

JURIDISCHE (ON)MOGELIJKHEDEN ROND HOOFD- EN ONDERAANNEMERSCHAP IN HET SOCIAAL DOMEIN

Inhoud

DE VRAAG.....	2
HET ANTWOORD	2
1. WELKE VERANTWOORDELIJKHEDEN HEEFT DE GEMEENTE BIJ DE BEËINDIGING VAN DE OVEREENKOMST MET DE HOOFDAANNEMER?	2
2. GEVOLGEN HOOFD- EN ONDERAANNEMERSCHAP VOOR DE VERANTWOORDELIJKHEDEN VAN GEMEENTE	4
3. VERANTWOORDELIJKHEDEN GEMEENTE BIJ EEN VOORTIJDIGE AFLOOP VAN DE OVEREENKOMST.....	4
4. CONTRACTUELE AFSPRAKEN MET DE HOOFDAANNEMER OVER ZORGCONTINUÏTEIT	5
5. WELKE VERANTWOORDELIJKHEDEN HEEFT DE HOOFDAANNEMER VOOR DE ZORGCONTINUÏTEIT NA BEËINDIGING VAN DE (RAAM)OVEREENKOMST MET DE GEMEENTE?	6
6. WELKE VERANTWOORDELIJKHEDEN HEEFT DE ONDERAANNEMER VOOR DE ZORGCONTINUÏTEIT NA BEËINDIGING VAN DE (RAAM)OVEREENKOMST VAN DE HOOFDAANNEMER MET DE GEMEENTE?	6
7. WAT ZIJN DE VERANTWOORDELIJKHEDEN VAN EEN NIEUWE AANBIEDER AAN WIE DE GEMEENTE DE OPDRACHT GUNT NA BEËINDIGING VAN DE OVEREENKOMST MET DE (OUDE) HOOFDAANNEMER?	7
8. WANNEER KAN EEN NIEUWE AANBIEDER VERPLICHT ZIJN OM PERSONEEL VAN DE HOOFD- EN/OF ONDERAANNEMER OVER TE NEMEN?.....	7
9. WELKE VERANTWOORDELIJKHEDEN HEBBEN DE GEMEENTE EN DE HOOFDAANNEMER BIJ BEËINDIGING VAN DE OVEREENKOMST MET DE ONDERAANNEMER?.....	9
COLOFON	11

De werkgroep Hoofd- en onderaannemerschap van het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein wil gemeenten en (zorg)aanbieders helpen een weloverwogen keuze te maken met betrekking tot hoofd- en onderaannemerschap. Een handreiking waarin de juridische (on)mogelijkheden over hoofd- en onderaannemerschap in de Jeugdwet en Wmo 2015 worden behandeld, is één van de producten die de werkgroep hiervoor laat ontwikkelen. Pels Rijcken heeft de opdracht gekregen om een aantal veel voorkomende juridische vragen te beantwoorden en te verwerken in deze handreiking. Om de informatie zo snel mogelijk beschikbaar te stellen, is ervoor gekozen om de vragen en antwoorden direct te publiceren. Dit is de eerste vraag in de reeks. Wanneer alle vragen zijn beantwoord, worden ze samengevoegd tot één handreiking. U vindt de vragen en antwoorden op www.inkoop sociaal domein.nl onder Hoofdaannemerschap en Praktijkvragen.

De vraag

“Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer)¹ is waar verantwoordelijk voor wat betreft zorgcontinuïteit bij de afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en hoofdaannemer of hoofd- en onderaannemer²?

Het antwoord

1. Welke verantwoordelijkheden heeft de gemeente bij de beëindiging van de overeenkomst met de hoofdaannemer?

Gemeenten zijn in het kader van de Jeugdwet en de Wmo 2015 verantwoordelijk voor de continuïteit van de jeugdhulp, kinderschermingsmaatregelen, jeugdreclassering en maatschappelijke ondersteuning (hierna: zorg). Het begrip ‘zorgcontinuïteit’ is niet gedefinieerd in de wet. Hierna wordt het huidige³ wettelijke en regelgevende kader kort uiteengezet.

Bij de afloop van een overeenkomst tussen de gemeente en de hoofdaannemer hebben gemeenten de volgende verplichtingen. Enerzijds moet de gemeente borgen dat - ondanks de afloop van een overeenkomst met een hoofdaannemer - de zorg zoveel als mogelijk ononderbroken wordt voortgezet. Dit betekent dat gemeenten tijdig moeten starten met hun inkoopprocedures.

¹ De hoofdaannemer is de aanbieder die van de gemeente de opdracht heeft gekregen om jeugdhulp te verlenen of maatwerkvoorzieningen te verstrekken en daartoe een overeenkomst heeft gesloten met de gemeente. De hoofdaannemer heeft een derde partij ingeschakeld om een deel van deze opdracht uit te voeren. Dit gebeurt meestal op grond van een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 BW. In dat geval kwalificeert juridisch gezien de aanbieder van zorg in de zin van de Wmo 2015 en de Jeugdwet die door de gemeente wordt ingeschakeld in relatie tot die derde partij als de ‘opdrachtgever’. De aanbieder die door de opdrachtgever wordt ingeschakeld kwalificeert als de ‘opdrachtnemer’. In het veld worden deze partijen aangeduid als ‘hoofdaannemer’ respectievelijk ‘onderaannemer’. In deze handreiking wordt bij deze begrippen aangesloten. Echter, er is geen sprake van een overeenkomst tot aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW.

² Een onderaannemer kan een zorgaanbieder zijn of een uitzendorganisatie of een payroll-organisatie. In deze handreiking wordt ervan uitgegaan dat de onderaannemer een aanbieder van jeugdhulp of maatschappelijke ondersteuning is en geen uitzendorganisatie of een payroll-organisatie is.

³ In het wetsvoorstel Maatschappelijk verantwoord inkopen Jeugdwet en Wmo 2015 (*Kamerstukken II, 2020/21, 33 816, nr. 2*) wordt voorzien in een opdracht aan gemeenten om ook bij verordening regels te stellen ter waarborging van de continuïteit van zorg. Het wetsvoorstel voorziet in een delegatiebepaling in zowel de Jeugdwet als de Wmo 2015 om hier zo nodig regels over te stellen. Daarbij wordt gedacht aan regels ten aanzien van een tijdige start en afronding van contractering; het sluiten van meerjarige contracten en het binnen inkoopcontracten maken van afspraken over de zorgcontinuïteit na afloop van een contract. Dit sluit aan bij hetgeen gemeenten hebben afgesproken in de Norm voor Opdrachtgeverschap, te raadplegen via: https://vng.nl/sites/default/files/2020-06/5_resolutie_norm_voor_opdrachtgeverschap.pdf

Dit vergt een zorgvuldige voorbereiding, zodat de levering van zorg op basis van een nieuwe overeenkomst aanvangt op het moment dat de bestaande overeenkomst afloopt. In artikel 5.1, lid 2 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is daarom geregeld dat de inkoopcontracten voor maatwerkvoorzieningen ten minste drie maanden voor de ingangsdatum daarvan dienen te zijn afgesloten. De Jeugdwet kent niet een vergelijkbare verplichting. Echter, gemeenten hebben in het kader van de Norm voor Opdrachtgeverschap met elkaar afgesproken dat ze inzetten op tijdige start en afronding van contractering.⁴

Daarnaast dienen colleges bij het verlenen van de opdracht voor het leveren van zorg in ieder geval rekening te houden met de mate waarin de nieuw te contracteren aanbieders zorg dragen voor de continuïteit van de relatie tussen de cliënt en de hulpverlener. Dit volgt uit artikel 2.6.5 lid 2 Wmo 2015.⁵ Een dergelijke verplichting is niet expliciet opgenomen in de Jeugdwet. In de Norm voor opdrachtgeverschap hebben gemeenten ten aanzien van (onder meer) jeugdhulp afgesproken dat binnen inkoopcontracten afspraken worden gemaakt over de continuïteit van zorg voor cliënten na afloop van een contract.⁶

De wet- en regelgeving schrijft – naast bovengenoemde verplichtingen – verder apart voor dat de gemeente erop toe ziet dat tussen de ‘nieuwe’ aanbieder aan wie de opdracht wordt gegund en zijn voorganger (de ‘oude’ hoofdaannemer) overleg plaatsvindt over (a) de overname van het personeel en (b) het zoveel mogelijk voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties.⁷ In artikel 5.1 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is bepaald dat het college daartoe in de overeenkomst met de nieuwe aanbieder de verplichting opneemt om in overleg te treden met zijn voorganger over de overname van de betrokken hulpverleners. Daarmee wordt het naleven van deze conditie ook een contractuele verplichting voor aanbieders, zodat de gemeente aan het niet naleven daarvan (indien noodzakelijk) consequenties kan verbinden.

De gemeente kan niet afdwingen dat de ‘nieuwe’ aanbieder het personeel van de hoofd- en/of onderaannemer daadwerkelijk overneemt. Het college moet erop toezien dat de (nieuwe) aanbieder zich zoveel mogelijk inspant om de overname van het personeel en het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties te bewerkstelligen.⁸ Dat is, aldus de wetgever, weliswaar geen garantie dat overeenstemming wordt bereikt over de overgang van medewerkers, maar het overleg zal uiteraard wel open en zorgvuldig moeten worden gevoerd.⁹ De verplichting tot overname van personeel van de hoofd- en/of onderaannemer kan echter bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao’s. Ook kan dit volgen uit de regels over overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Dit wordt hierna toegelicht bij ‘Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?’.

Overigens kan de gemeente niet altijd voorkomen dat na de overname van het personeel door de ‘nieuwe’ aanbieder de hulpverleningsrelaties toch niet worden voortgezet indien de ‘nieuwe’ aanbieder daarvoor goede redenen heeft. Dit neemt echter niet weg dat volgens de wet de gemeente erop moet toezien dat een gesprek tussen een oude en nieuwe hoofdaannemer plaatsvindt over de overname van het personeel en het voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties.

⁴ Zie voetnoot 3.

⁵ Zie Stb. 2014, 420, p. 21 e.v.

⁶ Zie voetnoot 3. In de [Handreiking: Aanbesteden Wmo 2015 en Jeugdwet](#) van Expertise Centrum Aanbesteden PIANOo worden voorts suggesties gedaan waarmee de zorgcontinuïteit in bij de vormgeving van een inkooptraject/aanbesteding kan worden geborgd.

⁷ Zie artikel 2.13, lid 1 Jw en artikel 2.6.5, lid 3 Wmo 2015.

⁸ Artikel 2.13 lid 1 onder b van de Jeugdwet en artikel 2.6.5, lid 3 sub b Wmo 2015.

⁹ Memorie van toelichting: *Kamerstukken II 2012/13, 33 684, nr. 3, toelichting artikel 2.10 (uiteindelijk artikel 2.13) Jw.*

Anderzijds laat de verplichting voor gemeenten om erop toe te zien dat overleg plaatsvindt tussen de 'oude' en nieuwe hoofdaannemer onverlet dat gemeenten ook op andere wijze kunnen bewerkstelligen dat bij de afloop van een overeenkomst met de 'oude' hoofdaannemer hulpverleningsrelaties zoveel als mogelijk worden voortgezet zonder dat personeel door de 'nieuwe' hoofdaannemer wordt overgenomen. De gemeente zou bijvoorbeeld het contract met een oude hoofdaannemer kunnen laten doorlopen uitsluitend voor bestaande cliënten. In dat geval loopt het contract met de oude hoofdaannemer strikt genomen dus nog niet (volledig) af.

2. Gevolgen hoofd- en onderaannemerschap voor de verantwoordelijkheden van gemeente

Als een contract afloopt tussen de gemeente en een ('oude') hoofdaannemer die gebruik heeft gemaakt van een onderaannemer, dan brengt het hiervoor beschreven wettelijke kader het volgende met zich mee.

Ten eerste kan de gemeente bij het verlenen van een nieuwe opdracht rekening houden met de mate waarin niet alleen de continuïteit van de zorg door de 'oude' hoofdaannemer wordt geborgd, maar ook de zorg door de onderaannemer.

Ten tweede is voorstelbaar dat de gemeente zich inspant dat een 'nieuwe' aanbieder niet alleen in overleg treedt met de 'oude' hoofdaannemer, maar ook met diens onderaannemer. De wet noemt deze verplichting niet expliciet. Daarom zou mogelijk deze verplichting kunnen worden meegenomen in de aanbesteding /het inkooptraject en de te sluiten overeenkomst, waarbij als aandachtspunt geldt dat deze verplichting wel proportioneel moet zijn.¹⁰

Na de afloop van een overeenkomst met de hoofdaannemer dient de gemeente bij het verlenen van een nieuwe overheidsopdracht aan een 'nieuwe' aanbieder rekening te houden met de mate waarin de nieuwe aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening (artikel 2.6.5, lid 2 Wmo 2015). Het college dient erop toe te zien dat tussen de 'nieuwe' aanbieder aan wie de opdracht wordt gegund en zijn voorganger (de 'oude' hoofdaannemer) en eventueel de onderaannemer overleg plaatsvindt over de overname van het betrokken personeel en het zoveel mogelijk voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties (artikel 2.6.5, lid 3 Wmo 2015 en artikel 2.13 lid 1 Jw). De gemeente kan niet afdwingen dat de 'nieuwe' aanbieder het personeel van de hoofd- en/of onderaannemer overneemt.

3. Verantwoordelijkheden gemeente bij een voortijdige afloop van de overeenkomst

In de situatie dat een overeenkomst met een hoofdaannemer voortijdig afloopt, dus voor de afloop van de contractperiode (bijvoorbeeld vanwege een faillissement van de aanbieder), is het in het kader van de zorgcontinuïteit nodig dat de gemeente een partij of partijen vindt die de dienstverlening van hoofdaannemer en mogelijk ook onderaannemer overneemt resp. overnemen.¹¹ In die situatie geldt het voorgaande onverkort.

¹⁰ Zie ook het antwoord op vraag 1D 'Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor wat betreft de kwaliteit van de geleverde hulp?' waarin wordt toegelicht dat de maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp op de niveaus van de wet; de verordeningen en de overeenkomsten kan worden geregeld. Nu de verplichting om in overleg te treden met een onderaannemer niet voortvloeit uit de wet (of de verordening), zou de gemeente een dergelijke verplichting eventueel op het niveau van de overeenkomst moeten regelen.

¹¹ Zie over de gevolgen van het faillissement van een hoofd- of onderaannemer het hoofdstuk 'Wie (gemeente, hoofdaannemer, onderaannemer) is waar verantwoordelijk voor in het geval van faillissement van de hoofd en/of onderaannemer?' in deze handreiking. Zie ook de 'Handreiking continuïteit ondersteuning/HH bij faillissement aanbieder' en de 'Handreiking continuïteit van jeugdhulp bij faillissement jeugdhulpaanbieder', beide te vinden op <https://vng.nl/publicaties/handreiking-zorgcontinuïteit-bij-faillissement-aanbieder>. In die handreikingen wordt voorzien in een stappenplan dat de gemeente kan volgen om direct na een faillissement van een gecontracteerde aanbieder voldoende capaciteit vrij te maken om snel en besluitvormend te kunnen handelen. Ook over de wijze waarop een nieuwe partij kan worden ingeschakeld om de zorg voort te zetten, bevat de VNG Handreikingen enige informatie. Echter, gemeenten worden aangeraden op dat punt specialistisch juridisch advies in te winnen.

Echter, ook is voorstelbaar dat de gemeente beziet of zij rechtstreeks een overeenkomst kan aangaan met de onderaannemer (die als gevolg daarvan hoofdaannemer wordt) om de zorg die door de onderaannemer - en mogelijk ook de hoofdaannemer - werd verleend voort te zetten, één en ander met inachtneming van de aanbestedingsregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat andere reeds gecontracteerde aanbieders de zorg door de hoofd- en/of onderaannemer overnemen. Of dit mogelijk is, hangt af van de wijze waarop de gemeente heeft ingekocht en de afspraken die daarover zijn gemaakt in de overeenkomsten met de aanbieders. Ook kan worden bezien of reeds gecontracteerde aanbieders bereid zijn de onderaannemer in te schakelen zodat de zorg door de onderaannemer gecontinueerd kan worden.

4. Contractuele afspraken met de hoofdaannemer over zorgcontinuïteit

Het is raadzaam dat de gemeente specifieke afspraken maakt in de overeenkomsten met hoofdaannemers over zorgcontinuïteit, ook bij afloop van de overeenkomst.¹² Naast een algemene verplichting voor de hoofdaannemer om de zorgcontinuïteit te borgen, kan de gemeente bijvoorbeeld met hoofdaannemers afspreken dat zij bij beëindiging van de overeenkomst verplicht zijn in overleg te treden over de zorgvuldige overdracht van cliënten en personeel aan een nieuwe aanbieder (of bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst aan andere reeds gecontracteerde aanbieder(s)) en redelijkerwijs medewerking te verlenen bij een dergelijke overname. Op grond van artikel 5.1 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is het college zelfs verplicht om in een overeenkomst met betrekking tot het leveren van maatwerkvoorzieningen op te nemen dat de 'nieuwe' aanbieder in overleg treedt met de 'oude' aanbieder over de overname van betrokken hulpverleners.

Als de hoofdaannemers gebruik (kunnen) maken van onderaannemers kan de gemeente in de overeenkomst afspreken dat de verplichtingen ten aanzien van de zorgcontinuïteit door de hoofdaannemer worden doorgelegd aan onderaannemers. Op die manier worden ook de onderaannemers contractueel verplicht om de zorgcontinuïteit te borgen. Bij niet-nakoming van die verplichtingen door de onderaannemer pleegt de hoofdaannemer wanprestatie jegens de gemeente.

Het is raadzaam dat de gemeente specifieke afspraken maakt in de overeenkomsten met hoofdaannemers over zorgcontinuïteit, ook bij afloop van de overeenkomst. Als de hoofdaannemers gebruik (kunnen) maken van onderaannemers, kan de gemeente in de overeenkomst afspreken dat deze verplichtingen ten aanzien van de zorgcontinuïteit door de hoofdaannemer worden doorgelegd aan onderaannemers.

¹² Zie voetnoot 6.

5. Welke verantwoordelijkheden heeft de hoofdaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst met de gemeente?

De hoofdaannemer is op grond van zijn overeenkomst met de gemeente jegens de gemeente verantwoordelijk voor de continuïteit van de zorg die is uitbesteed aan de onderaannemer. De hoofdaannemer doet er daarom goed aan om de verplichtingen in het kader van zorgcontinuïteit (waaronder bij beëindiging van de overeenkomst) met de gemeente door te leggen aan de onderaannemer. Deze verplichtingen moeten worden opgenomen in de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer. Mogelijk is de hoofdaannemer daartoe op grond van de (raam)overeenkomst met de gemeente zelfs verplicht. Indien de hoofdaannemer deze contractuele verplichtingen niet doorlegt aan de onderaannemer en de hoofdaannemer daardoor de onderaannemer niet op nakoming van deze verplichtingen kan aanspreken, loopt de hoofdaannemer het risico aansprakelijk te worden gesteld door de gemeente wegens wanprestatie.

De hoofdaannemer is jegens de gemeente verantwoordelijk voor de continuïteit van de zorg, ook als die is uitbesteed aan de onderaannemer. De hoofdaannemer doet er daarom goed aan om de verplichtingen in het kader van zorgcontinuïteit (waaronder bij beëindiging van de overeenkomst) met de gemeente door te leggen aan de onderaannemer.

6. Welke verantwoordelijkheden heeft de onderaannemer voor de zorgcontinuïteit na beëindiging van de (raam)overeenkomst van de hoofdaannemer met de gemeente?

Door de beëindiging van de overeenkomst tussen de hoofdaannemer en de gemeente kan de onderaannemer in beginsel geen zorg meer verlenen. De gemeente zal in beginsel een nieuwe aanbieder contracteren die de opdracht van de 'oude' hoofdaannemer kan overnemen. Deze nieuwe aanbieder kan dan in beginsel ook de zorg die was uitbesteed aan de onderaannemer overnemen. Het is voorstelbaar dat uit de overeenkomst met de hoofdaannemer verplichtingen voortvloeien voor de onderaannemer die erop zijn gericht in die situaties zoveel als mogelijk de continuïteit van de zorg te borgen.

Het is ook voorstelbaar dat de onderaannemer beziet of hij rechtstreeks een overeenkomst kan aangaan met de gemeente om de zorg die door de onderaannemer - en mogelijk ook de hoofdaannemer - werd verleend voort te zetten. De gemeente dient daarbij rekening te houden met de aanbestedingsregels en/of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Tot slot is denkbaar dat de onderaannemer met de 'nieuwe' aanbieder een overeenkomst aangaat op basis waarvan de onderaannemer in opdracht van de nieuwe aanbieder de zorg voortzet. Of en in hoeverre dit wenselijk is, betreft een commerciële afweging van zowel de onderaannemer als de nieuwe aanbieder. Partijen kunnen niet worden verplicht een dergelijke samenwerking aan te gaan.¹³

¹³ Zie in dit verband ook de beantwoording van vraag 4a "In hoeverre mag een gemeente verschillende opdrachten bundelen binnen één opdracht ook als een aanbieder deze taak realistische gezien nooit zonder onderaannemers uit kan voeren? (mag je van een jeugdhulpaanbieder vragen ook schoolgerelateerde hulp te organiseren binnen dezelfde opdracht)" en vraag 5 van deze handreiking: "Mag een gemeente bepalen welke onderaannemer een hoofdaannemer contracteert?"

7. Wat zijn de verantwoordelijkheden van een nieuwe aanbieder aan wie de gemeente de opdracht gunt na beëindiging van de overeenkomst met de (oude) hoofdaannemer?

Zoals hiervoor is toegelicht dient het college bij het sluiten van een overeenkomst met een nieuwe aanbieder erop toe te zien dat (i) de nieuwe aanbieder in overleg treedt met 'oude' aanbieder over de overname van het betrokken personeel en het voortzetten van bestaande hulpverleningsrelaties (artikel 2.6.5 lid 1 Wmo 2015 en artikel 2.13, lid 1 Jw) en (ii) dat de nieuwe aanbieder zoveel mogelijk inspanning levert om bij het overleg de overname van het betrokkene personeel en het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties te bewerkstelligen (artikel 2.6.5 lid 3 Wmo 2015 en artikel 2.13 lid 2 Jw). Artikel 2.6.5 lid 1 van de Wmo 2015 bevat een rechtstreekse verplichting voor de nieuwe aanbieder om dit overleg te voeren.

Het lijkt voor de hand te liggen dat – indien de voorganger gebruik heeft gemaakt van een onderaannemer – de nieuwe aanbieder ook in overleg treedt over de overname van cliënten en eventueel het personeel van de onderaannemer zodat de bestaande hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk in stand blijven. Echter, ook daarvoor geldt dat er op basis van de Wmo 2015 noch de Jeugdwet een verplichting bestaat voor de nieuwe aanbieder voor overname van het personeel van de hoofdaannemer.¹⁴

Om het voortzetten van de bestaande hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk te borgen zou de nieuwe aanbieder echter ook kunnen overwegen om zelf de onderaannemer in te schakelen en daarmee in de plaats te treden van de oude' hoofdaannemer, één en ander met inachtneming van de aanbestedingsregels. Dit is echter een commerciële keuze van de 'nieuwe' aanbieder en geen wettelijke verplichting.

De nieuwe aanbieder aan wie de overheidsopdracht is gegund zal in overleg moeten treden met de hoofdaannemer die vóór hem de opdracht van de gemeente uitvoerde(n). Het gaat daarbij om een inspanningsverplichting. Gelet op het belang bij zorgcontinuïteit ligt voor de hand dat de nieuwe aanbieder ook in overleg treedt met de onderaannemer over de overname van cliënten en eventueel het personeel. De nieuwe aanbieder zou ook kunnen overwegen om zelf de onderaannemer in te schakelen.

8. Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?

De verplichting tot overname van personeel van de hoofdaannemer volgt niet uit de wet en kan door de gemeente niet worden afgedwongen. Deze verplichting kan bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao's.

Daarnaast bestaat er een verplichting tot overname van het personeel als sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Of sprake is van een overgang van onderneming hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Niet vereist is dat de gehele onderneming overgaat naar de nieuwe aanbieder.

¹⁴ De verplichting tot overname van personeel van de hoofd- en/of onderaannemer kan echter bij aanbestedingen wel volgen uit de toepasselijke cao's. Ook kan dit volgen uit de regels over overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v. Dit wordt hierna onder het kopje 'Wanneer kan een nieuwe aanbieder verplicht zijn om personeel van de hoofd- en/of onderaannemer over te nemen?' toegelicht.

Ook als een enkel onderdeel overgaat, bijvoorbeeld de ambulante zorgverlening of een maaltijdservice, kan sprake zijn van een overgang van onderneming. Beslissend is of sprake is van een georganiseerd economische eenheid van personen of materiële activa met een eigen doelstelling die overgaat. Het enkele feit dat de nieuwe aanbieder dezelfde activiteit gaat uitvoeren is in beginsel echter onvoldoende. Doorslaggevend zal in dit geval veelal zijn of een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel mee overgaat naar de nieuwe aanbieder. Als sprake is van een overgang van onderneming dan gaat het gehele personeelsbestand met behoud van arbeidsvoorwaarden van (het betreffende onderdeel van) de hoofdaannemer mee naar de nieuwe aanbieder.¹⁵

Zo staat in 7.8 van de cao Sociaal Werk1 het volgende bepaald over overname van personeel bij aanbesteding:

7.8 OVERNAME VAN PERSONEEL BIJ AANBESTEDING

A Indien werkzaamheden van een organisatie voortvloeiend uit een eerder door de overheid gegunde opdracht als gevolg van een procedure van aanbesteding aan een andere opdrachtnemer wordt gegund, geldt het volgende:

1 Indien er sprake is van overgang van onderneming zijn de bepalingen zoals bepaald in artikel 7:662 BW en verder van toepassing.

2 Indien geen sprake is van overgang van onderneming hebben de voor het uitvoeren van de opdracht benodigde werknemers bij gebleken geschiktheid recht op een dienstverband bij de nieuwe opdrachtnemer.

Daarnaast is in 4.6 van de cao Jeugdzorg het volgende bepaald:

4.6 Personeel overnemen bij een aanbesteding

Is een opdracht na een aanbesteding aan een werkgever gegund en was de opdracht daarvoor gegund aan een andere organisatie die ook onder deze cao valt? En dreigen werknemers hierdoor ontslagen te worden, omdat er geen of minder werk is? Dan moet de werkgever voor deze nieuwe opdracht alle werknemers van de andere organisatie overnemen die voor het uitvoeren van de opdracht nodig zijn.

In de praktijk kan zich de situatie voordoen dat er in eerste instantie mogelijk geen sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v., maar dat als gevolg van een cao-verplichting alsnog een dergelijk overgang ontstaat. Dit kan het geval zijn als op grond van de cao-verplichting een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel mee overgaat naar de nieuwe aanbieder en daardoor een overgang wordt getriggerd (zie de vorige alinea).

Daarnaast is van belang dat indien sprake is van overgang van onderneming, alle betrokken personeelsleden van rechtswege overgaan. Indien geen sprake is van overgang van onderneming, moeten de betreffende medewerkers instemmen met die overgang.

In hoeverre de nieuwe aanbieder verplicht is om het personeel van de onderaannemer over te nemen hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval.

¹⁵ Zie ook de uitspraak van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Locatie Arnhem), 22 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3328 waarin het Hof oordeelde dat nadat een wezenlijk deel van het thuiszorgpersoneel werd overgenomen, er sprake was van een overgang van onderneming waardoor ook het overige personeel diende te worden overgenomen.

Daarvoor is onder meer relevant wat de aard van de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer is, wat de aard van de organisatie is van de onderaannemer, wie als werkgever van het personeel van de onderaannemer kan worden aangemerkt¹⁶ en wat daarover in de eventueel toepasselijke cao's is bepaald. Voor de concrete invulling hiervan is veelal van belang wat het werkveld van de onderaannemer is (enkel zorg of breder) en of de onderaannemer bijvoorbeeld een (interne of externe) payrollorganisatie, een uitzendorganisatie of zelf een aanbieder is.

In deze handreiking wordt ervan uit gegaan dat de onderaannemer zelf ook een aanbieder van zorg is en geen uitzendorganisatie of een payroll-organisatie is. In dat geval kan de nieuwe aanbieder, zoals hierboven uiteengezet, op grond van de cao mogelijk gehouden zijn het betrokken personeel over te nemen indien de nieuwe aanbieder de activiteiten van de onderaannemer zelf voortzet. Daarnaast en/of vervolgens kan er sprake zijn van overgang van onderneming. Hiervan zal veelal sprake zijn als er een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel door de nieuwe aanbieder van de onderaannemer wordt overgenomen, althans voor zover het arbeidsintensieve activiteiten betreft.

Een andere situatie is die waarin de nieuwe hoofdaannemer besluit het contract dat bestaat tussen de onderaannemer en de oude hoofdaannemer voort te zetten. In dat geval zal er in beginsel geen verplichting bestaan voor de nieuwe hoofdaannemer om het personeel van de onderaannemer over te nemen. De onderaannemer blijft dan namelijk gewoon dezelfde activiteit verrichten. Alleen zijn opdrachtgever verandert.

In hoeverre de nieuwe aanbieder verplicht is om het personeel van de onderaannemer over te nemen hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Daarvoor is onder meer relevant wat de aard van de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer is, wat de aard van de organisatie is van de onderaannemer, wie als werkgever van het personeel van de onderaannemer kan worden aangemerkt en wat daarover in de eventueel toepasselijke cao's is bepaald.

9. Welke verantwoordelijkheden hebben de gemeente en de hoofdaannemer bij beëindiging van de overeenkomst met de onderaannemer?

Een andere situatie die aan de orde kan zijn, is dat de overeenkomst tussen de hoofd- en onderaannemer eindigt. In dat geval moet een oplossing worden gevonden voor de continuïteit van de zorg die door de onderaannemer werd verleend, waarbij de hulpverleningsrelaties zoveel mogelijk in stand worden gelaten. De hoofdaannemer is hiervoor verantwoordelijk jegens de gemeente. De gemeente moet zich ervan vergewissen dat de hoofdaannemer deze verantwoordelijk neemt.

Het is mogelijk dat de hoofdaannemer zelf de zorg zal overnemen¹⁷ of zal uitbesteden aan een nieuwe onderaannemer.

¹⁶ Hoge Raad 5 april 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ1780.

¹⁷ Onverminderd de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer voor de zorgcontinuïteit voorziet de wet in die situatie niet in een verplichting om het personeel van de 'oude' onderaannemer over te nemen. Voor wat betreft de cao's is daar afhankelijk van de omstandigheden van het geval discussie over mogelijk. Daarnaast kan sprake zijn van een overgang van onderneming, met name als qua aantal en deskundigheid een wezenlijk deel van het personeel van de oude onderaannemer wordt overgenomen. In dat geval treedt al het personeel van (het betreffende onderdeel van) de oude onderaannemer van rechtswege bij de verkrijgende (onder)aannemer in dienst met behoud van arbeidsvoorwaarden.

De hoofdaannemer doet er goed aan in zijn overeenkomst met de onderaannemer over deze situatie afspraken te maken. Op basis van de overeenkomst met de gemeente kan de hoofdaannemer hiertoe zijn verplicht.

Het is de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer jegens de gemeente om de zorgcontinuïteit te borgen bij beëindiging van de overeenkomst met de onderaannemer. Het is mogelijk dat de hoofdaannemer zelf de zorg zal overnemen of zal uitbesteden aan een nieuwe onderaannemer. De hoofdaannemer doet er goed aan in zijn overeenkomst met de onderaannemer over deze situatie afspraken te maken.

Colofon

De juridische vragen en antwoorden over hoofd- en onderaannemerschap in het sociaal domein zijn opgesteld door Landsadvocaat Pels Rijcken in opdracht van de werkgroep Hoofd- en onderaannemerschap van het programma Inkoop en Aanbesteden Sociaal Domein.



www.inkoopsociaaldomein.nl



www.pelsrijcken.nl