Advies landsadvocaat

Wij begrijpen op basis van het gesprek en de aan ons toegezonden stukken dat Intervence al geruime tijd in financieel noodweer verkeert en dat verschillende scenario's voor de toekomst van Intervence zijn onderzocht (1. zelfstandig voortbestaan, 2. overname van Intervence, 3. afbouw al dan niet in faillissement). De keuze ligt momenteel tussen scenario 3a (faillissement en overname activiteiten door 3 GI's) en 3b (liquidatie zonder faillissement en overname activiteiten door 3 GI's). U heeft ons verzocht de risico's met betrekking tot deze beide scenario's te onderzoeken en hieromtrent te adviseren. Wij bespraken dat wij, vooruitlopend op ons advies, vandaag al een indicatie zouden geven van onze eerste bevindingen.

Een belangrijk aandachtspunt is de mogelijkheid dat sprake is van overgang van onderneming. Een overgang van onderneming vindt plaats als sprake is van overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt en de 'exploitatie' van de onderneming dus in feite wordt voortgezet. Voor het antwoord op de vraag of de identiteit is behouden moet gekeken worden naar de feitelijke omstandigheden als bijvoorbeeld de interne organisatie binnen Intervence en hoe de werkzaamheden, personeel (kwantitatief als kwalitatief) en cliënten worden overgedragen aan de drie GI's.

Deze risico's zijn behoorlijk in het geval van een geleidelijke afbouw en overgang buiten faillissement. Intervence kwalificeert, zo op het eerste oog, als een arbeidsintensieve onderneming. Intervence schrijft zelf in haar standpuntbepaling: 'ontleent Intervence haar bestaansrecht aan het personeel'. Een overgang van de maatregelen en (een groot deel van) het personeel buiten faillissement leidt daarom zeker tot vragen omtrent een mogelijke overgang van onderneming. Overigens kan een discussie over een overgang van onderneming ook in faillissement ontstaan gelet op het feit dat betrokken partijen een overgang al enige tijd aan het voorbereiden zijn (gesprekken, verslagen, financiële rapporten, en businesscases). Als sprake is van overgang van onderneming, dan gaat personeel mee over. Ook personeel dat een overnemende partij mogelijk niet over wilde nemen.

Naar huidige financiële doorrekening is een faillissementssituatie iets goedkoper voor de gemeenten. Naar wij hebben begrepen zijn de kosten van de gemeenten in scenario 3a ongeveer 2,75 miljoen, terwijl de kosten in scenario 3b uitkomen op 3,2 miljoen. Verdeeld over de dertien Zeeuwse gemeenten die opdracht geven aan Intervence, valt de absolute besparing per gemeente overigens mee (450.000 gedeeld door 13 gemeenten komt neer op ongeveer € 35.000 gemiddeld per gemeente). De praktijk leert overigens dat de kosten in een faillissementssituatie vaak tegenvallen. Het is dan ook de vraag of de gemeenten daadwerkelijk deze kosten zal besparen. Een faillissement brengt veel minder voorspelbare variabelen met zich mee, die naar onze inschatting niet of te positief zijn betrokken bij de berekeningen van de kosten voor de gemeente. Een aantal van deze factoren zijn:

- bestaande contracten met toeleveranciers die een dwangpositie kunnen innemen (bijvoorbeeld als gebruik wordt gemaakt van ict-systemen) komen onder druk te staan. Dergelijke toeleveranciers zullen in voorkomend geval strikte betalings- of afkoopvoorwaarden stellen, hetgeen kostenverhogend kan werken;
- de inschattingen omtrent mogelijke uitkeringen aan concurrente crediteuren (30% resp. 70%) zijn naar onze inschatting te positief. Deze uitkeringen zijn als wij het goed zien wel meegewogen in de financiële doorrekening die tot het beperkte verschil in kosten voor de gemeenten leiden. De boedelkosten (waaronder salaris curator, maar ook verplichtingen

aan UWV en fiscus) kunnen aanzienlijk zijn. Een voorzichtige maar reële verwachting is dat in het geval van faillissement van Intervence geen uitkering aan concurrente crediteuren zal plaatsvinden. Dat is de situatie in 96% van de faillissementen;
- als de onderneming nog enige tijd wordt voortgezet en de liquiditeitstekorten worden afgedekt door een concurrente lening, kunnen de overige crediteuren in het faillissement daardoor benadeeld worden (paulianeus handelen). Uit de brief van bestuur blijkt dat zij zich van dergelijke risico's ook goed bewust zijn;
- Het is hierboven al aangestipt, maar ook in een faillissement bestaat er een risico dat de overname door de drie GI's gekwalificeerd kan worden als overgang van onderneming, met alle mogelijke gevolgen van dien.

Bovenstaande gevolgen staan daarbij nog los van andere (praktische) onzekerheden die kunnen spelen in een faillissement. Ingeval van een faillissement zal de curator een belangrijke positie innemen. Hoewel mijn ervaring is dat met een curator op zich goede (inspannings)afspraken zijn te maken omtrent continuïteit van zorg (denk recent aan de casussen MC Slotervaart en IJsselmeerziekenhuizen), geldt de gemeenten aanmerkelijk minder controle over het proces zullen hebben en dat de curator zich primair moet richting op opbrengstmaximalisatie voor de gezamenlijke schuldeisers. Alle arbeidsovereenkomsten zullen met een maximale termijn van zes weken door de curator beëindigd worden. Deze onvoorspelbaarheid legt druk op het personeel die sneller geneigd zullen zijn elders te solliciteren en de onzekerheden omtrent het faillissement hebben in de praktijk ook negatieve invloed op de uitvoering van de werkzaamheden door het personeel gedurende de opzegperiode. Ook kunnen publicitaire risico's en politiek-bestuurlijke risico's ontstaan ingeval van een faillissement, met name omdat het hier om een kwetsbare groep cliënten gaat (zorgbehoevende jeugd), ten aanzien waarvan op de gemeenten op grond van de wet (waarover hieronder meer) de verantwoordelijkheid rust.

Op basis van het voorgaande zouden wij aanraden zo mogelijk weg te blijven bij een faillissement. Alle betrokken partijen hebben belang bij continuïteit van de zorg en een zorgvuldige overdracht en afwikkeling van Intervence. Dat is gelet op het voorgaande mogelijk als het – met name ook gelet op de overgang van onderneming-risico's – goed en in relatieve rust buiten een faillissement geregeld kan worden. Zeker gezien het per gemeente niet veel meer lijkt te kosten, terwijl dat veel meer controle op het proces oplevert. In dat kader wijzen wij er graag nog op dat uit de memorie van toelichting van de Jeugdwet volgt dat dat de Colleges van B&W van de gemeenten erop toe moeten zien dat een nieuwe aanbieder of instelling met de voorgangers overlegt over de overname van het betrokken personeel (Memorie van toelichting: Kamerstukken II 2012/13, 33 684, nr. 3, toelichting artikel 2.10). Hoewel dit in de context van een aanbesteding is gezegd, blijkt hier wel uit dat ook de wetgever hecht aan het zoveel mogelijk waarborgen van de behandelrelatie en dat daar een taak voor de gemeente ligt.

Nu Intervence in scenario 3b aanstuurt op een ongelimiteerde toezegging, raden wij wel aan dat de gemeenten een cap inbouwen (bijvoorbeeld door een toezegging te doen dat de gemeenten maximaal een bedrag van X, bijvoorbeeld 10% boven het nu berekende bedrag, ter beschikking stellen) en/of te bedingen dat een persoon namens de gemeenten kan meekijken bij de uitvoering van de plannen en zo vinger aan de pols kan houden.

Als gezegd zal een grote uitdaging in scenario 3b zijn de mogelijke overgang van onderneming. Dat kan zelfs zo ver gaan dat niet te voorkomen is dat de overnemende GI's personeelsleden in dienst krijgen die zij bij een vrije keuze niet zouden hebben willen overnemen. Hier zal nader juridisch

onderzoek en een zorgvuldige begeleiding moeten plaatsvinden. En als een dergelijk risico zich toch verwezenlijkt, zal daar een zo goed mogelijke oplossing op moeten worden gevonden, maar wij schatten in dat dit risico van onvoldoende gewicht is om alsnog voor een faillissement te kiezen, niet in de laatste plaats omdat dit risico zich ook in faillissement kan verwezenlijken.

Met vriendelijke groet,

Mohammed Kalmoua & Jorrit van der Weide