

16-20082206

Geachte BTN leden,

In aansluiting op eerdere berichten over de kwestie TSN, willen wij u hierbij zo volledig mogelijk informeren over ieders juridische positie teneinde zowel het collectieve belang als ieders individuele belang optimaal te kunnen bedienen. Aanleiding is de thans door overheid en bewindvoerders gestuurde overdracht van geselecteerde TSN-activiteiten aan één partij, Stichting Familiehulp. Daarbij bestaat in ieder geval een sterk vermoeden dat niet wordt gewerkt met gelijke kansen voor iedereen, zodat u als aanbieder in dit proces wordt benadeeld.

Vanuit het collectieve belang is BTN op dit moment al druk doende met toezicht en controle op dit proces. Bijgaand treft u een brief aan die vandaag vanuit BTN naar alle betrokken gemeenten is gestuurd (bijlage). Het doel is om te zorgen voor een volledig gelijk speelveld en dus gelijke kansen voor alle aanbieders van de gevraagde zorg. Tevens is het daarbij van belang om te voorkomen dat opdrachten met behulp van overheidsfinanciering worden verkregen. Zo wordt immers niet alleen oneerlijke concurrentie voorkomen, maar wordt vooral voorkomen dat door oneigenlijke invloeden de prijsvorming voor de gehele thuiszorg nadelig wordt beïnvloed.

Om dit collectieve belang te bedienen voert BTN intensief overleg met betrokken instanties waaronder uiteraard de overheid, maar ook met instellingen die toezicht houden op een zuivere marktwerking zoals de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Voor een eventueel meer gerichte actie ingeval van overschrijding van normen bij verdeling van opdrachten, is BTN afhankelijk van informatie die zij van haar leden krijgt. Graag vernemen wij dan ook wanneer enig vermoeden van overtreding van de spelregels wordt geconstateerd zodat we kunnen beoordelen of de casus verdedigbaar aan een rechter kan worden voorgelegd. Daarmee zou een uitspraak mogelijk normerende werking kunnen hebben voor alle andere opdrachtverstrekking. Het is zeer wel mogelijk dat dit op heel korte termijn moet gebeuren aangezien door de Stichting Familiehulp al aan veruit het grootste deel van de betrokken gemeenten een voorstel is gepresenteerd waarop tot en met 22 februari a.s. kan worden gereageerd.

Om te kunnen beoordelen of enige regel wordt overschreden moet men natuurlijk op de hoogte zijn van de geldende spelregels. Het voert te ver en het is te complex om hierbij alle voorkomende situaties tot in detail vanuit juridische opzicht te beschrijven, maar hieronder worden de belangrijkste onderwerpen die bij dit vraagstuk spelen zo duidelijk mogelijk en in algemene termen uitgelegd. Het gaat om achtereenvolgens de regels die gelden bij het aanbesteden van de opdrachten (aanbestedingsrecht), de mate waarin de overheid kan en mag financieren bij overname van TSN-activiteiten (staatssteun), veranderde positie bij faillissement van TSN (faillissementsrecht) en tot slot arbeidsrechtelijke regels voor het geval op welk moment dan ook een opdracht wordt verkregen (arbeidsrecht).

Aanbestedingsrecht

Het uitgangspunt op grond van de thans geldende Aanbestedingswet is dat wijziging van de opdrachtnemer gedurende de contractperiode niet is toegestaan. Dat betekent dat in geval van faillissement een nieuwe partij niet zonder meer één op één de lopende contracten van TSN kan overnemen. In de regel moet de opdracht dan opnieuw worden aanbesteed.

Op dat uitgangspunt bestaat wel een aantal uitzonderingen waarvan we er enkele noemen:

- Als in het contract is opgenomen dat bij het wegvallen van een partij (bijvoorbeeld door faillissement) een andere partij het contract over mag nemen (de zogenaamde wachtkamerconstructie).
- Als sprake is van een raamovereenkomst met meerdere partijen waarbij de andere partijen de rol van de failliete partij kunnen overnemen. Er hoeft dan niet opnieuw te worden aanbesteed, de andere partijen kunnen dan de rol van de failliet overnemen.
- Als de overeenkomst voorziet in toetreding van nieuwe marktpartijen lopende de overeenkomst.
- Als de overeenkomst is gekwalificeerd als niet aanbestedingsplichtige opdracht en op alternatieve wijze in de markt is gezet/gegund.

Staatsteun

De Europese staatssteunregelgeving verbiedt in het kader van de eerlijke mededinging dat overheden een selectief voordeel gunnen aan een marktpartij. Het zonder meer betalen van een bedrag aan Stichting Familiezorg i.o. onder de noemer van transitiekosten vormt in principe verboden staatssteun. Als een gemeente een bedrag wil betalen, zal ze dat moeten doen in de vorm van een subsidie dan wel gebruik maken van een vrijstelling in de staatssteunregelgeving.

Met betrekking tot de mogelijkheid van een subsidie is van belang dat een gemeente deze subsidie niet mag toesnijden op Stichting Familiezorg. De betreffende subsidieregeling zal open moeten staan voor alle geïnteresseerde aanbieders. Kortom: als de gemeente een (extra) betaling wil doen in het kader van de transitie, is het uitgangspunt dat zij dat bedrag aan alle geïnteresseerde partijen moet aanbieden. Die regel maakt het niet mogelijk om Stichting Familiezorg door middel van een subsidie een voorsprong te geven op de andere marktpartijen.

Met betrekking tot een vrijstelling in de staatssteunregelgeving is vooral de DAEB (Diensten van Algemeen Economisch Belang)-vrijstelling relevant. Thuiszorg kan inderdaad als DAEB worden geclassificeerd. Ook dan is het echter niet zonder meer mogelijk om een bedrag aan Stichting Familiezorg i.o. te betalen, om de volgende redenen:

- De compensatie mag niet meer bedragen dan de werkelijke kosten die in de markt gebruikelijk zijn, rekening houdend met een redelijke winst. Als marktpartijen de cliënten van TSN kunnen overnemen zonder vergoeding van transitiekosten, zal er in principe geen mogelijkheid tot compensatie van deze kosten zijn.
- De uitvoering van de DAEB is een overheidsopdracht die aanbesteed moet worden, waardoor één-op-één gunning aan Stichting Familiezorg in principe niet mogelijk is (zie hiervoor).

Faillissementsrecht

Naast de hierboven onder het kopje Aanbestedingsrecht gemaakte opmerkingen wijzen wij nog op de navolgende mogelijke kwesties die kunnen spelen.

In beginsel dient een curator bij het doorstarten van een onderneming zich te richten op een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren, hij heeft een hoge mate van vrijheid. In toenemende mate wordt ook gekeken naar maatschappelijke belangen. Juist in een sector als de (thuis)zorg, waarbij continuïteit en kwaliteit van groot belang zijn, dient een curator deze maatschappelijke belangen nog scherper in het oog te houden. Verdedigbaar is dat hij deze dient te laten prevaleren boven het realiseren van de hoogste opbrengst in het kader van een doorstart.

Het is mogelijk en zeer raadzaam bij het uitbrengen van een bod ter zake van een mogelijke doorstart van (delen van) TSN de nadruk te leggen op een hoge kwaliteit en mate van continuïteit van de zorg die kan worden geboden in vergelijking tot een doorstart door Stichting Familiehulp. Ook kan pro-actief de rechter-commissaris (die zijn toestemming moet verlenen aan een doorstart) bewust worden gemaakt van die hogere kwaliteit en continuïteit. Dan kan bij de (nadere) besluitvorming door een rechter-commissaris het oordeel doen omslaan in het voordeel van een andere doorstartende partij dan Stichting Familiehulp.

Indien de curator onvoldoende waarde toekent aan de betere kwaliteit en continuïteit kan eventueel via de rechter-commissaris en/of de burgerlijke rechter getracht worden de curator tot een andere beslissing te dwingen.

Arbeidsrecht

Bij een overname van de TSN-activiteiten spelen arbeidsrechtelijk twee vraagstukken:

- moet er personeel worden overgenomen en zo ja, welk personeel moet er worden overgenomen;
- onder welke voorwaarden?

De bescherming van de werknemers wordt gewaarborgd via de Wmo, de cao VVT en de regels van overgang van onderneming.

In de Wmo is bepaald dat TSN en de nieuwe zorgaanbieder met elkaar in gesprek moeten gaan over de overname van het betrokken personeel. Dit betreft een inspanningsverplichting: de Wmo verplicht de nieuwe zorgaanbieder niet om personeel over te nemen (geen resultaatsverplichting).

De zorgaanbieder heeft de vrije keuze of hij personeel wil overnemen en zo ja, welk personeel. Dit kan het personeel van TSN zijn, maar dit hoeft niet. Wanneer personeel van TSN wordt aangenomen bepaalt artikel 12.3 cao VVT dat de nieuwe zorgaanbieder verplicht is de werknemer een arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als die laatstelijk op de werknemer bij TSN van toepassing waren. Dit betreft onder andere het salaris en de dienstjaren.

Wanneer de nieuwe zorgaanbieder het merendeel van het personeel (in een gemeente/vestiging) overneemt, is al snel sprake van een overgang van onderneming. Bij een overgang van onderneming treedt al het personeel van rechtswege – dus zonder dat enige partij daar invloed op heeft- met behoud van arbeidsvoorwaarden in dienst bij de nieuwe zorgaanbieder.

Als TSN failliet gaat gelden de regels voor overgang van onderneming niet, maar gelden nog wel de verplichtingen op grond van artikel 12.3 van de cao VVT. Dit betekent dat de nieuwe zorgaanbieder een in fwg 15 werkzame TSN-werknemer niet in dienst mag nemen op grond van fwg 10.

De nieuwe zorgaanbieder moet in geval van het faillissement van TSN dus een keuze maken: TSN-werknemers in dienst nemen op basis van hun huidige arbeidsvoorwaarden, of nieuw personeel aannemen.

Dit zou een reden kunnen zijn om TSN-personeel geen baan aan te bieden aangezien de hoge loonkosten (mede) de slechte financiële situatie bij TSN hebben veroorzaakt.

Wanneer nieuwe zorgaanbieders ervoor kiezen om TSN-personeel geen arbeidsovereenkomst aan te bieden, is dit in strijd met het door de staatssecretaris beoogde doel om zoveel mogelijk TSN-personeel aan het werk te houden. Betoogd zou daarom kunnen worden dat artikel 12.3 cao VVT niet van toepassing is na faillissement. Dat is echter maar zeer de vraag. Een rechter zal hierover – uiteindelijk – moeten oordelen.

De nieuwe zorgaanbieder die één of meerdere TSN-werknemers overneemt, wordt gezien als opvolgend werkgever. Ook in geval van faillissement. Opvolgend werkgeverschap heeft tot gevolg dat het arbeidsverleden bij TSN onder meer wordt meegenomen bij de berekening van de opzegtermijnen, de transitievergoeding en de ketenregeling. De ketenregeling heeft daarom veelal tot gevolg dat een TSN-werknemer direct voor onbepaalde tijd in dienst is bij de nieuwe zorgaanbieder.

Juridische ondersteuning Ten Holter Noordam Advocaten

BTN heeft ten behoeve van deze juridische ondersteuning afspraken gemaakt met Ten Holter Noordam Advocaten met vestigingen in Rotterdam en Dordrecht. Zij hebben op de genoemde deelgebieden omvangrijke en vergaand gespecialiseerde secties. Deze hebben zich al volledig in de casus BTN / TSN ingelezen en staan klaar om u op eerste verzoek van nadere informatie, adviezen of ondersteuning te voorzien. Daartoe heeft BTN een gereduceerd uurtarief bedongen van EUR 245,00 ex btw met daarbij de mogelijkheid om vooraf een gefixeerde prijsafpraak te maken. Mocht zich een casus aandienen die als meest verdedigbaar in rechte moet worden voorgelegd, zal BTN in de kosten van het voeren van die procedure bijdragen nu de uitkomst daarvan ook het collectieve belang zal dienen.

Als rechtstreekse contactpersonen voor de verschillende vraagstukken gelden:

Aanbestedingsrecht:

Arjan van de Watering:

Tel: 06 53354167 of 010 2418878 (rechtstreeks)

e-mail: watering@tenholternoordam.nl

Staatssteun:

Job Velthuisen

Tel. 06 42742127 of 010 2418879 (rechtstreeks)

e-mail: velthuisen@tenholternoordam.nl

Faillissementsrecht:

Sjoerd Warringa

Tel: 06 23386507 of 010 2418821 (rechtstreeks)

e-mail: warringa@tenholternoordam.nl

en

Richard Avezaat

Tel: 06 52615013 of 010 2418847 (rechtstreeks)

e-mail: avezaat@tenholternoordam.nl

Arbeidsrecht:

Pieter van den Brink

Tel: 06 55363566 of 078 6331118 (rechtstreeks)

e-mail: brink@tenholternoordam.nl

en

Dymphy Schuurman

Tel: 06 83165568 of 078 6331129 (rechtstreeks)

e-mail: schuurman@tenholternoordam.nl