in de zin dat hem WW-uitkering geweigerd wordt. Of dat beiden niet 'gestraft' zouden moeten worden. Voor een verschil in benadering uit hoofde van de WW bestaat in mijn optiek geen rechtvaardiging. Hierbij kan worden opgemerkt dat de werknemer die de werkgever een (dringende) reden voor ontslag verschafft veelal toch al gestraft wordt: hij verliest niet alleen zijn baan waar hij, indien hij zich had onthouden van verwijtbare gedragingen jegens de werkgever, zijn baan had kunnen behouden, maar krijgt voor dat verlies ook géén compensatie, althans niet volledig; de werkgever zal voor de eventuele bereidheid van de werknemer om mee te werken aan een geregelde procedure (als 'elegant alternatief' voor ontslag op staande voet) niet willen betalen. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de betrokken werknemer op 'oneervolle'

wijze zijn baan verliest, hetgeen hem bij toekomstige sollicitaties ook niet zal helpen. Oftewel, de sanctie op verwijtbaar handelen *jegens de werkgever* vindt de betrokken werknemer al in de civiele rechtssfeer.⁴⁵ De laatstgenoemde werknemer krijgt in het voorstel van het kabinet, net als in de huidige situatie, daarenboven te maken met een blijvende gehele weigering van WW-uitkering, en wordt aldus 'dubbel gestraft', te weten civielrechtelijk en socialezekerheidsrechtelijk. De werknemer daarentegen, die mogelijkheden onbenut laat om een door de werkgever gewenst ontslag af te wenden, verliest zijn baan waar hij hem had kunnen behouden, maar zal daartegenover in de regel een behoorlijke compensatie kunnen ontvangen van de zijde van de werkgever. Zijn onderhandelingspositie is op dit punt althans sterk. Hij wordt in de huidige situatie slechts één keer 'gestraft', namelijk via het socialezekerheidsrecht. In de optie van het kabinet verdwijnt voor laatstgenoemde werknemer ook de socialezekerheidsrechtelijke sanctie (althans die voortvloeiende uit de WW), waar voor de werknemer die ontslagen wordt op grond van verwijtbaar gedrag jegens de werkgever de 'dubbele sanctie' als gezegd ongewijzigd blijft. Dat het feit, dat ons rechtssysteem verschillende van elkaar gescheiden rechtssferen kent, met zich kan brengen dat ter zake van een bepaalde gedraging meerdere sancties kunnen cumuleren (bijvoorbeeld strafrechtelijke, socialezekerheidsrechtelijke en arbeidsrechtelijke sancties) acht ik dogmatisch verdedigbaar. Niet verdedigbaar acht ik het echter wanneer ter zake van (in wezen) dezelfde gedraging, te weten in casu het veroorzaken van werkloosheid waar 'zorgvuldig' handelen werkloosheid had kunnen voorkomen, binnen één rechtsgebied, althans binnen één wettelijke regeling (in ons geval de WW) onderscheid gemaakt wordt in de op te leggen maatregel. Het onderscheid dat besloten ligt in het voorstel van het kabinet acht ik in strijd met het gelijkheidsbeginsel en op die grond onjuist. Wordt de werknemer, die zich in of buiten rechte niet beroept op verweren die tot bestending van de arbeidsovereenkomst hadden kunnen leiden, niet geconfronteerd met een maatregel wegens verwijtbare werkloosheid, dan zal ook de werknemer die door zijn handelwijze de werkgever een dringende reden voor ontslag verschafft mijns inziens met een maatregel niet geconfronteerd mogen worden.

Men kan zich in dit verband nog afvragen of het laten vallen van de A- en B-grond van verwijtbare werkloosheid niet tegen een belangrijk verzekeringsrechtelijk uitgangspunt ingaat dat men zich niet kan verzekeren tegen de risico's voor welk intreden men zelf, opzettelijk, verantwoordelijk is.⁴⁶ Ten aanzien van deze vraag kan worden gesteld dat WW een *sociale* verzekering is, waarvoor een andere benadering dan die van het civiele verzekeringsrecht mogelijk is.⁴⁷ In mijn

optiek vloeit genoemd uitgangspunt in elk geval niet als een absoluut beginsel uit het socialeverzekeringsrecht voort. Niets staat de wetgever in de weg om, na afweging van alle maatschappelijke belangen, de verzekeringsvoorwaarden van de WW zodanig te wijzigen dat de verzekering ook tot uitkering komt indien de werknemer ontslag neemt of indien hij wegens een verwijtbare gedraging jegens de werkgever ontslagen wordt (zie omtrent de afweging van genoemde maatschappelijke belangen hieronder). Gewezen kan in dit verband worden op de zogenaamde 'Ouderenrichtlijn' die van 1982 tot 1994 van kracht was.⁴⁸ Ingevolge deze richtlijn was het mogelijk bij collectief ontslag oudere werknemers – in weerwil van het anciënniteits- en afspiegelingsbeginsel – bij voorrang te ontslaan. Achtergrond van deze mogelijkheid was de wens vergrijzing van het personeelsbestand bij bedrijven te voorkomen. Eén van de voorwaarden van de richtlijn was dat de betrokken oudere werknemers wel hun instemming moesten verlenen met het ontslag. Oudere werknemers die hun instemming verleenden werden, hoewel zij ontslag hadden kunnen voorkomen door instemming te weigeren, (collectief) niet-verwijtbaar werkloos beschouwd in de zin van de WW. De WW bood hier, zo kan men zeggen, in feite verzekering bij bewuste opzet.

De vraag die rest is of de huidige regeling (A- en B-grond van verwijtbare werkloosheid van toepassing) in stand moet blijven, of dat ervoor gekozen moet worden om naast de B-grond ook de A-grond te laten vallen. Een afweging van alle maatschappelijke belangen is hier gewenst. De voordelen van het laten vallen van de A- en B-grond van verwijtbare werkloosheid zijn evident. Het wegvallen van de A- en B-grond zal een definitieve oplossing van de pro forma-problematiek met zich brengen. Immers, werknemers hoeven zich niet meer tot het uiterste te verzetten, en kunnen hun verweer opgeven wanneer zij van dat verweer geen heil verwachten alsook eventueel akkoord gaan met een beëindiging met wederzijds goedvinden.⁴⁹ Ook werknemers die met de werkgever 'zaken willen doen' worden in hun wens niet meer gehinderd door de WW. Het oplossen van de pro forma-problematiek zal voor een enorme vermindering van het aantal procedures bij de kantonrechter en de CWI zorgen. De voordelen liggen hier niet alleen in een besparing op de kosten voor een ontslagprocedure die niet meer gemaakt hoeven te worden, maar uiteraard ook in het voorkomen van een hoop ongemak en ongenoegen die met een al dan niet inhoudelijke procedure gepaard kan gaan.⁵⁰ Het vervallen van de A- en B-grond is met andere woorden een zegen voor de ontslagpraktijk en het maatschappelijk beginsel dat partijen er zoveel mogelijk zelf uit moeten zien te komen, en heeft als zodanig ook een positief effect op de dynamiek van de arbeidsmarkt en de

arbeidsmobiliteit van werknemers. Kortom, het wegnemen van de A-grond en B-grond biedt belangrijke voordelen. De 'prijs' die betaald moet worden is dat de WW geen of weinig barrières meer kent aan de poort, anders dan die welke volgen uit referte-eis en arbeidsverledeneis, hetgeen een vergroting van de instroom in de WW tot gevolg kan hebben. Of die extra instroom substantieel zal zijn valt te bezien. Ik denk dat dit erg zal meevallen. De meeste werknemers zullen niet hun baan willen opgeven enkel omdat zij enige tijd een WW-uitkering kunnen krijgen. En opgemerkt kan worden dat die werknemers die (wél) bereid zijn om met de werkgever tot afspraken te komen in de huidige situatie ook al weinig in de weg gelegd wordt. Het blijkt immers in de praktijk gemakkelijk om op een WW-neutrale wijze tot een beëindiging te komen. Om werknemers te stimuleren niet te snel akkoord te gaan met ontslag zou een optie kunnen zijn om beëindigingsvergoedingen (gedeeltelijk) op de WW-uitkering in mindering te brengen. Indien men ervan uitgaat dat in een beëindigingsvergoeding, of deze nu door partijen is overeengekomen of door de rechter in een art. 7:681 of 7:685 BW-procedure is toegekend of anderszins, in het algemeen ten minste een deel vevat zal zitten dat strekt tot het bieden van compensatie voor het verlies aan inkomsten door het eindigen van de arbeidsovereenkomst, dan is het, vanuit de gedachte dat de WW een complementair karakter heeft (van socialezekerheidsrechtelijke verzekering is eerst sprake indien het verzekerde risico niet in de civielrechtelijke sfeer kan worden gedekt)⁵¹, alleszins verdedigbaar om ten minste een deel van de vergoeding op de WW-uitkering in mindering te brengen.⁵² Het in mindering brengen van de beëindigingsvergoeding zal evenwel weer tot gevolg hebben dat een beëindiging in overleg duurder wordt en derhalve ook gevolgen hebben voor de bereidheid van werkgevers om te schikken. Kortom, zal tot een beperking leiden van de voordelen die het wegvallen van de A- en B-grond met zich brengt. Anderzijds zal het in mindering brengen van beëindigingsvergoedingen werknemers die eenmaal werkloos zijn geworden stimuleren om te reïntegreren; hoe sneller men het werk zal hervatten, hoe meer men feitelijk zal overhouden van de beëindigingsvergoeding. Overigens zou een te grote extra instroom in de WW eventueel beperkt kunnen worden door een systeem van premiedifferentiatie in te voeren. Ook dit zal evenwel weer gevolgen hebben op het ontslagbeleid werkgevers (al naar gelang de hoogte van 'de malus'). Nader rechtseconomisch onderzoek naar de effecten van de verschillende opties verdient de voorkeur. Ik kan omtrent de uitkomst van dat onderzoek slechts speculeren. Naar ik vermoed zal het schrappen van de A- en B-grond een gering effect hebben op de WW-lasten. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat de huidige WW goed betaalbaar is.⁵³

Conclusie

Het aanpassen van de eisen die WW stelt met betrekking tot het voorkomen van verwijtbare werkloosheid biedt een uitstekende mogelijkheid om de pro forma-problematiek definitief op te lossen. De aanpassing zal dan echter niet beperkt kunnen blijven tot het wegnemen van de B-grond van verwijtbare werkloosheid. Handhaving van de A-grond van verwijtbare werkloosheid zal een deel van de pro forma-problematiek instandhouden. Wil het kabinet aan de pro forma-problematiek definitief een einde maken dan *kan* derhalve niet volstaan worden met het wegvallen van de B-grond, maar zal ook de A-grond van tafel moeten. Het kabinet *mag* mijns inziens ook niet volstaan met alleen het wegnemen van de B-grond. Voor een onderscheid in benadering van (bijvoorbeeld) de werknemer die jegens de werkgever verwijtbaar handelt en deswege ontslagen wordt, en de werknemer die akkoord gaat met een beëindiging met wederzijds goedvinden terwijl de werkgever geen redelijke grond heeft die tot ontbinding door de kantonrechter of tot het verlenen van ontslagvergunning door de CWI zou kunnen leiden bestaat geen rechtvaardiging. In beide gevallen handelt de werknemer gezien vanuit het oogpunt van de WW verwijtbaar; zijn hande-

len of niet-handelen had het intreden van het verzekerde risico kunnen voorkomen. Wenst het kabinet de oplossing van de pro forma-problematiek te zoeken in het versoepelen van de eisen met betrekking tot het voorkomen van verwijtbare werkloosheid, dan mag het derhalve niet volstaan met alleen het wegnemen van de B-grond. Het past in mijn optiek in elk geval niet om het verschil in consequenties ter zake van, in wezen, vanuit het oogpunt van de WW bezien, dezelfde gedragingen zo groot te laten zijn als in het voorstel van het kabinet (volledig verlies van WW-uitkering bij ontslagname, onverminderde aanspraak bij een beëindiging met wederzijds goedvinden). Zo bij uitvoering van het voornemen om (een groot deel van) de B-grond te schrappen het tegelijkertijd laten vervallen van de A-grond (in mijn optiek de meest juiste oplossing) politiek een 'brug te ver' zou zijn, past het mijns inziens dat de op te leggen maatregel bij verwijtbare werkloosheid zal worden teruggebracht van de huidige (in beginsel) blijvende gehele weigering van WW-uitkering naar een maatregel met een tijdelijk en gedeeltelijk karakter.

Mr. R.L. van Heusden is advocaat bij NautaDutilh te Rotterdam.

Noten

1. Adviesaanvraag voorstellen deregulering WW van 2 december 2004, SV/DEREG/2004/83083a (zie ook Persbericht nr. 04/045 van het ministerie van SZW van 26 november 2004). De tekst van dit artikel is afgesloten in februari 2005. Het SER-advies, dat volgens de planning op het moment van het verschijnen van dit artikel uitgebracht zou moeten zijn, kon derhalve niet verwerkt worden.
2. Het gaat hier niet alleen om zgn. ontslagen op staande voet. Art. 24 lid 2 onder a WW spreekt meer algemeen over 'gedrag (dat) de beëindiging van zijn dienstbetrekking tot gevolg zou kunnen hebben'. Dit kan dus ook betrekking hebben op 'normale' opzeggingen of op ontbindingen, en zelfs ook op beëindigingen met wederzijds goedvinden c.q. (gedwongen) ontslagnamen door de werknemer indien het verwijtbare gedrag van de werknemer de aanleiding vormde voor de beëindiging (vgl. CrvB 16 februari 1995, RSV 1995/165).
3. Zie hieromtrent o.m. R.M. Beltzer, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus en A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk*, Den Haag: Sdu 2003, p. 160, J.J.A. Kooijman, 'Verwijtbaar werkloos? Naar de bijstand', SMA 1995, p. 507 en L.H. van den Heuvel, *De redelijkheidstoetsing van ontslagen*, Deventer: Kluwer 1983, p. 249. Zie ook reeds W.A.F. Leenaerts, 'Wederzijds goedvinden in een ontslagzaak', SMA 1953, p. 209.
4. Zie A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.)*, Den Haag: BJu 2003, p. 269.
5. *Melding van deze praktijk maken* R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 91 en H. van Noord, 'De grote leugen is meestal klein', *Ondernemingszaken* 1993-1, p. 12. Zie bijv. ook Ktr. Deventer 9 januari 2003, JAR 2003/57 (in het verzoekschrift in strijd met de waarheid de indruk gewekt dat geen ziekte aan de orde was). Zie ook Hugo Sinzheimer Instituut, *50 jaar ontslagvergunning: en verder? Handelingen van het HSI-symposium 19 januari 1995*, Amsterdam 1995, p. 69 (spreker Koekoek: 'In contacten met kantonrechters krijg je wel de indruk dat de "grote leugen" op dit moment ook bestaat'). Zie ook Ctsv, (Aanvullend) Rapport over de toepassing van de Werkloosheidswet ten aanzien van (oudere) werknemers die werkloos zijn geworden na een reorganisatieontslag, RI01/01, Zoetermeer 2001, p. 1 (onderzoek van het Ctsv naar aanleiding van berichten dat het in de praktijk regelmatig voorkomt dat werkgevers en werknemers, door het voorwenden van een feitelijk afwezige ontbindingsgrond, samenspannen om oudere werknemers te laten afvloeien met gebruikmaking van de WW) en Ctsv, *Straffen met beleid. Uitvoering van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid*, R99, Zoetermeer augustus 1999, p. 71 ('Bij ontslag via de kantonrechter komt er bij de intake vaak een ander verhaal naar voren dan op papier staat, vooral als de intake plaats vindt voordat betrokkene met een advocaat gesproken heeft. Wat er in die uitspraak staat, klopt in negen van de tien gevallen niet (...) In de uitspraak kan bijvoorbeeld staan "onverenigbaarheid van karakters", terwijl er sprake blijkt te zijn van diefstal').
6. Zie C.G. Scholtens, 'WW en werkverschaffing: zin en onzin van de pro forma', *Advocatenblad* 1997, p. 781, en Kamerstukken II 1992/93, 22 977, nr. 1, p. 7 en p. 33 (Notitie Toetsing van Ontslag), waarin wordt gesproken over een jaarlijks aantal pro forma-verweren in BBA-procedures van circa 39 000 oftewel 50% van het totaal).
7. Het in alle omstandigheden voeren van verweer heeft voor de WW-fondsen het voordeel dat de werkgever genoodzaakt is een tijdrovende(r) ontslagprocedure te volgen, hetgeen het tijdstip van het intreden van werkloosheid naar een latere datum doet verschuiven. Dit 'voordeel' kan evenwel ook nadelig voor de WW-fondsen uitpakken indien de betrokken werknemer door het op een later moment intreden van werkloosheid aan de referte- en/of arbeidsverledenis van art. 17 WW weet te voldoen.
8. Zie o.m. R.M. Beltzer, W.J.P.M. Fase, S.F.H. Jellinghaus en A.D.M. van Rijs, *Handboek ontslagpraktijk*, Den Haag: Sdu 2003, p. 160, A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.)*, Den Haag: BJu 2003, p. 290, R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 91, J.A.J. Peeters, 'In staat van ontbinding', SMA 1997, p. 485, A. van der Kolk en C.G. Scholtens, 'De nieuwe WW (Wet boeten etc.) en een nieuwe beëindigingsprocedure-overeenkomst?', *ArbeidsRecht* 1996-10/54, p. 4 en H. van Noord, 'De grote leugen is meestal klein', *Ondernemingszaken* 1993-1, p. 11. Zie ook M. van Ewijk en M. Engelen, *Ontslagroutes naar de WW*, Den Haag: Ministerie van SZW 2001, p. 30 en F.W.G. Ambagtsheer in zijn *Naschrift in ArbeidsRecht* 1998/5-33, p. 28. Het is overigens onjuist om te stellen dat iedere geregelde procedure in civielrechtelijke zin een onnodige procedure is. Het feit dat op een 'WW-veilige' wijze beëindigd wordt zal voor de werknemer in veel gevallen een belangrijke voorwaarde zijn waaronder hij – überhaupt – bereid is zijn medewerking te verlenen aan een beëindiging.
9. Besluit van 19 november 1997, Stcr. 1997, 229. Het besluit is thans nog van kracht; met de inwerkingtreding per 1 januari van 2002 van de Invoeringswet Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI) zijn de uitvoeringsinstellingen en het Lisv opgeheven en zijn al hun publiekrechtelijke rechten en verplichtingen overgegaan op het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV).
10. Wet van 25 april 1996, Stb. 1996, 248.
11. Zie de toelichting bij het besluit (Stcr. 1997, 229).
12. Het ontslagmotief kan natuurlijk wel aanleiding zijn voor een maatregel op grond van art. 24 lid 2 onder a WW.
13. In CrvB 27 mei 1987, RSV 1988/48, bijvoorbeeld, achtte de Raad het 'zeer onaannemelijk dat een inhoudelijk protest (...) ook maar van enige invloed zou zijn geweest op de uitkomst van de beslissing van voornoemde directeur (van het GAB: RvH)'. In CrvB 15 januari 1985, RSV 1985/129, spreekt de Raad over het door het voeren van inhoudelijk verweer kunnen 'verkleinen van het werkloosheidsrisico' en in CrvB 25 maart 1987, RSV 1987/222, stelt de Raad: 'Zulks (het in beginsel moeten voeren van inhoudelijk verweer: RvH) lijdt slechts uitzondering indien de arbeidsverhouding tussen werknemer en werkgever op grond van objectieve en aantoonbare gegevens dermate verstoord is, dat de kans dat de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau zal weigeren een ontslagvergunning te verlenen om die reden niet reëel kan worden geacht'. Zie hieromtrent nader R.L. van Heusden, 'Contra de pro forma: pro forma-problemen en hun oplossingen', SR 2002, p. 148 e.v.
14. In die zin ook E. Verhulp, 'Besluit verweer ontslag: de beëindigingsovereenkomst als de nieuwe sluisproute na Flexibiliteit en Zekerheid?', *ArbeidsRecht* 1998/5-32, p. 26 en F.M. Noordam, 'Pro-formaproblematiek-reductie', SR 1998-2, p. 39.
15. Vgl. de door Scholtens in *ArbeidsRecht* gepubliceerde statistieken m.b.t. ontbindingsvergoedingen (zie laatstelijk C.G. Scholtens, 'Statistiek ontslagvergoedingen 2003: gerommel in de polder (I en II)', *ArbeidsRecht* 2004/2-7, p. 3-12 en 2004/3-12, p. 3-14), waarin vanaf 1997 bijv. geen duidelijke trendbreuk te zien is in het aantal ontslagprocedures.
16. Het aantal mondelinge behandelingen daalde van 65% in 1995 tot 6% in 1997. Zie R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, *Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 121. Zie ook A.L. Asscher in: C.G. Scholtens (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht Arbeidszaken*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 345 en C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1998: passen en meten', *ArbeidsRecht* 1999/3-14, p. 4.
17. De (praktische) betekenis van dit laatste voor partijen en het rechterlijke apparaat moge blijken uit het volgende citaat van Peeters, waar hij de praktijk van de (pro forma) mondelinge behandelingen beschrijft: 'Bij binnenkomst kijkt de (kanton)rechter partijen begrijpend aan, vraagt of hij goed begrepen heeft dat het verweer slechts wordt gevoerd om formele redenen en sluit bij bevestigend antwoord na enkele minuten de zitting. Daarbij is de meeste tijd besteed aan het opnemen van de namen van de ter zitting aanwezigen. De bode weet al dat het niet nodig is om een glaasje water gereed te zetten. Slechts om de uvi te behagen wordt om deze zinloze mondelinge behandelingen gevraagd' (J.A.J. Peeters, 'In staat van ontbinding', SMA 1997, p. 487).
18. Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 300.
19. Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 37.
20. Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 6, p. 30. Bij de behandeling van de BMTI gaf de toenmalige Staatssecretaris van SZW aan, dat het voeren van pro forma-verweer voornamelijk voorkomt bij ontslag wegens bedrijfseconomi-

- sche redenen, zoals reorganisatie of inkrimping, en in mindere mate bij een verstoorde arbeidsrelatie of disfunctioneren (zie Kamerstukken II 1994/95, 23 909, nr. 12, p. 16).
21. In de literatuur is in dat verband wel de kritiek geuit dat de CWI feitelijk beslist over de WW-uitkering (zie bijv. F.M. Noordam, 'Pro-formaproblematiek-reductie', SR 1997, p. 39). Kooijman merkt m.i. terecht op, dat de uvi nog steeds de mogelijkheid heeft om een maatregel wegens benadelingshandeling op te leggen. Van een benadelingshandeling kan bijv. sprake zijn indien blijkt dat partijen in een geregelde procedure het bestaan van bedrijfseconomische omstandigheden hebben voorgewend (zie J.J.A. Kooijman, 'Flexibiliteit en zekerheid en het begrip verwijfbare werkloosheid', SR 1998, p. 266).
 22. Vgl. G.C. Boot, 'Artikel 24 WW. Verwijfbare werkloosheid', SR 1997-7/8, p. 225. Wel heeft invoering van art. 24 lid 3 WW een verschuiving van geregelde ontbindingsprocedures naar (de sedert 1999 nog veiliger) geregelde CWI-procedures bewerkstelligd. Cijfers van Scholtens doen althans vermoeden dat die verschuiving in 1999 heeft plaatsgevonden (zie C.G. Scholtens, 'Statistiek ontbindingsvergoedingen 1999: de bandbreedte van de C', ArbeidsRecht 2000/2-7, p. 3). Zie ook A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.), Den Haag: BJu 2003, p. 295 en E. Verhulp, 'Besluit verweer ontslag: de beëindigingsovereenkomst als de nieuwe sluiproute na Flexibiliteit en Zekerheid?', ArbeidsRecht 1998/5-32, p. 28.
 23. Ctsv, (Aanvullend) Rapport over de toepassing van de Werkloosheidswet ten aanzien van (oudere) werknemers die werkloos zijn geworden na een reorganisatieontslag, RI01/01, januari 2001.
 24. Vgl. M. van Ewijk en M. Engelen, Ontslagroutes naar de WW, Den Haag: Ministerie van SZW 2001, p. iv: 'Bij ontslaagvragen via de RDA wordt de WW-uitkering in principe nooit geweigerd, aangezien de RDA bij het beoordelen van de ontslaagvraag dezelfde criteria hanteert als de uvi'.
 25. F.J.L. Pennings, 'Naar een verbeterde poortwachter voor de WW bij ontslag om bedrijfseconomische redenen?', AI 2003, p. 180. Het verdient volgens Pennings overigens de voorkeur dat de advisering door de CWI, als deze al wenselijk wordt geacht, geschiedt op een wettelijke basis (door middel van een wijziging van Wet SUWI).
 26. Zie J. van de Hel, 'Vreemde praktijken: de geregelde ontbinding', ArbeidsRecht 2004/12-69, p. 44. Zie ook M.S. Houwerzijl en S.F.H. Jellinghaus, 'De fictieve opzegtermijn versus de werkloosheidsuitkering', AI 2003, p. 185.
 27. Het aantal adviesaanvragen is vooralnog evenwel gering; plusminus 1200 adviesaanvragen werden in 2004 bij de CWI ingediend, naar aanleiding waarvan in bijna 1/3 van de gevallen het UWV uiteindelijk op grond van het CWI-advies besloot WW-uitkering te weigeren (zie Kamerstukken II 2004/05, 26 448, nr. 181).
 28. In vergelijkbare zin ook L. Verburg, 'Rol, vormgeving en toekomst van de ontbindingsprocedure', in: E. Verhulp e.a., Ontslagrecht in beweging, Den Haag: Sdu 2004, p. 50. Vgl. ook E. Verhulp in JAR Verklaard mei 2004, p. 7-8. Verhulp merkt op dat hem uit de praktijk enerzijds berichten bereiken dat thans vooral een ontbinding wordt geregeld wegens andere dan bedrijfseconomische redenen (met name verstoring van de arbeidsverhouding) en dat de controle op de verwijfbaarheid van de werkloosheid als vanouds (dus vrijwel niet aanwezig) is. Aan de andere kant hoort hij evenwel in toenemende mate dat de schrik er toch behoortlijk in zit, en werknemers met moeite – en vaak pas na aanvullende afspraken voor het geval de WW-uitkering wordt geweigerd – instemmen met een regeling ter ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Verhulp meent dat de controle op de verwijfbaarheid van werkloosheid alleen maar zal toenemen en dat daarmee uiteindelijk, maar waarschijnlijk niet op korte termijn, de geregelde ontbinding langzaam zal uitsterven. Ik heb bij die conclusie mijn bedenkingen. Zoals gezegd verwacht ik (en met mij o.a. Verburg, idem, p. 50.) niet dat de CWI en/of het UWV, hoe zorgvuldig de toetsing ook, door een door partijen goed op elkaar afgestemd verhaal heen zullen kunnen prikken.
 29. Wet van 19 december 2003, Stb. 2003, 546.
 30. Zie SER-Advies Beoordeling kabinetsvoornemens Aanpassing toetredingsvoorwaarden WW, nr. 04/11, juni 2004 en Persbericht nr. 04/177 van het ministerie van SZW van 13 september 2004. Naar aanleiding van het met de Stichting van de Arbeid gesloten sociaal akkoord van 5 november 2004 heeft het kabinet besloten de behandeling van deze wetsvoorstellen aan te houden tot 1 april 2005 (zie Kamerstukken II 2004/05, 29 800 V, nr. 58). Vóór laatstgenoemde datum levert de SER het advies over de toekomstbestendigheid van de WW (SER Adviesaanvraag toekomstbestendigheid van de WW). Een SER-advies dat (volgens CPB-ramingen) vorm geeft aan eenzelfde volumereductie in de WW als de kabinetsvoornemens zal voor het kabinet 'zeer zwaarwegend zijn'.
 31. Adviesaanvraag voorstellen deregulering WW van 2 december 2004, SV/DEREG/2004/83083a (zie ook Persbericht nr. 04/045 van het ministerie van SZW van 26 november 2004. De voorstellen betreffen afgezien van die welke in de onderhavige bijdrage centraal staat onder meer het voorstel om bij ziekte van de uitkeringsgerechtigde de WW-uitkering de eerste dertien weken gewoon door te laten lopen.
 32. Zie CRvB 20 augustus 1991, RSV 1992/90.
 33. Zie CRvB 3 november 1992, RSV 1993/103. Voor beëindigingen met wederzijds goedvinden gold in beginsel hetzelfde, zij het dat de CRvB hier nog wel eens aannam dat de werknemer, door in te stemmen met een beëindiging met wederzijds goedvinden, feitelijk ontslag had genomen, zodat alsnog van verwijfbare werkloosheid in de zin van art. 24 lid 2 onder a WW sprake kon zijn (zie bijv. CRvB 12 februari 1991, RSV 1991/188 en CRvB 9 juli 1996, RSV 1996/245).
 34. Van der Steenhoven in: 50 jaar ontslagvergunning: en verder?, Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut 8, Amsterdam 1995, p. 66-67.
 35. Werkgroep ontslagrecht van de Vereniging voor Arbeidsrecht, 'Naar een nieuw ontslagrecht in duplo', SMA 2000, p. 243-252.
 36. Zie R. Knegt, 'Verwijfbare werkloosheid: de januskop van de WW', SMA 2001, p. 546 e.v.
 37. Zie A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.), Den Haag: BJu 2003, p. 320 e.v. en p. 550 e.v. Vgl. overigens ook Bouwens, die in zijn bijdrage aan een boekje over disfunctioneren en wangedrag van werknemers het UWV aanspoort een duidelijk beleid (Bouwens spreekt van 'harde criteria') tot stand te brengen op grond waarvan de werknemer zich in bepaalde gevallen niet tegen een ontslag wegens disfunctioneren op initiatief van de werkgever hoeft te verzetten. Verzet moet volgens Bouwens achterwege kunnen blijven indien werknemer en werkgever het erover eens zijn dat de werknemer ongeschikt is (geworden) voor zijn functie (anders dan ten gevolge van ziekte) en het erover eens zijn dat in de onderneming van de werkgever geen andere passende arbeid beschikbaar is, terwijl de werknemer zich gedurende een bepaalde periode in het kader van een door de werkgever bekostigd outplacementtraject op het verwerven van andere, passende arbeid kan oriënteren (W.H.A.C.M. Bouwens, 'Disfunctioneren en wangedrag in relatie tot de Werkloosheidswet', in: E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), Disfunctioneren en wangedrag van werknemers, Deventer: Kluwer 2003, p. 175-176).
 38. In de huidige situatie bestaat voor de werkgever op grond van het goed werkgeverschap reeds onder omstandigheden de verplichting te zoeken naar een passende functie voor de werknemer binnen de onderneming, of bij een andere werkgever; zie bijv. Ktr. Eindhoven 23 oktober 2002, JAR 2002/284, Ktr. Maastricht 25 juli 2002, JAR 2002/285 en Ktr. Delft 4 maart 2004, JAR 2004/88.
 39. Zie A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.), Den Haag: BJu 2003, p. 321. Uit onderzoek van Van Zevenbergen en Oelen blijkt dat naar schatting in 93% van de gevallen waarin de toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wordt geweigerd (naar schatting 6% van het totaal aantal (niet nadien ingetrokken) verzoeken om toestemming), het dienstverband van de betrokken werknemer uiteindelijk toch tot een einde komt. Dit betekent dat slechts 7% van de werknemers die met succes verweer voeren in een BBA-procedure uiteindelijk ook in dienst blijft. In gevallen waarin de kantonrechter niet is overgegaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (naar schatting slechts 3,5% van het totaal aantal ontbindingsverzoeken) weet naar schatting circa 30% uiteindelijk in dienst bij de werkgever te blijven. Werkgevers, zo blijkt uit genoemd onderzoek (het betrof hier overigens de resultaten van een telefonische enquête), ervaren de ontslagtoets maar in beperkte mate als drempel en anticiperen daarop door zich gedegen op procedures voor te bereiden (dossieropbouw e.d.). (Zie R.G. van Zevenbergen en U.H. Oelen, Het duaal ontslagstelsel – beëindiging van arbeidsrelaties in de praktijk, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000, p. 13-15 en p. 46-48). Zie ook J.M. Barendrecht in: 50 jaar ontslagvergunning: en verder?, Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut 8, Amsterdam 1995, p. 28 (Barendrecht: '(...)

- blijft het in ieder geval wenselijk dat de geldelijke compensatie van de risico's van ontslag goed is geregeld, het enige middel dat we hebben voor de verdeling van risico's. In de rechtspraak merken we dat het bijna altijd gaat om de vaststelling van de omvang van de compensatie. Die vergunning komt er bijna altijd. De ontbinding volgt daar anders wel op'.
40. R.M. Beltzer, 'Het UWV, van poortwachter naar uitsmijter', SMA 2004, p. 63-68.
 41. Zie R.M. Beltzer, 'Het UWV, van poortwachter naar uitsmijter', SMA 2004, p. 64 en 66. Zie ook noot 19 bij zijn betoog. Beltzer: 'Ik vind het vooralsnog lastig de groep groter te maken dan die van werknemers die wegens een dringende reden zijn ontslagen. De volgende groep die in aanmerking zou komen zijn zij, die er zelf voor kiezen ontslag te nemen. Zou dat leiden tot een toetsing door het UWV, dan zijn we volgens mij weer terug bij af'. Zie evenwel ook R.M. Beltzer, 'Over een opmerkelijk WW-plan', SMA 2005, p. 60 (Beltzer: 'Is het daarmee geen overbodige wetgeving en kunnen we niet beter de WW-poorten geheel opengooien en de nadruk leggen op reïntegratie van de werkloze (...)?').
 42. Alleen de werkgever die principieel (en niet pragmatisch) is ingesteld zal bij vermeend wangedrag van de werknemer niet bereid zijn tot een beëindiging in overleg, in welk geval de betrokken werknemer zich met het oog op verlies van WW tot het uiterste zal verzetten indien als beëindigingsgrond diens verwijfbare gedrag wordt opgevoerd.
 43. Gesteld dat daarbij de benadelingshandeling van art. 24 lid 6 WW niet door het UWV als substituuat zal worden aangeprepen.
 44. Dat in de praktijk blijkt dat de wens van de werkgever wel vaak betekent dat dienstbetrekking op langere termijn eindigt is evenwel juist (zie hiervoor).
 45. Vgl. in dit verband hetgeen de minister in de MvA bij het wetsvoorstel WAO antwoordde op de vraag of het niet te ver voert om (bijv.) iemand die, een moorddaad pleegend, zelf ernstig gewond geraakt is, in het genot van een WAO-uitkering te stellen. De minister: 'Afgesien nog van het feit, dat het gegeven voorbeeld (...) toch wel een zeer exceptioneel geval is, vraagt de ondergetekende zich enerzijds af, of het gerechtvaardigd is, dat naast de straf, welke door de strafrechter zal worden opgelegd, het uitvoeringsorgaan nog eens een extra straf oplegt, bestaande uit het geheel of gedeeltelijk ontzeggen van het recht op uitkering, waardoor niet alleen de betrokkene zelf, doch ook degenen, voor wier onderhoud hij aansprakelijk is, zullen worden getroffen en de gemeenschap voor het onderhoud van de betrokken personen zal moeten opkomen' (Kamerstukken II 1964/65, 7171, nr. 15, p. 7-8). Zie ook R.M. Beltzer, R. Knecht en A.D.M. van Rijs, Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie 1999, p. 105-106, waarin vermeld wordt dat een aantal kantonrechters hun ontbindingsbeschikking milder opstellen indien ze het onjuist vinden dat de betrokken werknemer behalve zijn baan ook zijn WW-aanspraken zou verliezen.
 46. Zo is bijv. een verzekering tegen wettelijke aansprakelijkheid, waarbij de door de verzekerde met opzet veroorzaakte schade meeverzekerd is, in het algemeen in strijd met de openbare orde en goede zeden (zie HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572 en HR 6 november 1998, RvdW 1998, 207). Zie ook M.E. Kibédi Varga, 'Beschouwingen omtrent opzet en schuld in het verzekeringsrecht', in: Hartlief en Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 191.
 47. Zie over de vraag in hoeverre de werkloosheidsverzekering verschilt van de civielrechtelijke verzekering uitgebreid P.S. Fluit, Verzekeringen van solidariteit (diss.), Deventer: Kluwer 2001, p. 22 e.v. en J. Riphagen, Ontslag en het recht op WW-uitkering (diss.), Deventer: Kluwer 1985, p. 49 en 50.
 48. Arbvo/Jura/M/nr. 98324 d.d. 25 januari 1982. Zie hieromtrent G.A.M. van Atteveld, 'Ontslagbeleid oudere werknemers onder (periode 1982-1994) en zonder (vanaf 1 januari 1994) het regime van de "Ouderenrichtlijn"', PS 1994, p. 828-832, W.J.P.M. Fase, 'Vrijstelling van de inschrijfplicht bij het GAB', SMA 1987, p. 511-514 en W.J.P.M. Fase, 'Het einde van de ouderenrichtlijn', SMA 1994, p. 2-7. Zie ook CRvB 2 juni 1998, RSV 1998/248-250.
 49. Naar ik meen zal om een definitief einde te maken aan de pro forma-problematiek alleen het laten vallen van de onderhavige eisen kunnen werken. Andere 'oplossingen', zoals een verdere aanscherping van de controle door het UWV, de invoering van de mogelijkheid van een ruling, de invoering van premiedifferentiatie of het in mindering brengen van beëindigingsvergoedingen op de WW-uitkering, lijken slechts tot een gedeeltelijke vermindering te kunnen leiden, of brengen ernstige nevenbezwaren met zich. Zie omtrent de voor- en nadelen van de verschillende oplossingen nader A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.), Den Haag: BJu 2003, p. 296 e.v. en R.L. van Heusden, 'Contra de pro forma: pro forma-problemen en hun oplossingen', SR 2002, p. 148 e.v.
 50. Overigens merkt Verburg op dat 'het pro forma ontbindingscircuit' voor de gerechten ook een belangrijke inkomstenbron vormt; voor 2003 schatte hij het met de pro forma procedures geschatte bedrag aan griffierechten op € 18 560 000 (L. Verburg, Voordracht Arbeidsrechtcongres Noordwijk 14 november 2003). Verhulp merkt in JAR Verklaard 2004, p. 7, op dat de kosten die aan pro forma-circus besteed worden (griffiekosten etc.) beter besteed kunnen worden aan begeleiding van werklozen naar ander werk.
 51. Zoals het beroep op sociale zekerheid in het algemeen complementair (of: 'secundair') is aan de mogelijkheid om door middel van betaalde arbeid in het inkomen te voorzien. Pas wanneer men niet (langer) tot deelname aan betaalde arbeid in staat is of hiertoe niet (langer) in staat wordt geacht, komt het stelsel van sociale zekerheid om de hoek kijken. Zie A.C. Damsteegt, De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.), Den Haag: BJu 2003, p. 470 en J.H.P.G. Wielders, 'De arbeidsplicht in minimum-behoefte-regelingen', in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), Sociaal recht: de grenzen verkend (De Leede-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 487 e.v. Zie voor wat betreft de WW ook R.W.H. Hebing, 'De relatie tussen het ontslagrecht en de aanspraak op uitkering ingevolge de Werkloosheidswet', SMA 1977, p. 111 (Hebing: 'Anders geformuleerd, aanspraken tegenover de werkgever prevaleeren in beginsel boven uitkering ingevolge de W.W.' Vgl. ook de overweging van de CRvB in CRvB 1 november 1955, ARB 1956, p. 326: 'dat voor 's Raads voorschreven standpunt nog pleit, dat krachtens eerder genoemd voorschrift van het eerste lid van art. 21 der Werkloosheidswet, de onvrijwillig werkloze werknemer geen aanspraak heeft op uitkering ingevolge deze wet voorzover op zijn laatste werkgever de verplichting rust tijdens de werkloosheid het loon onverminderd door te betalen; hetgeen er immers op wijst, dat in de gedachtengang van de wetgever een aanspraak van een werknemer, gegrond op een verplichting van de werkgever tot het betalen van loon, gaat vóór een recht uit de Werkloosheidswet'. Vgl. ook CRvB 11 juni 2003, RSV 2003/230 (de Raad: 'dat uit de in art. 24, zesde lid, van de WW neergelegde verplichting (...) volgt dat van een werknemer die in de situatie verkeert waarin hij beslissingen moet nemen in verband met het beëindigen van de dienstbetrekking, mag worden verwacht dat hij daarbij rekening houdt met de consequenties die zijn opstelling heeft voor zijn aanspraken in het kader van de WW en dat hij ernaar streeft om die aanspraken zoveel als redelijkerwijs mogelijk is te beperken.' Ogenschijnlijk anders: CRvB 22 december 1992, Prg. 1993, nr. 3969. De Raad: 'Volgens gedaagde is één van de grondslagen waarop de WW steelt dat een uitkering ingevolge de WW pas in zicht komt op het moment dat alle arbeidsrechtelijke mogelijkheden zijn uitgeput. Voor een dergelijke ruime interpretatie ziet de Raad evenwel geen aanleiding'. Het ging hier echter om de situatie waarin een eventueel door eiser ontvangen wettelijke schadeloosstelling niet zou hebben geleid tot vermindering van zijn aanspraken op een WW-uitkering en de vraag of niettemin een benadelingshandeling kan worden opgelegd. Het feit dat de wetgever een fictieve opzegtermijn wenst te regelen geeft m.i. aan dat de wetgever (wel degelijk) het uitgangspunt hanteert dat de WW in bepaalde mate complementair is aan het arbeidsrecht; voorzover vergoeding ontvangen wordt of kan worden ter zake van het niet in acht nemen van een opzegtermijn doet de WW een stapje terug. Art. 16 lid 3 WW vormt als zodanig een neerslag van de gedachte dat de Werkloosheidswet complementair is aan het arbeidsrecht, in de zin dat die wet een verzekering beoogt van geldelijke gevolgen die niet reeds 'gedekt' (kunnen) worden via het arbeidsrecht. Probleem is uiteraard wel, dat het laten vallen van de eisen die de WW stelt m.b.t. het voorkomen van verwijfbare werkloosheid nu juist afbreuk zou doen aan de gedachte dat de WW complementair is aan het arbeidsrecht, en dus anticumulatie van beëindigingsvergoedingen vanuit deze gedachte niet zou ondersteunen.
 52. Indien een beëindigingsvergoeding in de vorm van een periodieke uitkering wordt gegoten teneinde gebruik te kunnen maken van de zogenaamde stamrechtvrijstelling van art. 11 lid 1 onderdeel g Wet LB 1964 is het heel duidelijk dat de beëindigingsvergoeding beoogt het risico van inkomensderving te beperken. Alleen aanspraken op periodieke

uitkeringen ter vervanging van gedeefd of te derven loon komen namelijk ingevolge genoemde bepaling voor vrijstelling van loonbelasting in aanmerking. De stamrechtconstructie blijkt in de praktijk nogal eens voor te komen (zie M. Winter, *Gouden Handdruk 2004*. De schadeloosstelling bij ontslag, Soest 2004, p. 39, te bestellen via www.goudenhanddruckspecialist.nl). Ook in het Duitse recht gaat men er volgens Damsteegt van uit dat een beëindigingsvergoeding (gedeeltelijk) ziet op de afkoop van loonaanspraken en houdt men bij de toekenning van werkloosheidsuitkering met die vergoeding rekening (het Duitse recht kent een met art. 16 lid 3 WW vergelijkbare fictieve opzegtermijn-regeling; zie A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht (diss.)*, Den Haag: BJu 2003, p. 519 e.v.). Vgl. ook J.M. Barendrecht, 'Een vijfjondere kantonrechtformule: de beste basis voor ontslagbescherming', *ArbeidsRecht 2004/8/9-38*, p. 10. Barendrecht: 'Misschien lijkt de vergoeding nu aan de hoge kant geworden, maar wie hem wil verlagen, moet wel bedenken dat de vergoeding geleidelijk in de plaats is gekomen van het kunnen tegenhouden van een ontslag'. Zie over de vraag wat de ontslagvergoeding poogt te vergoeden ook C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *Arbeidsrecht 2001/8/9-43*, p. 32 e.v. Loonstra noemt als rechtsgrond voor het toekennen van een ontslagvergoeding onder andere de postcontractuele zorgplicht van de werkgever. Vgl. ook J. Riphagen, 'Opzeggen en aanzeggen, reëel en fictief: de CrvB over artikel 16 lid 3 WW', *AA 2001*, p. 1014.

53. In de Oktobernota financiële ontwikkeling UWV-fondsen 2004-2005 (www.uwv.nl) wordt het vermogen (overschot) van het AWf eind 2004 becijferd op 5,704 miljard euro. Er is overigens wel sprake van een daling. Volgens diezelfde nota bedroeg het vermogen eind 2003 nog 6,655 miljard

euro en wordt het saldo eind 2005 geschat op 4,991 miljard euro. Scholtens haalt in *NJB 2001*, p. 1072 een persbericht van het Lisv van 28 mei 2001 aan, waarin nog gesteld wordt dat het fonds voor de WW eind 2001 naar verwachting een overschot zal hebben van f 16,6 miljard ($\pm 7,5$ miljard euro). Men kan zich in dit verband afvragen wat het belang van de regering is bij het bezuinigen op de WW-lasten. De overheid betaalt, afgezien van de uitvoeringskosten, toch niet mee aan de financiering van de WW? De werkloosheidsfondsen worden gevuld door premies die werkgevers en werknemers betalen. In het SER-advies *Beoordeling kabinetsvoornemens Aanpassing toetredingsvoorwaarden WW*, Publicatienr. 04/11, Den Haag 2004, lees ik op pagina 21 dat de tarieven voor sociale premies tot en met 1999 in principe jaarlijks lastendekkend werden vastgesteld en dat vermogensoverschotten of -tekorten in enkele jaren tot een neutraal niveau weggewerkt. Na 1999 is de premiestelling op lastendekkend niveau als uitgangspunt voor beleid losgelaten en vervangen door het uitgangspunt van relatief constante premietarieven, waarbij belastingen, premies en uitgaven meer in onderlinge samenhang worden gezien. Het budgettaire beleid is meer geënt op het totaal van de collectieve financiën. Afwegingen met betrekking tot dit beleid worden gemaakt tegen de achtergrond van de EMU-doelstellingen en het gewenste integrale lasten - koopkrachtbeleid. Voor wat betreft die EMU-doelstellingen: in EU-verband is afgesproken dat bij de beoordeling van de overheidsfinanciën de sociale fondsen worden betrokken; het saldo van de sociale fondsen maakt onderdeel uit van het EMU-saldo (zie *Kamerstukken II 2004/05*, 29 738, nr. 7, p. 15). Het overschot op de werkloosheidsfondsen mag dus worden meegeteld bij het bepalen of aan de EMU-normen voldaan wordt, en hier ligt derhalve een belang voor de overheid om dit overschot in stand te houden.