

Uitvoeringsinstructie UWV

De volgende alinea wordt toegevoegd in de inleiding van hoofdstuk 7 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (Bedrijfseconomische redenen):

“Sinds enige tijd komt het voor dat werkgevers ontslagaanvragen indienen voor werknemers wegens uitbesteding van werk aan zelfstandigen (zzp’ers) dan wel voor vaste werknemers wegens fluctuaties in het werkaanbod met het verzoek flexibele arbeidskrachten te behouden (of uit te breiden) voor het opvangen van pieken in het werkaanbod. UWV heeft in samenwerking met het ministerie van SZW een uitvoeringsinstructie ontwikkeld hoe daar in concrete gevallen mee om te gaan. Dit uitvoeringsbeleid is in de paragrafen 5 en 6 opgenomen en behelst geen wijziging of materiële verruiming van het ontslagrecht. Het uitvoeringsbeleid past binnen het huidige wettelijke kader (BBA 1945 en het Ontslagbesluit) en betreft een aanvulling op de bestaande beleidsregels en geen inhoudelijke wijziging van deze regels.”

De volgende tekst wordt ingevoegd in hoofdstuk 7 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (Bedrijfseconomische redenen):

5. Uitbesteding van werk aan echte of schijnzelfstandigen

Het komt met enige regelmaat voor dat werkgevers ontslagaanvragen indienen omdat zij om redenen van een doelmatige bedrijfsvoering werkzaamheden willen uitbesteden. In de regel wordt in die gevallen een ontslagvergunning verleend omdat het tot de beleidsvrijheid van een ondernemer behoort daar wel of niet toe over te gaan. Als het werk wordt uitbesteed aan zogenoemde zelfstandigen zonder personeel is het echter van belang of het hier een echte zelfstandige of een schijnzelfstandige betreft. Alleen als het werk wordt uitbesteed aan echte zelfstandigen kan een vergunning worden verleend.

Onder een echte zelfstandige wordt hier verstaan: iemand die in het bezit is van een relevante Verklaring arbeidsrelatie Winst uit onderneming (VAR-Wuo), van wie aannemelijk is dat hij in fiscale zin als ondernemer kan worden aangemerkt en die ingeschreven is bij de Kamer van Koophandel. De werkgever/opdrachtgever zal hierover duidelijkheid moeten verschaffen, meer in het bijzonder ook of de uit te besteden werkzaamheden overeenkomen met de afgegeven VAR verklaring (een VAR voor automatiseringswerkzaamheden kan bijvoorbeeld niet worden gebruikt voor timmermanswerk). Personen die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een opdrachtgever willen werken en niet beschikken over een VAR-Wuo, beschouwt UWV (behoudens tegenbewijs) niet als echte zelfstandigen, maar als schijnzelfstandigen. Zij werken veelal tegen slechtere voorwaarden dan de voorwaarden die

voor werknemers gelden terwijl hun positie hiermee in hoge mate vergelijkbaar is. Als een werkgever de arbeidsovereenkomsten van werknemers wil beëindigen en daarvoor in de plaats contracten wil aangaan met diezelfde werknemers, of met anderen, met als uitsluitend doel werknemerschap te vermijden, dan weigert UWV altijd een vergunning. Het wel kunnen verlenen van een vergunning zou immers betekenen dat de werknemers in feite vogelvrij zijn.¹ Het volgende voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld

Een werkgever besluit zijn boekhouding uit te besteden. Daardoor komt de arbeidsplaats van de boekhouder te vervallen. De werkgever heeft de betreffende werknemer aangeboden de werkzaamheden in het vervolg op basis van een overeenkomst van opdracht te vervullen. Als de werknemer dat aanbod aanvaardt dan hoeft geen ontslagvergunning te worden gevraagd. De werknemer stemt er immers mee in de werkzaamheden in het vervolg op basis van een ander contract te gaan vervullen. Als de werknemer weigert op het aanbod van de werkgever in te gaan en de werkgever in het verlengde daarvan een ontslagvergunning voor de werknemer aanvraagt, zal UWV geen toestemming verlenen. Als de aanvraag zou kunnen worden gehonoreerd, zou er immers geen sprake zijn van een vrije keuze die de werknemer heeft om al dan niet op het aanbod van de werkgever in te gaan. De werknemer zou zich altijd gedwongen voelen om op het aanbod van de werkgever in te gaan en daarmee ontslagbescherming ontberen.

Tegelijkertijd geldt dat als een werkgever bepaalde werkzaamheden (bijvoorbeeld de boekhouding) wil uitbesteden aan een ander bedrijf, waaronder ook wordt verstaan een echte zelfstandige, hem dat in beginsel vrij staat. In die gevallen zal dan ook een vergunning kunnen worden verleend voor de werknemer van het bedrijf die daardoor zijn baan verliest. Het is te zeer een inbreuk op de vrijheid van de werkgever om de onderneming naar eigen inzichten in te richten om daartoe niet over te gaan. Uiteraard dient de werkgever wel steeds de reden toe te lichten en aannemelijk te maken dat het uitbesteden van werkzaamheden ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering en leidt tot het verval van arbeidsplaatsen. Welke gegevens hierbij moeten worden overgelegd, is afhankelijk van de reden die door de werkgever wordt aangevoerd.²

6. Fluctuaties in het werkaanbod

Het komt ook met enige regelmaat voor dat werkgevers vanwege fluctuaties in het werkaanbod (leegloopuren) onvoldoende permanent werkaanbod hebben en daarom ontslagaanvragen indienen voor vaste werknemers met het verzoek hun bestand van flexibele medewerkers ongemoeid te mogen laten (en soms uit te breiden) voor het opvangen van pieken in de productie.³ UWV verstaat onder flexibele medewerkers, zij die ervoor zorgen dat het bedrijf zijn personeelsbestand snel kan uitbreiden of inkrimpen afhankelijk van de marktontwikkelingen. Dit

¹ Zie ook de brief d.d. 1 maart 2011 van de minister van SZW met de antwoorden op Kamervragen van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, AV/AR/2011/1545 en het verslag van het VAO Arbeidsmarktbeleid van 19 april 2011, waarin de minister van SZW aangeeft dat onder geen enkele voorwaarde wordt meegewerkt aan dergelijke constructies.

² Zie paragraaf 4, onder c, organisatorische veranderingen, reorganisatie.

³ Zie ook de brief d.d. 1 maart 2011 van de minister van SZW met de antwoorden op Kamervragen van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, AV/AR/2011/1545.

zijn werknemers met een tijdelijk dienstverband en medewerkers waar geen loon of vergoeding voor is verschuldigd als er geen werk is. Het gaat dan om bijvoorbeeld oproepkrachten en uitzendkrachten. Bij ontslaanvragen als hier aan de orde moet, net als bij elke andere ontslaanvraag om bedrijfseconomische redenen, worden beoordeeld of voor een doelmatige bedrijfsvoering het vervallen van arbeidsplaatsen van vaste werknemers noodzakelijk is.

Bij de beoordeling gelden de volgende criteria:

- 1. De werkgever moet aannemelijk maken dat het werkaanbod en daarmee de behoefte aan personeel structureel fluctueert en zodanig zal blijven fluctueren (dat wil zeggen, tenminste gedurende een periode van een half jaar) dat om redenen van een doelmatige bedrijfsvoering (voorkomen substantiële kosten van leegloop) het niet verantwoord is het bestand van vaste werknemers op hetzelfde niveau te houden; het moet dus gaan om een structurele situatie en niet om een tijdelijke vermindering van het werkaanbod en het moet gaan om (voor de werknemers die het betreft) substantiële kosten van leegloop. Incidentele of geringe leegloopkosten dient de werkgever voor eigen rekening te nemen. Voor het aannemelijk maken van de structurele werkvermindering voor vaste werknemers is hoofdstuk 7, paragraaf 4b en hoofdstuk 8, paragraaf 1 van overeenkomstige toepassing.**
- 2. Er moeten geen andere mogelijkheden zijn om de fluctuaties in het werkaanbod/de leegloopuren op te vangen. Bijvoorbeeld door flexibilisering van de werktijden, waarbij ook kan worden gedacht aan een jaarurenmodel, waardoor werknemers meer uren werken tijdens pieken en zij dit compenseren bij weinig/minder werk. Als die mogelijkheden er wel zijn, zal er ook geen sprake zijn van substantiële kosten van leegloop. Kortom: “interne flex gaat voor op externe flex”.**
- 3. De werkgever moet aan de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen een aanbod hebben gedaan, dat zij hebben geweigerd, om bij hem werkzaam te blijven, hetzij volgens een aangepast arbeidspatroon (zie onder 2) en als een andere inrichting van de werkzaamheden niet mogelijk is of onvoldoende soelaas biedt, voor het verrichten van resterende piekwerkzaamheden. Dat laatste geldt ook in de situatie dat de werkgever voor reeds bestaande piekwerkzaamheden gebruik maakt van bijvoorbeeld uitzendkrachten. Zij zullen dus moeten wijken voor de werknemers waar geen regulier werk meer voor is.**
- 4. De mate waarin de werkgever zijn bestand van vaste werknemers wil verkleinen moet in verhouding staan tot de structurele fluctuaties in het werkaanbod c.q. de personeelsbehoefte en ten slotte geldt ook hier dat herplaatsing van de betreffende werknemers binnen de onderneming op een andere functie niet mogelijk is.**

Voorbeeld 1

Een bedrijf wordt steeds vaker geconfronteerd met fluctuaties in de vraag naar zijn producten waardoor er niet langer volgens het gebruikelijke arbeidspatroon kan worden gewerkt zonder structurele leegloopkosten. Om die reden vraagt de werkgever een ontslagvergunning aan voor een aantal van zijn werknemers. De werkgever kan echter niet aannemelijk maken dat een andere organisatie van de werkzaamheden geen oplossing zou kunnen bieden voor de kosten van leegloop. De vergunning wordt dan ook geweigerd.

Voorbeeld 2

Een bedrijf wordt al enige tijd geconfronteerd met fluctuaties in de vraag naar zijn producten. De fluctuaties nemen toe waardoor niet langer volgens het gebruikelijke arbeidspatroon kan worden gewerkt zonder structurele leegloopkosten. Voor de pieken in het werkaanbod maakte het bedrijf al gebruik van uitzendkrachten. De werkgever besluit de arbeid zodanig te organiseren dat leegloopkosten kunnen worden voorkomen, maar wil toch een aantal werknemers ontslaan om gebruik te kunnen blijven maken van de uitzendkrachten die al voor hem werken. De voor ontslag voorgedragen werknemers hebben zich echter bereid verklaard het werk in een aangepast arbeidspatroon te willen verrichten. Voor deze werknemers wordt dan ook geen ontslagvergunning verleend omdat er voor hen nog voldoende werk is (waar de werkgever uitzendkrachten voor wilde blijven gebruiken).

Voorbeeld 3

Een bedrijf heeft altijd grotendeels op voorraad geproduceerd en maakt voor pieken in het werkaanbod gebruik van uitzendkrachten. Door een steeds sterker fluctuerende vraag moet het produceren op voorraad structureel met de helft worden teruggebracht. Hierdoor is er niet langer voldoende gegarandeerd werkaanbod voor alle vaste werknemers. Wel is er nog steeds sprake van pieken in de vraag naar producten. De arbeid kan echter niet zodanig worden georganiseerd dat er voor alle vaste werknemers structureel voldoende werkaanbod is. De werkgever heeft dat ook aannemelijk gemaakt. Geen van de overtollig geworden werknemers wil ingaan op het aanbod van de werkgever om volgens een aangepast arbeidspatroon het werk van de uitzendkrachten over te nemen. De werkgever vraagt voor de overtollig geworden werknemers een ontslagvergunning aan die verleend kan worden als er ook geen andere mogelijkheden tot herplaatsing binnen het bedrijf zijn. Voor het opvangen van de incidentele pieken in vraag (en productie) kan hij gebruik blijven maken van de hiervoor genoemde uitzendkrachten.

De vraag doet zich voor hoe voorbeeld 3 moet worden gezien in relatie tot het uitgangspunt bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel, dat een werkgever eerst zijn uitzendkrachten moet verminderen, alvorens

aan het ontslag van zijn eigen werknemers kan worden toegekomen⁴. Zoals ook uit voorbeeld 2 blijkt geldt dit uitgangspunt nog steeds. Dat betekent dat ook in situaties als deze eerst afscheid genomen moet worden van gedetacheerden, ingeleende werknemers van andere vestigingen, uitzendkrachten en werknemers met een tijdelijk dienstverband korter dan 26 weken (uiteraard voor zover werkzaam in uitwisselbare functies) alvorens aan het ontslag van vaste werknemers kan worden toegekomen. Slechts in de specifieke situatie, zoals aangegeven in voorbeeld 3, zou onverkorte toepassing van het uitgangspunt er toe leiden dat de uitzendkrachten eerst moeten verdwijnen om ze vervolgens, na het verlenen van de ontslagvergunning, weer in dienst te nemen. Afwijking van het eerder genoemde uitgangspunt kan dan ook alleen indien de werkgever voor het opvangen van pieken in de productie al gebruik maakt van uitzendkrachten, de arbeid niet (of niet in voldoende mate) anders georganiseerd kan worden om leegloop te voorkomen en de voor ontslag voorgedragen werknemers niet zijn ingegaan op het aanbod van de werkgever om bij hem werkzaam te blijven om deze werkzaamheden te verrichten.

Verder kan de situatie zich voordoen dat een werkgever de gelegenheid te baat wil nemen om bij wijzigingen in het arbeidspatroon en/of de arbeidsomvang, de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers neerwaarts bij te stellen, zonder dat deze wijzigingen als zodanig daartoe aanleiding geven. Als een werknemer om die reden weigert op een aanbod van de werkgever in te gaan, dient een ontslagvergunning te worden geweigerd. In een dergelijke situatie wordt de ontslagprocedure feitelijk misbruikt om te komen tot een neerwaartse bijstelling van arbeidsvoorwaarden zonder dat de te verrichten werkzaamheden daar aanleiding toe geven.

Het komt ook voor dat werkgevers een ontslagvergunning vragen voor werknemers - en voor hen uitzendkrachten in dienst willen nemen - terwijl er feitelijk geen sprake is van verval van arbeidsplaatsen omdat de werkzaamheden naar aard en omvang in het geheel niet wijzigen en er evenmin sprake is van fluctuaties in het werkaanbod. Het mag duidelijk zijn dat dergelijke aanvragen – die slechts bedoeld zijn om vaste werknemers te vervangen door flexibele medewerkers - evenmin kunnen worden gehonoreerd.

⁴ Zie paragraaf 5 van hoofdstuk 10: *Afspiegelingsbeginsel*.