

Concept Uitvoeringsinstructie UWV

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 Verklaring arbeidsrelatie Winst uit onderneming (VAR-Wuo), in fiscale zin als ondernemer kan worden aangemerkt en ingeschreven is bij de Kamer van Koophandel. De werkgever zal hierover duidelijkheid moeten verschaffen. 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 (zie paragraaf 4, onder c, organisatorische veranderingen, reorganisatie).

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

Vaste en flexibele medewerkers

Het komt ook met enige regelmaat voor dat werkgevers ontslaaanvragen indienen voor vaste werknemers met het verzoek hun bestand van flexibele werknemers ongemoeid te mogen laten en soms uit te breiden.²

UWV verstaat onder flexibele medewerkers, zij die op basis van de daadwerkelijke behoefte van het bedrijf kunnen worden ingezet. Geen loon of vergoeding is verschuldigd als er geen werk is. Het gaat dan om bijvoorbeeld oproepkrachten en uitzendkrachten. Door werkgevers worden onder meer als redenen hiervoor aangevoerd dat er onvoldoende permanent werkaanbod is om alle vaste werknemers in dienst te houden en/of dat de kosten zodanig zijn dat niet langer concurrerend kan worden geproduceerd.

In situaties als deze is het uiteraard zo, dat een werkgever eerst een aanbod moet doen aan de werknemers die voor ontslag in aanmerking komen om bij hem werkzaam te blijven, als er werkzaamheden resteren maar de aard, de omvang of het beloningsniveau wijzigen in vergelijking tot de oorspronkelijke werkzaamheden. Als niet uit de stukken blijkt dat een dergelijk aanbod is gedaan en door de werknemer is geweigerd, wordt de vergunningaanvraag geweigerd. Voor de goede orde wordt hierbij opgemerkt, dat als een aanbod door de werknemer is aanvaard, van ontslag geen sprake is en er ook geen ontslagvergunning zal worden gevraagd.

Het hierna volgende gaat dus over de situatie waarin een werkgever meent dat arbeidsplaatsen moeten komen te vervallen, er nog wel werkzaamheden resteren, maar de werknemer niet is ingegaan op een aanbod van de werkgever als hiervoor genoemd.

Bij ontslaaanvragen als hier aan de orde moet, net als bij elke andere ontslaaanvraag om bedrijfseconomische redenen, worden beoordeeld of voor een doelmatige bedrijfsvoering het vervallen van arbeidsplaatsen van vaste werknemers en het behouden of uitbreiden van het aantal flexibele werknemers noodzakelijk is. De werkgever moet dat aannemelijk maken. Vaste werknemers kunnen niet zo maar worden vervangen door flexibele werknemers.³ Het kan en mag niet een doel op zichzelf zijn en evenmin een middel om het normale ondernemersrisico af te wentelen op werknemers. De werkgever dient hier dus zodanig zwaarwegende redenen voor te hebben, dat het belang van de werknemer hiervoor dient te wijken. Bij de beoordeling gelden de volgende criteria.

a. Leegloopuren

Als de werkgever vanwege fluctuaties in het werkaanbod vaste werknemers wil ontslaan en het aantal flexibele krachten wil behouden (of uitbreiden), wordt hiervoor geen vergunning verleend, tenzij:

- de werkgever aannemelijk maakt dat het werkaanbod en daarmee de behoefte aan personeel structureel (dat wil zeggen, tenminste gedurende een periode van een half jaar) zodanig zal gaan fluctueren 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 voor vaste werknemers en het moet gaan om substantiële kosten van leegloop. Incidentele of geringe leegloopkosten dient de werkgever voor eigen rekening te nemen;
- er geen andere mogelijkheden zijn de fluctuaties in het werkaanbod/de leegloopuren op te vangen. Bijvoorbeeld door flexibilisering van de werktijden 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;
- de mate waarin de werkgever zijn bestand van vaste werknemers wil verkleinen en het aantal flexibele werknemers wil handhaven of uitbreiden in verhouding staat tot de structurele fluctuaties in het werkaanbod/de personeelsbehoefte; en
- herplaatsing van de betreffende werknemers binnen de onderneming niet mogelijk is.

² 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.

³ Zie ook het verslag van het VAO Arbeidsmarktbeleid van 19 april 2011 waarin de minister van SZW aangeeft dat dat het laatste is wat hij zou willen en dat het uitgangspunt in deze is "nee, tenzij".

BEDRIJFSECONOMISCHE REDENEN

Voorbeeld

Een bedrijf heeft altijd op voorraad geproduceerd. 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 werknemers. Wel is er sprake van incidentele pieken in de vraag naar producten, maar niet zodanig dat de arbeid zo georganiseerd kan worden dat er voor een ieder voldoende werkaanbod is. De overtollig geworden werknemers wordt een baan op oproepbasis aangeboden die zij weigeren. De werkgever vraagt voor deze 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) neemt hij oproepkrachten in dienst.

b. Noodzakelijke kostenbesparing

Als de werkgever omwille van zijn concurrentiepositie kosten wil besparen door vaste werknemers te ontslaan, maar tegelijkertijd het aantal flexibele werknemers wil behouden (of uitbreiden), wordt hiervoor geen vergunning verleend, tenzij:

- uit de cijfermatige onderbouwing blijkt dat structureel niet concurrerend kan worden geproduceerd;
- het te behalen kostenvoordeel substantieel is en voor het behoud van bedrijvigheid van zodanig belang dat het ontslag van vaste werknemers gerechtvaardigd is;
- het behouden of uitbreiden van het aantal flexibele werknemers noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering;
- er geen mogelijkheden zijn de noodzakelijke kostenbesparing met andere maatregelen te realiseren;
- de werkgever zich tijdig heeft ingespannen om langs andere wegen zijn concurrentiepositie te verbeteren;
- de mate waarin de werkgever zijn bestand van vaste werknemers wil verkleinen in verhouding staat tot de noodzakelijke kostenbesparing; en
- herplaatsing van de betreffende werknemers binnen de onderneming niet mogelijk is.

Voorbeeld

Een stukadoorsbedrijf ziet het aantal orders voor gespecialiseerd stucwerk drastisch teruglopen. De werkgever maakt aannemelijk dat hierdoor over een periode van een half jaar bezien voor 3 van de 5 werknemers die dit werk verrichten, structureel onvoldoende werkaanbod is. Hij wil – omwille van het verbeteren van zijn concurrentiepositie - alle 5 ontslaan en voor de resterende werkzaamheden gebruik maken van uitzendkrachten. Voor 2 werknemers is er echter structureel nog voldoende werk, het te behalen kostenvoordeel is marginaal en ook de situatie waar de onderneming in verkeert is niet zodanig dat ontslag in de rede ligt. Voor deze 2 werknemers wordt dan ook geen vergunning verleend.

De andere 3 werknemers voeren in verweer aan dat de werkgever nog wel voldoende werk heeft voor het grove stucwerk (plafonds, muren) en daarvoor (naast vaste werknemers) structureel gebruik maakt van uitzendkrachten. Zij geven in verweer aan bereid te zijn dat werk te willen verrichten, voor het lagere CAO-loon dat hiervoor staat. De werkgever kan niet aannemelijk maken dat hij voor een doelmatige bedrijfsvoering genoodzaakt is gebruik te maken van uitzendkrachten. Het werk is structureel, het te behalen kostenvoordeel is marginaal en ook hier is de situatie waar de onderneming in verkeert niet zodanig dat het ontslag van de 3 werknemers gerechtvaardigd is. Ook voor deze werknemers wordt een vergunning geweigerd.

c. In relatie tot toepassing van het afspiegelingsbeginsel

De vraag doet zich voor hoe het voorgaande moet worden gezien in relatie tot het uitgangspunt bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel, dat bij het vervallen van arbeidsplaatsen een werkgever eerst (bijvoorbeeld) zijn uitzendkrachten moet verminderen alvorens aan het ontslag van vaste werknemers kan worden toegekomen (zie hoofdstuk 10, paragraaf 5). Hierover het volgende. Onverkorte toepassing van dit uitgangspunt in situaties als deze zou ertoe leiden dat het doel dat door een werkgever wordt beoogd, bijvoorbeeld een meer flexibele inrichting van het personeelsbestand om tegemoet te komen aan sterke fluctuaties in bedrijvigheid, niet wordt bereikt. Dat zou immers betekenen dat hij eerst het gebruik van uitzendkrachten moet afbouwen, terwijl het beoogde doel is minder vast personeel vanwege onvoldoende permanent werkaanbod. Als in bovengenoemde situaties een vergunning kan worden verleend voor vaste werknemers kan dit uitgangspunt bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel dan ook niet onverkort worden gehanteerd.