

Q&A

Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en overname van personeel



Inleiding

Op 1 januari 2015 is de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 ('Wmo 2015') in werking getreden. Gemeenten zijn rechtstreeks verantwoordelijk geworden voor de zorginkoop. Branchevereniging BTN krijgt regelmatig vragen van haar leden over de positie van het personeel bij een gewonnen of verloren aanbesteding, of in het geval er niet (meer) wordt aanbesteed. BTN heeft de meest gestelde vragen laten beantwoorden.

Deze Q&A is samengesteld door Deloitte Consulting B.V. (hierna: "Deloitte") in opdracht van BTN. Deloitte heeft BTN toestemming te geven deze te publiceren voor haar leden onder de voorwaarde dat de volgende waarschuwingen daarbij uitdrukkelijk worden opgenomen:

1. De opdracht van BTN aan Deloitte had betrekking op het opstellen van een algemene Q&A naar aanleiding van de invoering van nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van maatschappelijke ondersteuning. Deloitte heeft met inachtneming van gesprekken met BTN een aantal vragen en antwoorden opgesteld voor situaties die mogelijk van toepassing zijn voor de leden van BTN. Het is de verantwoordelijkheid van de leden van BTN zelf om in het licht van de hen bekende omstandigheden te beslissen of zij maatregelen wensen te nemen naar aanleiding van de invoering van de hiervoor genoemde wet- en regelgeving. Wellicht kan de Q&A de leden een of meer aandachtspunten aanreiken, maar deze Q&A kan geen vervanging bieden voor op maat verstrekt (juridisch, organisatorisch, administratief of financieel) advies aan de leden van BTN en Deloitte raadt ieder lid van BTN aan professioneel advies in te winnen over de mogelijke gevolgen van de invoering van de hiervoor genoemde wet- en regelgeving.
2. Door het verstrekken van toestemming aan BTN om de Q&A te verspreiden onder haar leden ontstaat geen advies- of cliëntrelatie tussen Deloitte en de leden van BTN. Deloitte aanvaardt geen zorgplicht, verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid jegens een van de leden van BTN in verband met de Q&A.
3. Nieuwe wetgeving is per definitie vatbaar voor interpretatie en deze geschiedt met verloop van tijd onder meer door rechtspraak en, indien van toepassing, nadere regelgeving en beleidsvorming door overheden en toezichthouders. Deloitte heeft daar geen rekening mee gehouden bij het opstellen van de Q&A.
4. De Q&A is gebaseerd op de (juridische) stand van zaken ten tijde van opstelling van de Q&A.
5. Indien de leden van BTN vertrouwen op de Q&A doen zij dat geheel voor eigen rekening en risico.
6. Het is niet toegestaan de Q&A verder te verspreiden buiten de kring van BTN en haar leden.

Algemene vragen

Wat staat er in de wet en het uitvoeringsbesluit?

Artikel 2.6.5 Wmo 2015:

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 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 in opdracht van het college laatstelijk voor hem dan wel na hem die maatwerkvoorzieningen hebben verleend dan wel gaan verlenen, over de overname van de betrokken hulpverleners.
2. Het college verleent een opdracht voor het leveren van maatwerkvoorzieningen ten minste drie maanden voor de ingangsdatum van die opdracht.

Waartoe verplichten deze artikelen zorgaanbieders?

De Wmo 2015 bevat een overlegplicht. De winnende (nieuwe) zorgaanbieder moet in overleg treden met de aanbieder(s) die laatstelijk de voorzieningen leverde(n), over de overname van het betrokken personeel. Bij gunning van een opdracht moet de gemeente rekening houden met de mate waarin een aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening tussen cliënten en hulpverleners. Van continuïteit is sprake als een cliënt zoveel mogelijk verzorgd wordt door dezelfde hulpverlener. Gemeenten kunnen bijvoorbeeld aan potentiële aanbieders verzoeken expliciet in hun plannen aan te geven op welke wijze zij, daar waar dat mogelijk is, de relatie tussen cliënt en vertrouwde hulpverlener zullen vormgeven en hoe deze vormgeving bijdraagt aan de doelstellingen van de gemeente. Dat betekent dat zorgaanbieders om een kans te maken een opdracht gegund te krijgen, bereid moeten zijn om het personeel dat aangesteld is bij de zorgactiviteit in dienst te nemen.

Wat zijn de (mogelijke) consequenties als niet aan de overlegplicht voldaan wordt?

Aan gemeenten is opgedragen om in de overeenkomst met de nieuwe zorgaanbieder de overlegplicht op te nemen. Daarmee wordt het naleven van deze voorwaarde ook een contractuele verplichting, zodat de gemeente aan het niet naleven daarvan (indien noodzakelijk) consequenties kan verbinden en de aanbieder hierop rechtstreeks kan aanspreken. Welke sancties gemeenten exact kunnen opleggen is niet nader uitgewerkt. Mogelijke sancties kunnen deel uitmaken van de afspraken in de overeenkomst.

Wat is 'overgang van onderneming'?

Overgang van onderneming is een arbeidsrechtelijk begrip. Van overgang van onderneming kan sprake zijn indien een organisatie (een deel van) een andere organisatie overneemt. De werknemers gaan dan van rechtswege mee over. De regeling beschermt werknemers tegen ontslag en tegen wijziging van hun arbeidsvoorwaarden. Overgang van onderneming is niet contractueel uit te sluiten. Of (uiteindelijk) sprake is van overgang van onderneming is aan de rechter. Partijen zullen echter zelf (vooraf) moeten nagaan of aan de voorwaarden van overgang van onderneming is voldaan, zodat zij daarnaar kunnen handelen. Het is raadzaam hierbij juridisch advies in te winnen.

Wanneer is sprake van overgang van onderneming?

Van overgang van onderneming kan sprake zijn indien een organisatie (een deel van) een andere organisatie overneemt. Het kan zich ook voordoen bij aanbesteding, waarbij een nieuwe partij (ongeveer) dezelfde dienst gaat leveren als zijn voorganger(s). In de wet staat dat er sprake moet zijn van een overeenkomst (of fusie of splitsing) op basis waarvan een economische eenheid, die haar identiteit behoudt, overgaat. Om te kunnen beoordelen of een situatie als overgang van onderneming kwalificeert, moet een aantal vereisten worden getoetst:

- Economische eenheid: hetgeen wordt overgedragen moet een economische eenheid zijn, een onderneming. Dit is een ruim begrip. Het kan gaan om een gehele onderneming, maar ook om een onderdeel daarvan. Belangrijk is dat een onderneming duurzaam georganiseerd is.
- Overeenkomst: de overdracht van de economische eenheid moet op grond van een overeenkomst (of fusie of splitsing) plaatsvinden. Ook dit is een ruim begrip. Er hoeft geen sprake te zijn van een schriftelijke overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger. Ook de feitelijke gang van zaken kan tot de conclusie leiden dat er wilsovereenstemming bestaat over de overgang van een onderneming.
- Behoud van identiteit: de identiteit van de economische eenheid moet behouden blijven na de overgang. Hiervan is sprake als de exploitatie in feite wordt voortgezet. Om het behoud van identiteit vast te stellen, kunnen de volgende feitelijke omstandigheden een rol spelen: aard van de onderneming, het al dan niet overnemen van personeel en klantenkring (of cliëntenkring), het karakter van de activiteiten voor en na de overdracht, een eventuele onderbreking van de activiteiten en eventuele overdracht van activa. Er wordt nadruk gelegd op de aard van de activiteiten van de onderneming. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeidsintensieve en kapitaalsintensieve activiteiten. Activiteiten in de zorgsector krijgen vaak het stempel 'arbeidsintensief', omdat arbeidskrachten de belangrijkste factor zijn bij de (zorg)activiteit. In dat geval 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.

Als op grond van de Wmo 2015 - na overleg tussen zorgaanbieders - een wezenlijk deel van de werknemers het aanbod tot indiensttreding bij de winnende zorgaanbieder accepteert, dan kan snel sprake zijn van overgang van onderneming. Dat betekent dat alle werknemers behorende bij de 'economische eenheid' die is overgedragen - dus ook de werknemers die het aanbod in eerste instantie wellicht hebben afgeslagen - automatisch in dienst treden bij de winnende zorgaanbieder.

De bepalingen uit de wet met betrekking tot overgang van onderneming zijn bij faillissement niet van toepassing.

Wat zijn de gevolgen van overgang van onderneming?

Toegesplitst op de zorg: door overgang van onderneming treden de werknemers die op het moment van de overgang bij de 'verloren' zorgactiviteiten zijn aangesteld van rechtswege en met behoud van arbeidsvoorwaarden in dienst bij de winnende zorgaanbieder. Dat gaat dus automatisch. Zij hoeven niet te solliciteren. Het gaat niet alleen om de werknemers die direct zijn betrokken bij de zorgactiviteit, maar ook om de indirect bij de zorgactiviteit betrokken werknemers, zolang zij deel uitmaken van de overgedragen economische eenheid. Denk daarbij bijvoorbeeld aan werknemers in een administratieve functie. De werknemers in dienst van de verliezende aanbieder die niet zijn aangesteld bij de verloren zorgactiviteit, gaan niet over naar de winnende aanbieder. De arbeidsvoorwaarden van de werknemers die overgaan - zowel op grond van de individuele arbeidsovereenkomst als de cao - blijven ongewijzigd. Dat kan betekenen dat de arbeidsvoorwaarden van nieuwe werknemers en de reeds zittende werknemers van elkaar verschillen en er dus verschillende arbeidsvoorwaardenregimes door een zorgaanbieder moeten

worden toegepast. Door algemeen verbindend verklaring van de cao VVT 2014-2016 is de kans daarop verkleind.

Kan een werknemer overgang naar de winnende partij weigeren?

In het geval van overgang van onderneming

Een werknemer gaat in beginsel van rechtswege over. Weigert een werknemer mee over te gaan, dan eindigt zijn arbeidsovereenkomst op het moment van overgang van onderneming. De werknemer moet dan wel heel duidelijk hebben laten blijken dat hij afstand doet van zijn recht om bij de winnende partij in dienst te treden. Hij moet zich bewust zijn van de gevolgen van zijn beslissing. Zijn weigering kan nadelige gevolgen hebben voor een eventuele WW-uitkering, het UWV kan namelijk oordelen dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden.

Indien geen sprake is van overgang van onderneming

Indien geen sprake is van overgang van onderneming en de winnende partij doet een aanbod tot indiensttreding - na overleg op grond van de Wmo 2015 - dan mag een werknemer dat aanbod afslaan. De werknemer blijft in dienst bij zijn huidige werkgever. Het is de vraag of zijn werkgever nog werkzaamheden voor hem heeft of dat deze uiteindelijk genoodzaakt zal zijn aan te sturen op ontslag.

Wat zegt de cao VVT 2014-2016?

Naast de overlegplicht in de Wmo 2015 (en onverminderd een mogelijke overgang van onderneming) kunnen ook uit de cao verplichtingen voortvloeien. Zo staat in de cao VVT 2014-2016 in artikel 12.3 een specifieke verplichting voor de winnende zorgaanbieder ten aanzien van werknemers werkzaam als hulp bij het huishouden. Bij het in dienst nemen van een werknemer werkzaam als uitvoerend hulp bij het huishouden in het kader van wisselingen in de contractering als gevolg van de Wmo 2015, is de zorgaanbieder verplicht de arbeidsvoorwaarden, waaronder salaris en dienstjaren, toe te kennen die laatstelijk van toepassing waren op de werknemer bij de oude werkgever. Met ingang van 3 maart 2015 is dit cao-artikel algemeen verbindend verklaard.

Zie ook het protocol van de cao (onder III) voor de overwegingen van cao-partijen met betrekking tot de hulp bij het huishouden.

Vragen van de winnende partij

Wat moet u als winnende partij doen in geval van overgang van onderneming?

Werknemers aangesteld bij de over te dragen zorgactiviteit treden van rechtswege bij u in dienst. U treedt in overleg met uw voorganger om vast te stellen om welke werknemers het precies gaat. De over te nemen werknemers hebben recht op behoud van (al) hun arbeidsvoorwaarden na indiensttreding. Het is zorgvuldig de werknemers schriftelijk te informeren over hun indiensttreding en hun arbeidsvoorwaarden te bevestigen.

Hoe lang moet u als winnende partij de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers na overgang van onderneming respecteren?

In beginsel moet u deze arbeidsvoorwaarden blijvend respecteren. De in een cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden moet u in dezelfde mate handhaven als uw voorganger, van wie u de werknemers heeft overgenomen. Deze handhavingsplicht geldt tot het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast. Ten aanzien van arbeidsvoorwaarden neergelegd in een bij uw voorganger algemeen verbindend verklaarde cao(-bepaling), geldt dat deze na overgang van een onderneming tussen u en de overgegangene werknemers blijven gelden, tot het moment dat de oude cao dan wel de termijn van algemeenverbindendverklaring afloopt of u zelf na de overgang gebonden wordt aan een cao of aan algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen.

Wat moet u als winnende partij doen als geen sprake is van overgang van onderneming?

Op grond van de Wmo 2015 treedt u in overleg met uw voorganger over de overname van personeel. Ga na of de cao nog aanvullende verplichtingen bevat in het kader van overname van personeel (zie bijvoorbeeld de 'Thuiszorgbepaling' in artikel 3.2 lid 5 cao VVT). U doet de betrokken werknemers conform de uitslag van het overleg en conform de verplichtingen die op grond van de cao op u rusten een aanbod tot indiensttreding. Als u werknemers werkzaam als hulp bij het huishouden een aanbod tot indiensttreding doet, bent u op grond van de cao VVT gehouden dezelfde arbeidsvoorwaarden, waaronder het salaris en de anciënniteit, toe te passen die laatstelijk van toepassing waren op de werknemers bij uw voorganger. In beginsel (en behoudens eventueel van toepassing zijnde cao-bepalingen en verplichtingen in de overeenkomst met de gemeente) kunt u aan de overige werknemers die eventueel bij u in dienst treden, de bij u geldende arbeidsvoorwaarden aanbieden. Indien echter dezelfde cao van toepassing is - en die kans is door avv-verklaring van de cao VVT aanzienlijk - wijken deze arbeidsvoorwaarden waarschijnlijk nauwelijks af van de arbeidsvoorwaarden die deze werknemers hadden. De werknemers die het aanbod accepteren bevestigt u hun indiensttreding en de geldende arbeidsvoorwaarden. Bedenk dat het overnemen van een wezenlijk deel van het personeel ertoe kan leiden dat (alsnog) sprake is van overgang van onderneming. Het is raadzaam hierover juridisch advies in te winnen.

U heeft als winnende partij voldoende personeel. Mag u om die reden (een deel van) het nieuwe personeel weigeren?

Als sprake is van overgang van onderneming niet. Als daar geen sprake van is, mag dat waarschijnlijk ook niet, maar dan hangt het af van de afspraken die in de overeenkomst met de gemeente zijn vastgelegd. Strikt genomen bevat de Wmo 2015 een overlegplicht en een inspanningsplicht, geen overnameplicht. De Wmo 2015 beoogt echter de continuïteit in de hulpverlening tussen cliënten en hulpverleners te waarborgen. Dat kan alleen als de werknemers bij u in dienst treden. Er is discussie mogelijk over de vraag welke werknemers precies worden overgenomen.

Vragen van de verliezende partij

Wat moet u als verliezende partij doen in geval van overgang van onderneming?

Werknemers aangesteld bij de over te dragen zorgactiviteit komen van rechtswege bij de nieuwe zorgaanbieder in dienst. Zij treden bij u uit dienst per de datum van overgang. U treedt in overleg met de nieuwe zorgaanbieder om vast te stellen om welke werknemers het precies gaat. U informeert uw werknemers (in ieder geval) schriftelijk over hun rechtspositie.

Goed om te weten: u blijft nog één jaar na de datum van overgang aansprakelijk voor nakoming van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft de keuze om voor verplichtingen die dateren van vóór de overgang u of zijn nieuwe werkgever aan te spreken.

Wat moet u als verliezende partij doen als geen sprake is van overgang van onderneming?

Op grond van de Wmo 2015 treedt u in overleg met uw voorganger over de overname van (een deel van) het personeel. De betrokken werknemers krijgen van de winnende zorgaanbieder een aanbod tot indiensttreding dat zij mogen accepteren of weigeren. Weigeren zij, dan blijven zij bij u in dienst.

Wat kunt u als verliezende partij doen met een overschot aan personeel?

Het kan voorkomen dat u door het verliezen van een aanbesteding geen werk meer heeft voor een deel van uw werknemers. Ontslag is dan een mogelijkheid. Ook de cao VVT (artikel 12.2 lid 1) geeft aan dat reorganisatie, vermindering of beëindiging van werkzaamheden als direct gevolg van een aanbesteding in het kader van de Wmo 2015, kan leiden tot ontslag. Het volgende is daarbij van belang.

Cao

Op grond van de cao VVT 2014-2016 bent u verplicht een afvloeiings- en/of reorganisatieplan op te stellen bij een voorgenomen ontslag van in totaal 20 of meer werknemers op één of meer binnen het tijdsverloop van de totale reorganisatie gelegen tijdstippen. U voert tijdig overleg met de OR en met de werknemersorganisaties die partij zijn bij de cao. U gaat na of u melding moet doen van collectief ontslag bij het UWV en de vakbonden in het kader van de Wet Melding Collectief Ontslag. Vervolgens stelt u het afvloeiings- en/of reorganisatieplan definitief vast en brengt u dit ter kennis van de OR en de werknemersorganisaties. Na beëindiging van de arbeidsovereenkomsten ontvangt de OR van u het nieuwe organisatieschema.

Ontslagrecht

Per 1 juli 2015 wijzigt het ontslagrecht. Tot die tijd zijn er drie manieren om een arbeidsovereenkomst te beëindigen: via het UWV, de kantonrechter of met wederzijds goedvinden. Per 1 juli 2015 vervalt de mogelijkheid om ontbinding van de arbeidsovereenkomst te vragen bij de kantonrechter bij een bedrijfseconomische reden. U kunt voor uw werknemers een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV of u kunt ervoor kiezen de arbeidsovereenkomsten te beëindigen met wederzijds goedvinden, middels een vaststellingsovereenkomst. Het UWV toetst uw ontslagaanvraag aan het Ontslagbesluit en aan de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Na toestemming van het UWV kunt u de arbeidsovereenkomsten opzeggen. U mag daarbij de proceduretijd bij het UWV in mindering brengen op de geldende opzegtermijn, mits er één maand overblijft.

Transitievergoeding en wachtgeld

Per 1 juli 2015 hebben werknemers die 2 jaar of langer in dienst zijn geweest bij ontslag op initiatief van de werkgever recht op een transitievergoeding. De vergoeding wordt per dienstjaar opgebouwd. De regel is: 1/3 maandsalaris voor de eerste 10 dienstjaren en 1/2 maandsalaris voor de jaren daarna. Er geldt overgangsrecht voor 50-plussers. De vergoeding mag maximaal € 75.000 bedragen of een jaarsalaris als

dat hoger is. Afgesproken is dat de partijen bij de cao VVT 2014-2016 vóór 1 mei 2015 overleggen en zo mogelijk in de cao vastleggen, dat de transitievergoeding niet cumuleert met de wachtgeldregeling op grond van de cao.

Deloitte refers to one or more of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, a UK private company limited by guarantee ("DTTL"), its network of member firms, and their related entities. DTTL and each of its member firms are legally separate and independent entities. DTTL (also referred to as "Deloitte Global") does not provide services to clients. Please see www.deloitte.nl/about for a more detailed description of DTTL and its member firms.

Deloitte provides audit, consulting, financial advisory, risk management, tax and related services to public and private clients spanning multiple industries. With a globally connected network of member firms in more than 150 countries and territories, Deloitte brings world-class capabilities and high-quality service to clients, delivering the insights they need to address their most complex business challenges. Deloitte's more than 210,000 professionals are committed to becoming the standard of excellence.

This communication contains general information only, and none of Deloitte Touche Tohmatsu Limited, its member firms, or their related entities (collectively, the "Deloitte network") is, by means of this communication, rendering professional advice or services. No entity in the Deloitte network shall be responsible for any loss whatsoever sustained by any person who relies on this communication.