

Wmo 2015 en Overgang van Onderneming

De bedoeling is dat de Wmo 2015 per 1 januari 2015 in werking treedt. Uit het wetsvoorstel blijkt dat grote waarde wordt gehecht aan de continuïteit van de relatie tussen de client en de hulpverlener. Continuïteit van deze relatie heeft mogelijk tot gevolg dat werknemers van de 'verliezende' zorgaanbieder automatisch in dienst treden bij de 'winnende' zorgaanbieder. Dit doet zich voor als sprake is van overgang van onderneming. In deze factsheet wordt daar nader op ingegaan.

Artikel 2.6.5 Wmo 2015 (wetsvoorstel)

1. De aanbieder aan welke een overheidsopdracht voor het leveren van een voorziening wordt gegund, overlegt met de aanbieder of aanbieders die in opdracht van het college laatstelijk voor hem die voorziening leverden dan wel na hem gaan leveren, over de overname van het betrokken personeel.
2. Het college houdt bij het verlenen van een overheidsopdracht voor het leveren van een maatwerkvoorziening rekening met de mate waarin de aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening tussen degenen aan wie een maatwerkvoorziening wordt verstrekt en de betrokken hulpverleners. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld.
3. Het college ziet erop toe dat:
 - a) het overleg, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt, onverminderd het bepaalde in de artikelen 662 en 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en
 - b) de aanbieder of aanbieders, bedoeld in het eerste lid, zoveel mogelijk inspanning leveren om bij het overleg, bedoeld in het eerste lid, de overname van betrokken personeel en het voortzetten van bestaande relaties tussen hulpverleners en cliënten te bewerkstelligen.

Artikel 5.1 (Ontwerp) Uitvoeringsbesluit Wmo 2015

1. Het college neemt in een overeenkomst met betrekking tot het leveren van maatwerkvoorzieningen op, dat de aanbieder in overleg treedt met de aanbieder of aanbieders die laatstelijk voor hem dan wel na hem in opdracht van het college die maatwerkvoorzieningen hebben verleend dan wel gaan verlenen, over de overname van de betrokken hulpverleners.

Paragraaf 1.4 (Ontwerp) Nota van toelichting op het Uitvoeringsbesluit 2015

'In het licht van vorenstaande worden gemeenten verplicht om bij het verlenen van de opdracht voor het leveren van maatwerkvoorzieningen de aanbieders in ieder geval rekening te laten houden met de mate waarin zij zorg dragen voor de continuïteit van de relatie tussen de cliënt en de hulpverlener. Dit kan bijvoorbeeld door te vragen of de potentiële aanbieders expliciet in hun plannen aangeven op welke wijze zij, daar waar dat mogelijk is, de bestaande relatie tussen cliënt en vertrouwde hulpverlener zullen vormgeven en hoe deze vormgeving bijdraagt aan de doelstellingen van de gemeenten. Gemeenten moeten in hun opdrachtverlening rekening houden met de toelichting die aanbieders hiervoor geven.'

Overgang van onderneming

Van overgang van onderneming kan sprake zijn indien de ene organisatie (een gedeelte) van de andere organisatie overneemt. Door overgang van onderneming treden alle werknemers die op het moment van de overgang bij de overgenomen activiteiten zijn aangesteld met behoud van arbeidsvoorwaarden automatisch in dienst bij de verkrijger.

Bij de beoordeling of sprake is van overgang van onderneming zijn de volgende kernelementen belangrijk:

- Economische eenheid: wat wordt overgedragen moet een economische eenheid zijn, een onderneming. Dit is een erg ruim begrip. Het kan een gehele onderneming zijn, maar ook een vestiging of onderdeel van een onderneming. Belangrijk is dat een onderneming duurzaam georganiseerd is en zich niet beperkt tot de uitvoering van een bepaald werk of opdracht.
- Overeenkomst: de overdracht van de economische eenheid moet op grond van een overeenkomst (of fusie of splitsing) plaatsvinden. Ook het begrip 'overeenkomst' wordt ruim gehanteerd. Het is niet noodzakelijk dat een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger aanwezig is. Zo is bepaald dat bij het verleggen van subsidie voor verslavingszorg van de ene naar de andere stichting sprake is van een overeenkomst omdat de 'winnende' stichting de dossiers van de andere stichting ging gebruiken.
- Identiteitsbehoud: de identiteit van de economische eenheid moet behouden blijven na de overgang. Bij deze beoordeling kunnen de volgende feitelijke omstandigheden een rol spelen: aard van de onderneming, overdracht van klantenkring en personeel, gelijkenis met de verrichte activiteiten, ononderbroken voortzetting van de activiteiten, eventuele overdracht activa enzovoorts. Deze factoren zijn niet limitatief en hebben geen onderlinge rangorde. Wel blijkt uit jurisprudentie dat de nadruk wordt gelegd op (a) arbeidsintensieve en (b) kapitaalsintensieve activiteiten:
 - a) indien arbeidskrachten de belangrijkste factor zijn bij de activiteit, kan een groep werknemers een 'economische eenheid' vormen. Zodra een wezenlijk deel van het personeel (qua aantal en deskundigheid) wordt overgenomen en de identiteit blijft behouden, is sprake van overgang van onderneming.
 - b) indien niet de arbeidskrachten, maar de materiële activa (zoals machines) de activiteiten kenmerken, is sprake van overgang van onderneming als een belangrijk deel van deze activa wordt overgedragen.

Of sprake is van overgang van onderneming wordt uiteindelijk bepaald door de rechter.

Toepassing regels overgang van onderneming op Wmo 2015 situatie

Activiteiten in de zorgsector worden doorgaans als arbeidsintensief beschouwd. De belangrijkste factor bij het verlenen van zorg zijn namelijk de medewerkers die speciaal zijn aangesteld om de zorg te verlenen.

De regels in de Wmo 2015 (en onderliggende regelgeving) verplichten de 'winnende' en 'verliezende' zorgaanbieders om te overleggen over de overname van personeel. Het ontwerp Uitvoeringsbesluit en de (Ontwerp) Nota van toelichting bepalen dat gemeenten verplicht zijn de continuïteit van de zorgrelatie als voorwaarde voor gunning in hun afweging mee te nemen. Uit de (Ontwerp) Nota van toelichting wordt bovendien afgeleid dat van continuïteit van de zorgrelatie sprake is wanneer de cliënt zoveel mogelijk verzorgd blijft worden door dezelfde zorgverlener.

Dit betekent dat de zorgaanbieder die een serieuze kans wil maken om de zorgactiviteiten gegund te krijgen, bereid moet zijn om de hulpverleners, verbonden aan de zorgactiviteiten, in dienst te nemen. Alleen dan lijkt de zorgrelatie volgens de voorgestelde regelgeving immers gecontinueerd te kunnen worden. Daarbij speelt dat de gemeenten verplicht zijn om na de

gunning te controleren in hoeverre de 'winnende' zorgaanbieder uitvoering geeft aan de overlegplicht en dus aan de continuering van de zorgrelatie. Voorts blijkt uit de voorgestelde regelgeving dat sancties onderdeel kunnen uitmaken van de afspraken die tussen de gemeente en de 'winnende' zorgaanbieder worden gemaakt over de continuering van de zorgrelatie.

Indien een 'wezenlijk deel' van het zorgpersoneel van de 'verliezende' zorgaanbieder (aangesteld bij de 'gewonnen' zorgactiviteiten) in dienst treedt bij de 'winnende' zorgorganisatie, dan is sprake van overgang van onderneming. Dit heeft de volgende mogelijke consequenties.

1. Alle werknemers (dus niet slechts werknemers die een dienstverband accepteren) die op het moment van de overgang bij de 'verliezende' zorgaanbieder bij de verloren zorgactiviteiten zijn aangesteld treden automatisch in dienst treden bij de 'winnende' zorgaanbieder.
2. Ook indirecte medewerkers (denk bijvoorbeeld aan teammanagers of aan administratief medewerkers) die zijn aangesteld bij de 'gewonnen' activiteiten, treden dan automatisch bij de 'winnende' zorgaanbieder in dienst. Indirecte medewerkers die niet zijn aangesteld bij de 'gewonnen' activiteiten (maar bijvoorbeeld voor meerdere activiteiten werkzaam zijn) treden in geval van overgang van onderneming niet automatisch bij de 'winnende' zorgaanbieder in dienst.
3. De medewerkers die bij de 'winnende' zorgaanbieder in dienst treden behouden hun arbeidsvoorwaarden. Ook de CAO gaat mee over. Het is dus mogelijk dat de 'winnende' zorgaanbieder vanaf de overgang met meerdere – botsende - cao's wordt geconfronteerd. De mogelijkheden tot het harmoniseren van arbeidsvoorwaarden zijn complex.
4. Door overgang van onderneming wordt de 'winnende' zorgaanbieder dus geconfronteerd met nieuwe medewerkers. Daardoor kan boventaligheid ontstaan met mogelijk gedwongen ontslagen tot gevolg.

Indien geen 'wezenlijk deel' van het zorgpersoneel in dienst treedt bij de 'winnende' zorgaanbieder, dan blijven de werknemers die geen dienstverband bij de 'winnende' zorgaanbieder hebben geaccepteerd, in dienst bij de 'verliezende' zorgaanbieder. Dit betekent dat de 'verliezende' zorgaanbieder zijn organisatie waarschijnlijk moet aanpassen naar het verminderde werkaanbod en dus rekening moet houden met kosten in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten.

Samengevat:

- De Wmo 2015 hecht grote waarde aan de continuïteit van de relatie tussen de cliënt en de hulpverlener en dienen dat expliciet toe te lichten.
- Gemeenten moeten in hun opdrachtverlening rekening houden met de wijze waarop de zorgaanbieder van plan is om de relatie tussen cliënt en hulpverlener te continueren. Continuïteit van de relatie betekent dat hulpverleners van de verliezende zorgaanbieder moet worden verzocht bij de winnende zorgverlener in dienst te treden.
- Als een 'wezenlijk' deel van de hulpverleners een aanbod van de winnende zorgverlener accepteert dan kan sprake zijn van overgang van onderneming waardoor ook de hulpverleners die het aanbod niet hebben aanvaard automatisch in dienst treden bij de winnende zorgverlener.

- Ook indirect personeel kan automatisch bij de winnende zorgverlener in dienst treden als zij zijn aangesteld bij de overgenomen activiteiten.
- Alle arbeidsvoorwaarden gaan in geval van overgang van onderneming mee over, ook de cao die op het moment van de overgang op de arbeidsovereenkomst van toepassing was. Dit kan ertoe leiden dat de winnende zorgaanbieder te maken krijgt met onbekende en -mogelijk- botsende cao's.
- Harmoniseren van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming is complex.
- Uiteindelijk bepaalt de rechter of sprake is van overgang van onderneming.

Opmerkingen:

- Als sprake is van overgang van onderneming dan kunnen partijen zich niet aan de gevolgen onttrekken, ook niet als de werknemer daarmee instemt.
- Als een werknemer uitdrukkelijk weigert mee over te gaan dan zegt hij daardoor de arbeidsovereenkomst op (met mogelijke gevolgen voor zijn WW en wachtgeldaanspraken).
- Het is raadzaam om al voor de start van de tenderprocedure informatie over de werknemers verbonden aan de activiteiten in te winnen. Is het interessant om deel te nemen aan de tenderprocedure als deze werknemers automatisch in dienst treden?

De factsheet 'Wmo 2015 en Overgang van Onderneming' is geschreven door Lexence advocaten & notarissen.

Lexence
advocaten & notarissen

De Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) is de brancheorganisatie die opkomt voor de belangen van aanbieders in de gehandicaptenzorg. De 165 instellingen die bij ons zijn aangesloten, variërend van klein tot groot, bieden zorg en ondersteuning aan mensen met een verstandelijke, lichamelijke en/of zintuiglijke beperking.