

Over de bezorgde curator

MR. M.R. VAN ZANTEN^{1,2}

1. Inleiding

Negentig procent van de Nederlandse ziekenhuizen dreigt in 2023 in de rode cijfers te komen door de inflatie en de kostenstijgingen voor personeel en energie. Dat is de conclusie van een onderzoek dat onder 56 ziekenhuizen is uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen.³ Hoewel de verwachting bestaat dat er, na de ziekenhuisfaillissementen in 2018, niet snel nog eens een ziekenhuis failliet gaat, verkeert een groot aantal ziekenhuizen in financiële nood. Een nieuw ziekenhuisfaillissement, al dan niet voorbereid, is niet ondenkbaar.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de taak van de curator van een zorginstelling en de financiële aspecten daarvan. De taak van een curator van een zorginstelling is een lastige. Bij de afwikkeling van een faillissement van een zorginstelling staat meer op het spel dan geld alleen. Het gaat om de gezondheid van de patiënten en het (immateriële en grote) belang dat zij hebben bij voortzetting van de voor hen noodzakelijke zorg. Het faillissement brengt uiteraard de voortzetting van de zorgactiviteiten in gevaar. Als gevolg hiervan kan de patiëntveiligheid in gevaar komen. Een dergelijk faillissement leidt in het algemeen tot (maatschappelijke) onrust en onveiligheid.

De auteur is als curator betrokken geweest bij het faillissement van het Amsterdamse ziekenhuis MC Slotervaart.⁴ Tijdens de afwikkeling van dat faillissement bleek dat het faillissementsrecht niet alle antwoorden geeft op de vragen die cu-

-
1. Mr. M.R. van Zanten, partner en curator bij CMS.
 2. Deze bijdrage is afgesloten op 12 december 2022. Met ontwikkelingen na deze datum kon geen rekening worden gehouden.
 3. Zie: 'Ziekenhuizen in acute geldnood door personeels- en energiekosten', *Het Financieele Dagblad*, 26 november 2022, voorpagina. Zie ook de Kamerbrief van de bewindslieden van VWS d.d. 22 november 2022 (kenmerk 3471530-1040034-FEZ) met betrekking tot de maatregelen ten aanzien van de (energie)prijzen.
 4. Op 23 oktober 2018 is de auteur samen met zijn kantoorgenoot Marlous de Groot benoemd tot bewindvoerder in de surseance van Slotervaartziekenhuis BV ("MC Slotervaart") en op 25 oktober 2018 als curator in het faillissement aangesteld. Het faillissement is op 22 mei 2020 geëindigd door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord.

ratoren moesten beantwoorden. Moet het ziekenhuis nog enige tijd open blijven (tegen betaling van onder meer aanzienlijke boedelvorderingen in verband met energievoorziening en loonkosten), waardoor zoveel mogelijk zorg kan worden geboden aan de patiënten? Of moet besloten worden gelijk de deuren te sluiten zodat er meer actief overblijft ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers? Is het een taak van de curator om (ten laste van de boedel) zorg te dragen voor het beheren van de patiëntendossiers gedurende een termijn van 20 jaar? Mogen er kosten worden gemaakt om ervoor te zorgen dat patiënten, die hun behandeling bij een ander ziekenhuis moeten voortzetten, hun patiëntendossiers kunnen krijgen? Mogen er kosten worden gemaakt om de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de medisch specialisten voort te zetten zodat deze hun werkzaamheden nog enige tijd na de faillietverklaring kunnen blijven verrichten? Hoe verhoudt de voor de patiënt noodzakelijke continuïteit van de behandeling zich met de aard van het faillissement waarin nu juist sprake is van discontinuïteit en liquidatie van de activa? Wij hebben deze vragen beantwoord door elke keer te bepalen welk gedrag leidt tot een redelijke en zorgvuldige afwikkeling. En niet, welk gedrag leidt tot de hoogste boedelopbrengst.

In deze bijdrage worden in hoofdstuk 3 enkele onderwerpen besproken waarbij de vraag kan worden gesteld of een bepaalde taak behoort tot de verantwoordelijkheid van de curator in een zorgfaillissement en zo ja, op welke wijze de curator in staat moet worden gesteld deze taak op zich te nemen. Bij deze onderwerpen wordt telkens een voorstel gedaan voor verbetering van de huidige (vaak ongeregelde) praktijk. De voorstellen moeten leiden tot een zorgvuldige(re) afwikkeling van een faillissement van een zorginstelling, waarbij rekening kan (en moet) worden gehouden met de belangen van de patiënten. Voorafgaand aan de voorstellen wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op het doel van de faillissementsprocedure en het behartigen van andere belangen dan schuldeisersbelangen. Over het belangenconflict en de bijzondere afwikkeling van een zorgfaillissement is de afgelopen jaren een groot aantal lezenswaardige artikelen gepubliceerd.⁵

5. Zie o.a.: A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1; K. Meersma/T. Hekman/J. Rijken, 'De faillerende zorginstelling', *OenF* 2017 (25) 1; J.W. Andringa/G.R.G. Driessen, 'De stille curator voor de kwakkelende zorginstelling', *TvI* 2019/7; R.J. van Galen, 'Het ziekenhuis aan de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2019/21; H.J. de Kloe, 'Belangenpluralisme in faillissement', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2020-3; M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25; L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement', *NJB* 2020, p. 602-608; F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart. Regelgeving noodzakelijk' *FIP* 2020/83, p. 36-42; F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart- een update', *FIP* 2021/130, p. 4-8; M.R. van Zanten, 'Nouvelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen', *TvI* 2021/29; H.M.D. Bentfort van Valkenburg/J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen:

In deze artikelen wordt het belangenconflict duidelijk beschreven. Dit onderwerp zal in deze bijdrage dan ook slechts op hoofdlijnen worden besproken. Het zwaartepunt van deze bijdrage ligt in hoofdstuk 3 waarin de concrete problemen worden besproken die de curator tegenkomt bij de afwikkeling van een zorgfaillissement en de gewenste oplossingen. Wanneer deze voorstellen in de praktijk of door de wetgever worden overgenomen kan een bezorgde curator zich inzetten voor de noodzakelijke voortzetting van de zorg in de eerste periode na het faillissement en hoeft deze er niet aan te twijfelen of in strijd met de Faillissementswet wordt gehandeld.

2. Doel faillissementsprocedure en (conflicterende) belangen

2.1. Inleiding

Het faillissement wordt beschouwd als een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers.⁶ De curator is na de faillietverklaring belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁷ Tijdens de afwikkeling van de boedel krijgt de curator te maken met meerdere (en vaak tegenstrijdige) belangen. Er is altijd sprake van schaarste, anders zou er geen faillissementstoestand zijn. Het is voor de curator daardoor niet mogelijk iedere bij het faillissement betrokkene datgene te geven waarop deze recht heeft. Als gevolg van de schaarste moet de curator steeds een afweging maken tussen de verschillende belangen. Op grond van vaste jurisprudentie moet de curator in zijn beleidsafweging ‘belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid’ betrekken.⁸ Bij het nemen van beslissingen, die vaak geen uitstel kunnen leiden, moet de curator óók rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.⁹ Maar de curator moet de behartiging van een belang van maatschappelijke aard uitoefenen binnen de wettelijke context van de beleidsvrijheid die de curator bij de

de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator’, *TvI* 2021/23; R. Wijn, ‘Zorgplicht curator en burgemeester als medecurator’, *Tijdschrift voor curatoren* 2022/1, p. 9-13; J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20; M. van Eekelen-Atema, ‘Reactie op *TvI* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/27 en J.M.W. Pool, ‘Naschrift bij de reactie op het artikel Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20, *TvI* 2022/28.

6. Art. 20 Fw.

7. Art. 68 lid 1 Fw.

8. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacom II*).

9. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*); HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (*Mobell/Interplan*).

uitoefening van zijn taak heeft. In beginsel kan door de curator bij zijn beleidsafwegingen geen afbreuk worden gedaan aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁰

Na de arresten inzake *Sigmacom II* en *Maclou* was de heersende leer in de literatuur aanvankelijk dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou moeten wijken voor het algemene belang. Later is in de literatuur betoogd dat deze conclusie niet uit beide arresten kan worden getrokken. Volgens die leer is er geen sprake van een afweging van belangen van maatschappelijke aard tegenover belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar juist tegenover belangen van een individuele schuldeiser. Alleen bij een dergelijke belangenafweging kunnen maatschappelijke belangen voor gaan.¹¹

De botsing tussen het maatschappelijk belang en het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan er in de praktijk toe leiden dat de curator voor lastige keuzes komt te staan. Wanneer de ‘verkeerde’ keuze wordt gemaakt kan een zorgvuldige afwikkeling van het faillissement in gevaar komen. Er kunnen dan bij zorgfaillissementen risico’s voor patiëntenzorg ontstaan. De Onderzoeksraad voor Veiligheid (“OVV”) heeft in 2019 in haar rapport geconcludeerd dat de curatoren in de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen te maken hebben gekregen met diverse tegenstrijdige belangen:

“De curatoren werden geconfronteerd met een afweging tussen het belang van schuldeisers, zoveel mogelijk uitstaande schuld terugbetaald krijgen, en het belang van patiënten die een (tijdelijke) voortzetting van zorgactiviteiten in de gefailleerde ziekenhuizen nodig hebben.”¹²

Curatoren in de ziekenhuisfaillissementen werden ook met andere belangen geconfronteerd. De OVV heeft gewezen op het belang van artsen ten aanzien van het behoud van zekerheden gerelateerd aan hun baan, carrière, inkomen en/of marktpositie; het belang van omliggende ziekenhuizen met betrekking tot een gezonde financiële bedrijfsvoering; het privacybelang van patiënten en het belang voor de zorgverzekeraars om de zorg betaalbaar te houden door middel van het herinrichten van het zorglandschap. De OVV heeft geconcludeerd dat de aanwezigheid van deze belangen conflicteerde met het belang van de patiënt

10. B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4221.

11. F.M.J. Verstijlen, ‘De faillissementscurator’ (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155. Zie ook: B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4223.

12. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 10, Den Haag, december 2019.

met betrekking tot de continuïteit van individuele behandel- en diagnosetrajecten. De uitkomst van deze belangenstrijd was volgens de onderzoekers dat het belang van de patiënt niet altijd de vereiste prioriteit kreeg. De OVV heeft geconcludeerd dat het faillissementsrecht niet expliciet rekening houdt met de mogelijkheid van ziekenhuisfaillissementen en de maatschappelijke functie die ziekenhuizen vervullen. Het faillissementsrecht is volgens de OVV namelijk hoofdzakelijk gericht op de belangen van schuldeisers:

“De curator moet ernaar streven om na het faillissement zoveel mogelijk geld beschikbaar te maken voor de schuldeisers. In de loop der jaren zijn hier door jurisprudentie zwaarwegende maatschappelijke belangen bij gekomen zoals het behoud van werkgelegenheid of de opsporing van mogelijk strafbare feiten. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers staat echter nog altijd voorop. Bij een ziekenhuisfaillissement krijgt een curator de verantwoordelijkheid om zorg gecontroleerd af te bouwen en/of voort te zetten totdat een doorstart is gerealiseerd. Deze verantwoordelijkheid kan conflicteren met de wettelijke taak van de curator om de onderneming te liquideren en daarbij zoveel mogelijk geld te verzamelen waarmee vorderingen van schuldeisers kunnen worden voldaan. Er bestaat momenteel geen garantie dat de curator het maatschappelijke belang van patiëntveiligheid boven het belang van de schuldeisers plaatst. Het faillissement is hierdoor niet geschikt om een veilige afwikkeling van de activiteiten van een ziekenhuis te garanderen.”¹³

Alles overziend heeft de OVV vastgesteld dat de veiligheid van patiënten bij een ziekenhuisfaillissement momenteel niet is gewaarborgd.¹⁴ Wanneer belangen van maatschappelijke aard botsen met belangen van de gezamenlijke schuldeisers komt de curator in een onmogelijke positie. Door voorrang te geven aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voldoet hij, zo mag hij aannemen, aan zijn wettelijke taak. Aan de andere kant kan dit leiden tot (extra) schade voor bijvoorbeeld de gezondheid van bij het faillissement betrokken personen.¹⁵ Bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart is door curatoren in de eerste weken (zolang sommige ziekenhuisactiviteiten nog werden voortgezet) voorrang gegeven aan de (overdracht van de) zorg voor de patiënten van

13. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 12-13, Den Haag, december 2019.

14. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 14, Den Haag, december 2019.

15. Zie voor een interessante beschouwing over het patiëntenbelang in de huidige wetssystematiek het lezenswaardige artikel van L. Brand, ‘Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement’, *NJB* 2020/570.

het ziekenhuis. Maar bij deze keuze konden curatoren zich niet beroepen op een wettelijke bepaling en ook niet, zonder enige twijfel of mogelijkheid van betwisting, op de jurisprudentie. Voor het beantwoorden van de vraag welk belang in een concreet geval gediend is het zinvol te bekijken wat het doel van de faillissementsprocedure is.

2.2. Doel faillissementsprocedure

Bij de invoering van de Faillissementswet werd het doel van het faillissement als volgt beschreven:

*“De instelling van het Faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op een billijke wijze onder al zijne schuldeischers met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet wordt gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”*¹⁶

Volgens de wetgever is het doel van het faillissementsrecht dus een verdeling van de schaarse middelen. Deze verdeling moet op een *billijke* wijze onder de schuldeisers plaatsvinden. Om de billijke verdeling mogelijk te maken bevat de Faillissementswet regels die duidelijkheid moeten geven over de positie van alle bij het faillissement betrokken partijen en de taak van de curator. Op basis van maatschappelijke ontwikkelingen is de taak van de curator inmiddels uitgebreid. Deze uitbreiding is vastgelegd in recente wetgeving. Met ingang van 1 juli 2017 heeft de curator op grond van art. 106a Fw¹⁷ de bevoegdheid een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Hiermee wordt beoogd faillissementsfraude te bestrijden. Met ingang van 1 juli 2017 is de fraudesignalerende taak van de curator opgenomen in art. 68 lid 2 Fw.¹⁸ De fraudesignalerende taak van de curator reflecteert, zo blijkt uit de memorie van toelichting, een ‘bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid’. Vanaf 1 januari 2019 is opgenomen in art. 75 lid 1 Fw dat ook niet-schuldeisers zeggenschap hebben over de afwikkeling van het faillissement.¹⁹ De reorganisatiepijler van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht dient mede de behartiging van maatschappelijke belangen. Ten slotte is in de Novelle WCO I nadrukkelijk gesproken over de

16. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, Memorie van Toelichting, p. 27.

17. Wet civielrechtelijk bestuursverbod van 8 april 2016, *Stb.* 2016, 153.

18. Wet versterking positie curator van 22 maart 2017, *Stb.* 2017, 124.

19. Wet modernisering faillissementsprocedure van 27 juni 2018, *Stb.* 2018, 299.

maatschappelijke belangen.²⁰ Met de Novelle WCO I wil de minister een gefaseerde invoering bewerkstelligen van de WCO I²¹ (waarmee de pre-packmethode een wettelijke basis krijgt) met een inperking van het toepassingsgebied tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen of onderwijsinstellingen.

2.3. *De taak van de curator*

De taak van de curator is sinds 1893 dus aanzienlijk ruimer geworden. Daarbij spelen steeds meer ook andere dan schuldeisersbelangen een rol, zoals milieuaspecten of fraudesignalering. De vraag kan worden gesteld wat in het kader van de verruiming van de taak van de curator nog een juiste opvatting is over het (al dan niet abrupte) einde van het bedrijf van de failliet. Moet de curator eigenlijk na faillissement gelijk de deuren sluiten, de activiteiten beëindigen en zich uitsluitend richten op de liquidatie van de activa? In de Faillissementswet ontbreken bepalingen op basis waarvan kan worden gesteld dat het faillissement ook met zich brengt dat het door de failliet gevoerde bedrijf is “overleden” of moet “overlijden”. Het faillissement brengt dus niet noodzakelijk het abrupte einde van het door de failliet gevoerde bedrijf met zich. In tegendeel, art. 98 Fw bepaalt dat de curator, met machtiging van de rechter-commissaris, bevoegd is het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. De failliete patiënt hoeft dus niet te overlijden, maar kan aan de beademing nog enige tijd in leven worden gehouden en zelfs weer worden ontslagen uit het ziekenhuis.²² In sommige faillissementen kunnen maatschappelijke belangen worden gediend met de beademing van de patiënt en voortzetting van diens bedrijf, ook al is niet (gelijk) duidelijk of dit wel in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Wanneer sprake is van enige voortzetting bedoeld om te komen tot een zorgvuldige afwikkeling en uiteindelijk ook liquidatie van het vermogen tegen de hoogste prijs, dan heeft de curator ook, eerder dan wanneer niet voor korte tijd wordt voortgezet maar gelijk tot liquidatie wordt overgegaan, rekening te houden met de belangen van anderen dan alleen de schuldeisers. Des te meer noodzaak bestaat tot zorgvuldige afbouw

20. Vindplaats: https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i. Zie voor mijn bespreking van het voorontwerp van de Novelle WCO I: M.R. van Zanten, ‘Novelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen’, *TvI* 2021/29. Het is op het moment van schrijven van deze bijdrage niet duidelijk of en zo ja wanneer de minister de Novelle WCO I bij de Tweede Kamer indient.

21. Wet continuïteit ondernemingen I, EK 34.218. Dit voorstel is op 21 juni 2016 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Het voorstel ligt op dit moment (stil) bij de Eerste Kamer.

22. Bijvoorbeeld na de homologatie van een akkoord of na een doorstart na faillietverklaring, waarbij activiteiten worden voortgezet door de koper van de activa.

via voortzetting van de activiteiten, des te meer aandacht moet worden besteed aan de belangen van diegenen van wie de belangen ook buiten faillissement een belangrijke rol spelen. De curator zal bij beleidsbeslissingen rekening moeten houden met het beperken van schade bij de betrokkenen bij de voortzetting van bijvoorbeeld de zorginstelling, zoals de patiënten.

De vraag die in de eerste plaats kan worden gesteld is hoe de gedachte in de praktijk is ontstaan dat het bedrijf van de failliet na faillissement moet “overlijden” en het in strijd zou zijn met het doel van de faillissementsprocedure het bedrijf in leven te houden. De kritiek op voortzetting van het bedrijf (onderneming) van de failliet na faillissement lijkt vooral te komen uit arbeidsrechtelijke hoek. De voortzetting van de onderneming na faillissement wordt beschouwd als een bewijs van de juistheid van de stelling dat de beschermende regels van overgang van onderneming ook in faillissement van toepassing zouden moeten zijn. Hiertegen kan worden ingebracht dat wanneer de beschermende regels van overgang van onderneming ook in faillissement van toepassing zijn er in weinig gevallen nog sprake zal zijn van een overgang van onderneming. Doorstart van de failliete onderneming door een koper van de activa zal dan namelijk niet veel meer voorkomen, omdat dan alle werknemers van rechtswege in dienst komen van de doorstarter. Een doorstart is onder die omstandigheden vaak niet aantrekkelijk meer.²³

De vraag die vervolgens kan worden gesteld is wat het meest in de weg zit aan het geven van voorrang aan de maatschappelijke belangen, die gediend kunnen zijn met het voortzetten van de onderneming van de failliet, bijvoorbeeld het openhouden van het ziekenhuis, terwijl dat gepaard gaat met (boedel)kosten. Allereerst wellicht het feit dat het faillissementsrecht zekerheid moet bieden aan de betrokken partijen (hard and fast rules). Wanneer andere belangen kunnen prevaleren boven belangen van schuldeisers bestaat het gevaar dat betrokkenen niet weten waar zij aan toe zijn. Wellicht is dan niet vooraf zeker welke belangen boven hun belang kunnen worden gesteld. Misschien is het de (ouderwetse) gedachte over het faillissementsrecht die in de weg zit aan het geven van voorrang aan de maatschappelijke belangen. Het gaat bij een faillissement om liquidatie van de activa, ofwel verdeling van de nalatenschap na het overlijden van de pa-

23. Zie voor mijn bespreking van het consultatiewetsvoorstel Wet overgang van onderneming na faillissement (“WOVOF”) en de gevolgen hiervan wanneer dit wet zou worden: M.R. van Zanten, ‘Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement’, *TvI* 2020/6, p. 34-48 en M.R. van Zanten ‘Voorontwerp wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement’, *MvO* nummer 2019/8&9, p. 271-278.

tiënt. Het is de vraag of dit een juiste gedachte is en dit wel leidt tot een billijke wijze van vereffening. Op grond van het uitgangspunt van de billijke verdeling moet de curator extra schade bij derden als gevolg van zijn beleidskeuze zoveel mogelijk beperken.

Op basis van de gedachte dat het gaat om liquidatie van activa alleen zal dit bij een ziekenhuisfaillissement betekenen dat vanaf datum faillissement het ziekenhuis ontruimd moet worden. Patiënten moeten dan onmiddellijk worden overgedragen aan andere ziekenhuizen. De energielevering van het ziekenhuispand moet worden beëindigd. De (kostbare) licenties met softwareleveranciers moeten worden beëindigd. De deuren moeten op slot en uiteraard mogen geen medicijnen meer worden aangeschaft voor de patiënten die werden behandeld in het ziekenhuis. Elke investering in de voortzetting van de patiëntenzorg is namelijk voornamelijk in het belang van de individuele patiënten en niet in het (financiële) belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hoewel voortzetting van de zorg ook kan dienen ter voorbereiding van een doorstart die, vanwege de opbrengst, van belang is voor de gezamenlijke schuldeisers. De schaarste van de middelen bij een faillissement en de, ouderwetse, opvatting over de taak van de curator, dat hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moet laten prevaleren boven de belangen van maatschappelijke aard, staan naar mijn mening in de weg aan de zorgvuldige continuïteit, respectievelijk afbouw, van de zorgactiviteiten van de failliet.

Wanneer het gaat om een ziekenhuisfaillissement lijkt het maken van een keuze voor de voortzetting van de zorg en de gecontroleerde overdracht van de zorg maatschappelijk gewenst. Deze keuze zal niet snel op weerstand van andere betrokken partijen stuiten. Maar er kunnen zich natuurlijk andere situaties voordoen (bijvoorbeeld de faillissementen van energieleveranciers of onderwijsinstellingen) waarbij het niet gaat om leven of dood. In dat geval wordt de keuze voor de curator lastiger. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de mogelijkheid en wenselijkheid van het laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zonder wijziging van de Faillissementswet. Los van de vraag of een bepaald maatschappelijk belang kan worden gediend of prevaleert boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet ook de vraag worden gesteld wie de met het dienen van het belang gepaard gaande kosten moet dragen. Mijns inziens moeten de kosten voor het dienen van het maatschappelijk belang gedragen worden door het collectief, en niet door de boedel, respectievelijk de gezamenlijke schuldeisers. Dat betekent dat voor ieder concreet geval voor de curator duidelijk moet zijn welke partij zorg draagt voor de kosten van het dienen van het bepaalde belang.

De INSOLAD Praktijkregels bepalen, in de lijn van de huidige jurisprudentie, slechts dat een grondbeginselen van het faillissementsrecht is dat de curator zich laat leiden door de belangen van de boedel en rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard.²⁴

Op basis van de huidige jurisprudentie en regelgeving is de tussenconclusie dat de curator problemen kan ondervinden bij de afwikkeling van faillissementen als gevolg van de soms noodzakelijke afweging tussen de maatschappelijke belangen en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.²⁵

3. Problemen bij de afwikkeling van zorgfaillissementen en de oplossingen

3.1. Inleiding

Bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart waren curatoren verbaasd over diverse ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen zouden namelijk kunnen leiden tot (ernstige) problemen bij de voortzetting van de zorg. In dit hoofdstuk worden deze problemen besproken. Hierna worden de oplossingen besproken om te komen tot een zorgvuldige afwikkeling of overdracht van de zorg voor de patiënten van de zorginstelling. Bij de bespreking van de oplossingen wordt aandacht besteed aan het antwoord op de (belangrijke) vraag wie de kosten hiervoor zal moeten dragen.

3.2. Geen pre-pack/stille voorbereiding

Het bestuur van MC Slotervaart heeft er in oktober 2018 niet voor gekozen de rechtbank te vragen om de aanstelling van een beoogd curator, die via de pre-packmethode het faillissement van het ziekenhuis zou kunnen voorbereiden. Dat had er wellicht mee te maken dat ook de rechtbank Midden-Nederland betrokken was. Dat was de bevoegde rechter ten aanzien van de ziekenhuizen die onder MC IJsselmeerziekenhuizen vielen en waarvoor op dezelfde dag insolventieprocedures moesten worden geopend. De rechtbank Midden-Nederland zou naar verwachting geen beoogd curatoren kunnen en willen

24. Zie: INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, april 2019, art. 1.1 sub b.

25. Zie voor een interessante bespreking van alternatieve regelgeving voor ziekenhuisfaillissementen: F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart', *FIP* 2020/83, p. 37-42. Zie ook het lezenswaardige artikel van M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25.

aanstellen. Deze rechtbank wacht met de aanstelling van een beoogd curator tot daarvoor een wettelijke basis is, na inwerkingtreding van de Wet Continuïteit Ondernemingen I (“WCO I”). Verder waren er wellicht ook andere redenen af te zien van een dergelijk verzoek. Een pre-pack had echter, zo blijkt uit de onderzoeksrapporten en uit onze eigen ervaringen, een hoop onrust en ongenoegen kunnen voorkomen.²⁶ In voorkomende gevallen moet de pre-pack bespreekbaar worden in de bestuurskamer en de Raad van Toezicht van zorginstellingen. Mogelijke koudwatervrees voor de toepassing van de pre-pack-methode moet verdwijnen. Zo er, na het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJ EU”) in de Heiploeg zaak²⁷ nog onduidelijkheden zouden bestaan over mogelijke arbeidsrechtelijke consequenties kan erop worden gewezen dat in de zorg een groot tekort aan personeel bestaat. Het mogelijke feit dat alle personeelsleden in dienst komen van de doorstarter zal bij een doorstart van een zorginstelling niet een probleem vormen, maar eerder een wens. Tot het moment waarop WCO I door de Eerste Kamer wordt aangenomen en in werking treedt zal de praktijk sterke behoefte hebben aan uniform beleid van de rechtbanken. Mede gelet op de recente uitspraken in de Heiploeg zaak van de Hoge Raad²⁸ en het HvJ EU is het wenselijk dat alle rechtbanken zich, vooruitlopend op de invoering van WCO I, in beginsel bereid verklaren tot het aanstellen van een beoogd curator bij een zorginstelling wanneer aan de in de praktijk geformuleerde voorwaarden wordt voldaan.²⁹ Sterker nog, mijns inziens zal ieder zorgfaillissement moeten worden voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase en aanstelling van een beoogd curator. Dat kan alleen maar wanneer vervolgens ook alle rechtbanken hieraan hun medewerking verlenen. Anders zou een zorgvuldige voorbereiding in sommige arrondissementen niet kunnen plaatsvinden, wat onwenselijk is. Zorgverzekeraars, de Nederlandse Zorgautoriteit (“NZa”), de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (“IGJ”) en VWS zullen tijdens de contacten met de besturen van zorginstellingen moeten blijven wijzen op de mogelijkheid van een pre-pack zodat, wanneer een faillissement onvermijdelijk is, de afbouw van de zorgactiviteiten en de overdracht van de zorg in stilte kan worden voorbereid en gelijk op datum faillissement ten uitvoer kan worden gelegd.

26. Zo heeft de pre-pack vanaf 5 juni 2013 tot datum faillissement op 24 juni 2013 in geval van het Ruwaard van Puttenziekenhuis in Spijkenisse een goed voorbereide doorstart mogelijk gemaakt.

27. HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*).

28. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*FNV/Heiploeg*) en het daarop aanvullende arrest

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*FNV/Heiploeg*).

29. De afgelopen jaren werkten de rechtbanken Midden-Nederland, Limburg en Overijssel niet mee aan de aanstelling van een beoogd curator.

De wetgevingsgeschiedenis van WCO I is een bijzondere. De vaste Tweede kamercommissie heeft de minister van Veiligheid & Justitie tijdens het vragenuurtje gevraagd om een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde pre-pack-methode, die als nuttig werd beschouwd. Vervolgens is het voorontwerp voor de WCO I op 22 oktober 2013 in consultatie gegeven. Het daarna ingediende wetsvoorstel is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen. Inmiddels werd in de praktijk in diverse sectoren gebruik gemaakt van de pre-pack.³⁰ Op verzoek van de SP fractie in de Eerste Kamer is het wetsvoorstel op 4 april 2017 van de lijst van hamerstukken afgevoerd vanwege aanvullende vragen naar aanleiding van de conclusie van de Advocaat-Generaal van het HvJ EU in de Smallsteps zaak die op 29 maart 2017 was ingediend.³¹ Het HvJ EU heeft vervolgens op de prejudiciële vragen van de verwijzende kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland (zittingsplaats Almere) op 22 juni 2017³² overwogen dat de pre-pack niet valt onder de uitzondering voor geldigheid van de Richtlijn overgang van onderneming.³³ Daarna is slechts een enkele maal een stille voorbereidingsfase vooraf gegaan aan een faillissement. Om toch te komen tot invoering van WCO I is het voorstel voor de Wet overgang van onderneming in faillissement (“WOVOF”) in consultatie gegeven op 29 mei 2019. Hiermee zal de uitzondering voor toepassing van de arbeidsrechtelijke bescherming voor werknemers bij overgang van onderneming na faillissement grotendeels verdwijnen.

Alle Nederlandse rechters, inclusief de Hoge Raad in de Heiploeg zaak, met uitzondering van de kantonrechter in de Smallsteps zaak, hebben voor de invoering en het gebruik van de pre-pack gunstige uitspraken gedaan in de afgelopen jaren in afwachting tot meer duidelijkheid zou worden gegeven door het HvJ EU. In het arrest in de Heiploeg zaak heeft het HvJ EU overwogen dat een in stilte voorbereide doorstart wel degelijk onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG kan vallen.³⁴

Inmiddels is op 7 december 2022 ook door de Europese wetgever steun gegeven aan de invoering van de pre-pack in de Lidstaten. Hiermee geeft de Europese

30. Zie voor een analyse van de aantallen pre-packs: M.R. van Zanten, ‘It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 47-52.

31. ECLI:EU:C:2017:241.

32. ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV c.s./Smallsteps BV*).

33. Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

34. Zie noot 27.

commissie gelijk ook de meest recente bevestiging dat de werknemersbescherming van de Europese Richtlijn 2001/23/EG bij overgang van onderneming niet geldt ingeval van toepassing van de pre-packmethode. In de Titel IV van het voorstel van de Richtlijn tot harmonisatie van Bepaalde Aspecten van het insolventierecht³⁵ is een aantal bepalingen opgenomen met betrekking tot de pre-pack. Deze bepalingen moeten ervoor zorgen dat de pre-packprocedures, die volgens de Europese wetgever worden beschouwd als effectief voor het waarde herstel voor de schuldeisers, beschikbaar zijn op een gestructureerde wijze in de wetgeving van de Lidstaten. Daartoe wordt bepaald dat de Lidstaten moeten verzekeren dat de pre-packprocedures bestaan uit twee elkaar opvolgende fases, te weten de voorbereidende fase en de liquidatiefase.³⁶ In art. 20 is bepaald:

“1. The liquidation phase referred to in Article 19, paragraph 1, shall be considered to be an insolvency proceeding as defined in Article 2, point (4), of Regulation (EU) 2015/848. (...)

2. For the purposes of Article 5(1) of the Council Directive 2001/23/EC, the liquidation phase shall be considered to be bankruptcy or insolvency proceedings instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor under the supervision of a competent public authority.”

De afgelopen jaren is als gevolg van de discussie over al dan niet onverkorte geldigheid van de Richtlijn 2001/23/EG het aantal faillissementen dat is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase beperkt gebleven. Het wetgevingsprogramma is abrupt tot stilstand gebracht waardoor ook het gebrek aan uniformiteit bij de rechtbanken (waar nog steeds drie rechtbanken afwijzend staan tegenover de pre-pack zolang er geen wettelijke basis is) is blijven bestaan. Terwijl in de praktijk in een aantal gevallen wel degelijk behoefte bestond aan de mogelijkheid tot een zorgvuldige, stille, voorbereiding van het faillissement, waarmee schade en onrust had kunnen worden voorkomen. Uiteindelijk hebben alle Nederlandse en Europese gerechten, en straks ook de Europese wetgever, bevestigd dat pre-pack valt onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Het is nu van groot belang, zeker gelet op de huidige economische situatie, dat de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer zo snel mogelijk wordt voortgezet zodat de WCO I spoedig kan worden ingevoerd en verder geen tijd verloren gaat. Bij een volgend zorgfaillissement kan dan hopelijk gebruik gemaakt worden van de pre-packmethode die dan een wettelijke basis heeft. De

35. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonizing certain aspects of insolvency law d.d. 7 december 2022, COM(2022)702 final.

36. Art. 19 lid 1 concept Richtlijn d.d. 7 december 2022.

Novelle WCO I hoeft, als gevolg van het arrest van het HvJ EU in de Heiploeg-zaak en de voorgestelde tekst van de concept Richtlijn d.d. 7 december 2022, niet meer te worden ingediend bij de Tweede Kamer. Onder verwijzing naar het rapport van de OVV, en op basis van ervaringen opgedaan bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart ben ik van mening dat iedere insolventieprocedure van een lopende zorginstelling in de toekomst moet worden voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase, in aanwezigheid van een beoogd curator. Pas dan kan sprake zijn van een zorgvuldige voorbereiding en het voorkomen van risico's voor de patiëntveiligheid. De risico's die genomen zijn bij de onvoorbereide ziekenhuisfaillissementen in 2018 mogen niet nog eens genomen worden.

3.3. *Geen goede handreiking/telefoonlijst*

Bij de aanvang van het faillissement ontvingen wij de 'Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren'.³⁷ De handreiking bevat geen oplossingen voor de problemen die de curator ondervindt bij de afwikkeling van een zorgfaillissement. Een telefoonlijst met de belangrijke contactpersonen bij de stakeholders ontbreekt, zodat de curator niet gelijk kan starten met de zorgvuldige voortzetting of overdracht van de zorg. Het zou goed zijn wanneer de handreiking wordt geactualiseerd aan de hand van de ervaringen tijdens de ziekenhuisfaillissementen uit 2018 en hieraan wordt toegevoegd een telefoonlijst, die beschikbaar wordt gesteld aan RECOFA. De rechtbank kan deze de handreiking en de telefoonlijst dan bij de benoeming aan de curator ter beschikking stellen zodat deze gelijk de juiste personen bij de stakeholders kan vinden en er geen kostbare tijd verloren gaat.

3.4. *Geen procedure voor verstrekking van noodzakelijke financiële middelen voor voortzetting/overdracht zorg*

Er bestaat geen draaiboek voor de financiering van de voortzetting en afbouw van de zorg na faillissement. Op datum surseance moesten wij in gesprek met de zorgverzekeraars over het verstrekken van gelden voor de voortzetting of overdracht van de zorg aan hun verzekerden. Aanvankelijk was de gedachte niet dat daarvoor budget beschikbaar zou kunnen of moeten worden gesteld. De gedachte van de zorgverzekeraars was aanvankelijk dat deze zorg na faillissement zou kunnen en moeten worden bekostigd via het gebruikelijke systeem

37. Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren. Informatie over ordening en bekostiging van de zorg relevant voor de afwikkeling van faillissementen, Ministerie van VWS Directie Markt & Communicatie mei 2017.

van vergoeding van de door het ziekenhuis bij de zorgverzekeraar ingediende declaraties aan het einde van de behandeling. Dat zou pas op termijn van enkele jaren financiële middelen opleveren, waardoor acute liquiditeitsnood zou ontstaan. Nadat vervolgens toch de bereidheid was uitgesproken tot het verstrekken van gelden voor voortzetting en overdracht volgden nog gesprekken over het exacte bedrag dat daarvoor beschikbaar moest komen. Gelukkig werd voor de eerste week gelijk een voorschot ter beschikking gesteld.

In een faillissement van een zorginstelling moet het vanaf het eerste moment duidelijk zijn dat (voortzetting, respectievelijk overdracht van) de zorgverlening aan de verzekerden geheel (en zonder enige beperking of cap) voor rekening komt van de zorgverzekeraars. Gelijk na faillissement dienen zorgverzekeraars dit te bevestigen aan de curator zodat de zorginstelling open kan blijven en ongestoorde zorg kan worden verleend. Vervolgens dient er, zo mogelijk via een standaard boedelkredietovereenkomst, te worden zorggedragen voor de terbeschikkingstelling van gelden waardoor de voortzetting of overdracht van de zorg aan de patiënten geen moment in gevaar komt. Hierover zijn de afgelopen jaren gesprekken gevoerd tussen de minister van VWS en de zorgverzekeraars. Maar deze kwestie is op dit moment nog niet geregeld. Het commitment van de zorgverzekeraars over te gaan tot bekostiging van deze voortzetting en afbouw na faillissement moet spoedig worden bevestigd. Er moet een draaiboek voor de terbeschikkingstelling van de gelden klaarliggen zodat de documentatie op de eerste dag gelijk kan worden getekend en de volgende dag de eerste betalingen van noodzakelijke kosten kunnen worden verricht door de zorgverzekeraars. Er moet een systeem worden opgezet voor de samenwerking tussen boedel en zorgverzekeraars op basis waarvan de zorgverzekeraars kunnen verifiëren dat de gelden worden gebruikt waarvoor ze worden verstrekt.

Het moet daarnaast duidelijk zijn dat de financiering van de (voortzetting en overdracht van) zorg na faillissement niet leidt tot een (boedel)vordering van de zorgverzekeraars die ten laste van de boedel komt. Dat zou namelijk betekenen dat de voortzetting en overdracht van de zorg uiteindelijk toch ten laste van de gezamenlijke schuldeisers komt. Dat is niet wenselijk. De kosten worden specifiek gemaakt voor de verzekerden en het zijn dan ook de zorgverzekeraars, en niet de gezamenlijke schuldeisers, die deze kosten moeten dragen. Zorgverzekeraars hebben zich bereid getoond om nadere afspraken te maken over hoe zij in de toekomst in gezamenlijkheid het boedelkrediet voor voortzetting van de zorg na faillissement kunnen garanderen.³⁸ Deze afspraken zijn tot op heden

38. Zie: brief Minister voor Medische Zorg en Sport d.d. 19 juni 2020 (Gebundelde beleidsreactie op rapporten over faillissementen MC-groep), kenmerk 1707265-207069-PZO, p. 9.

helaas nog niet (bekend) gemaakt. Ook is niet vastgelegd dat de zorgverzekeraars geen vordering hiervoor zullen indienen. Onduidelijkheid hierover kan leiden tot onrust en patiëntonveiligheid en complicaties bij de afwikkeling van een zorgfaillissement. Het is de hoogste tijd dat dit belangrijke punt door alle betrokken partijen wordt afgehandeld. VWS en de rechtbank Rotterdam (afdeling insolventies) hebben recent het initiatief genomen tot een Rondetafeldiscussie om alle belemmeringen voor de afwikkeling van een zorgfaillissementen op te lossen. Deelnemers zijn: curatoren, NZa, zorgverzekeraars, IGJ, rechtbank Rotterdam, VWS, de Jeugdautoriteit en VNG.³⁹

3.5. *Geen procedure voor garantie voortzetting medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering*

Er ontstond op datum faillissement van MC Slotervaart een acuut probleem met de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Deze verlangde een garantie voor de betaling van het eigen risico ter hoogte van € 2 miljoen. Die werd verlangd van een zorginstelling die een paar uur daarvoor failliet was verklaard. Het ziekenhuis kon daaraan niet voldoen. De mogelijke beëindiging van de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering leidde op de dag van de faillietverklaring tot de voorbereiding van de evacuatie van het ziekenhuis om 15.00 uur. Er bleken geen afspraken te bestaan over de (financiering van) de noodzakelijke voortzetting van deze verzekering. In deze zaak verstrekke de minister voor Medische Zorg en Sport gelukkig aan het begin van de middag een garantie aan de verzekeraar zodat evacuatie achterwege kon blijven. Maar deze oplossing is totstandgekomen onder enorme tijdsdruk, zonder dat sprake is van beleid of van te voren gemaakte afspraken over dit onderwerp. Er moet zo spoedig mogelijk duidelijkheid komen dat de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering niet eindigt na surseance/faillissement zodat de zorg ongestoord kan worden voortgezet/afgebouwd. Zo nodig zal dit wettelijk geregeld moeten worden. De kosten voor de voortzetting van deze verzekering na surseance of faillissement zullen mijns inziens moeten worden gedragen door de zorgverzekeraars voor wiens patiënten de (verzekerde) zorg wordt voortgezet. Het ligt voor de hand dat deze kosten vallen onder de hiervoor onder 3.4 genoemde kosten van voortzetting en overdracht van zorg. Wellicht dat, gelet op het bijzonder belang bij voortzetting van deze overeenkomst, nog andere wettelijke mogelijkheden bestaan om de verzekering zoveel als mogelijk te kunnen voortzetten, uiteraard tegen betaling van hetgeen ook buiten faillissement verschuldigd zou zijn aan de verzekeraar voor de verzekering voor de periode na faillissement.

39. Curatoren MC Slotervaart nemen ook deel aan deze discussie.

3.6. *Geen procedure voor overdracht patiënten*

MC Slotervaart beschikte niet over een plan voor overdracht van de patiënten(groepen) aan de omliggende ziekenhuizen. De bespreking van een dergelijk plan in een fase waarin het ziekenhuis op omvallen staat is lastig. Maar het gevolg was dat de overdracht van de tientallen klinische patiënten, die binnen een paar dagen moest plaatsvinden, de dag na de surseance in spoedoverleg met de omliggende ziekenhuizen tot stand moest worden gebracht. Voor de overige patiënten zijn op 21 november 2018 de namen van zorginstellingen gepubliceerd waar zij, desgewenst, hun zorg konden voortzetten.⁴⁰ Voorts bleek dat de patiëntendossiers niet op elke afdeling geheel op orde waren en klaar voor overdracht, wat een zorgvuldige overdracht lastig maakte.

Het zou verstandig zijn wanneer iedere zorginstelling, voordat continuïteitsproblemen ontstaan, beschikt over een overzicht van haar populatie patiënten en plannen over een voorkeursverdeling heeft klaarliggen zodat na faillietverklaring met de zorgverzekeraars spoedig tot een verdeling van de patiëntenpopulatie kan worden gekomen. Er moet op dit punt dus bij iedere zorginstelling een plan van aanpak voor overdracht klaarliggen dat periodiek wordt geactualiseerd. De IGJ moet hierop, voordat continuïteitsproblemen ontstaan, toezicht houden. Bespreking van de overdracht van elkaars patiënten(groepen) in een fase waarin nog geen acute nood is gaat beter dan wanneer een zorginstelling in nood hierover overleg moet voeren met een collega-instelling met als gevolg dat grote onrust ontstaat en het gevaar bestaat dat de ernstige financiële positie van de zorginstelling bekend wordt, met alle (nadelige) gevolgen van dien. Overigens waren de omliggende ziekenhuizen in het geval van MC Slotervaart zeer snel met handelen en waren zij uiterst behulpzaam bij de overdracht⁴¹, maar meer rust na faillissement door een goede voorbereiding voorkomt risico's.

3.7. *Geen procedure voor overdracht en opslag dossiers patiënten*

Curatoren waren door de rechtbank aangesteld voor de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart. De vraag werd gesteld of daaronder ook viel het voldoen aan de verplichting van art. 7:454 lid 3 BW. In deze bepaling is een

40. Daarnaast zijn door curatoren 73.000 brieven verstuurd aan de patiënten en de huisartsen om hen hierover te informeren. De patiënt heeft overigens een eigen keuze hierin en kan dus zelf een nieuwe behandelaar kiezen. De verdeling geldt dus alleen voor die patiënten die geen (andere) keuze maken.

41. Zie: 'Veerkracht en betrokkenheid: Goede zorg na overdracht uit MC Slotervaart', Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, Utrecht november 2019.

bewaarplicht voor de patiëntendossiers opgenomen voor (thans) 20 jaar. Voor de beantwoording van deze vraag konden curatoren niet terugvallen op gelijke situatie⁴² en er bestond geen procedure voor. Voor de beantwoording van de vraag is van belang wat de kwalificatie is van de bewaarplicht. Wat voor soort verplichting is dit?

Deze verplichting is te beschouwen als een contractuele verplichting van het ziekenhuis (werkgever van de artsen die de geneeskundige behandelovereenkomsten hebben gesloten) en de patiënten. Deze vloeit voort uit de geneeskundige behandelingsovereenkomsten die MC Slotervaart heeft gesloten met haar patiënten. In dit faillissement was MC Slotervaart de partij, en niet de behandelend arts, omdat alle artsen in loondienst waren bij het ziekenhuis. De bewaarplicht kan niet worden beschouwd als een boedelschuld.⁴³ Toch werd er door verschillende partijen gesteld dat de verantwoordelijkheid van de opslag van de medische dossiers na faillissement op curatoren zou rusten en dat zij dus voor nakoming van deze wettelijke verplichting moesten zorgdragen. Gesteld werd dat de curator na faillietverklaring het ziekenhuis vertegenwoordigt en de verplichtingen die op het ziekenhuis rusten met betrekking tot de opslag van medische dossiers na faillissement automatisch op de curator zijn komen te rusten. De kosten hiervan bedroegen ongeveer € 5 miljoen. Er werd een vergelijking gemaakt met een op de curator rustende verplichting tot beëindiging van een overtreding van de milieuwetgeving.

Curatoren konden (en wilden) de substantiële kosten niet dragen, zo deze verantwoordelijkheid al op hen zou rusten.⁴⁴ Wanneer de stelling juist zou zijn dat deze kosten door de boedel gedragen zouden moeten worden, zou het risico bestaan dat bij faillissementen waar onvoldoende boedelactief is niet voor opslag van de dossiers zou kunnen worden zorggedragen. Dat leek curatoren (maatschappelijk) ongewenst. Zou de boedel deze kosten wel kunnen dragen dan nog is het de vraag of dit wel ten laste van de gezamenlijke schuldeisers kan worden gebracht nu eerder sprake is van het dienen van een maatschappelijk belang dan van een schuldeisersbelang. Bovendien verwachtten curatoren niet dat zij 20 jaar in functie zouden zijn en zij dus niet zouden kunnen zorgen voor de

42. Bij een eerder faillissement van een ziekenhuis was sprake van een doorstart gelijk na faillissement en speelde niet, zoals bij MC Slotervaart, dat het ziekenhuis voorgoed de deuren sluit.

43. En valt niet onder een van de categorieën boedelschulden als genoemd door de Hoge Raad, zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) en Hoge Raad 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

44. Het archief was enorm. Het bestond uit 4 km archief opgeslagen in het Centraal Medisch Archief van MC Slotervaart, 216 pallets archief op twee externe locaties en 600.000 digitale patiëntendossiers van (oud) patiënten van het ziekenhuis.

nakoming van deze verplichting. Tenslotte hebben curatoren erop gewezen dat zij door de rechtbank zijn aangesteld om de boedel te beheren en te vereffenen, maar niet zijn te beschouwen als (een vertegenwoordiger van) de gefailleerde zorginstelling. De analogie met milieuzaken gaat niet op omdat het daar gaat om een publiekrechtelijke verplichting die volgens de bestuursrechter rechtstreeks rust op de curator in zijn hoedanigheid en die bestuursrechtelijk handhaafbaar is. Daarvan is geen sprake in het geval van de bewaarplicht van medische dossiers. De privacywetgeving vormde tenslotte een groot probleem bij de oplossing. Hoe kon tot overdracht worden overgegaan met instemming van de (zeer vele en voor curatoren onbekende en onbereikbare) patiënten?

Na uitvoerig overleg, waaraan is deelgenomen door de minister voor Medische Zorg en Sport, de IGJ en de zorgverzekeraars, heeft de minister bij brief van 13 maart 2019 aan de Tweede Kamer bevestigd dat het zorgdragen voor het bewaren en toegankelijk houden van dossiers eerste verantwoordelijkheid blijft van de zorgverlener. In zeer specifieke gevallen van aantoonbare overmacht waarin bijvoorbeeld geen doorstart plaatsvindt, zal de Rijksoverheid zorgen voor een ‘last resort’ functie, zodat altijd voorkomen wordt dat medische dossiers tussen wal en schip raken. De minister heeft daarom toegezegd in het specifieke geval van het faillissement van MC Slotervaart de kosten van het bewaren en toegankelijk houden van de dossiers voor zijn rekening te nemen.⁴⁵

Het UMCU in Utrecht heeft vervolgens met ingang van 20 april 2020 alle dossiers overgenomen, waardoor de (oud) patiënten van MC Slotervaart hun dossier kunnen opvragen. Voor deze zaak is dus een oplossing gevonden. Maar er dient duidelijkheid te komen voor curatoren, zorginstellingen en patiënten wat er met de patiëntendossiers moet gebeuren na faillietverklaring zodra de instelling voorgoed haar deuren sluit. Ook hier lijkt het voor de hand te liggen dat de zorgverzekeraars de kosten dragen voor het bewaren van de dossiers van de bij hen verzekerde patiënten in verband met de aan hen verstrekte of te verstrekken zorg.

Voorts is toezicht nodig van IGJ op het op orde houden van de dossiers. Er moet, analoog aan de procedure die is ontwikkeld bij MC Slotervaart, een procedure worden vastgesteld op grond waarvan curatoren/zorginstellingen patiëntendossiers kunnen overdragen aan een andere zorginstelling, waarbij sprake is van een garantie voor betaling van de kosten voor deze overdracht en het bewaren. Dit zal niet nodig zijn wanneer een wettelijke bepaling wordt ingevoerd dat de

45. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2018-2019, 29 247, nr. 269, brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 13 maart 2019.

patiëntendossiers in geval van faillissement niet meer bewaard hoeven te worden. Ik betwijfel overigens of dat laatste in het belang is van de patiënten en zou daarvan geen voorstander zijn.

Het is te hopen dat de in de consultatieversie van de Uitvoeringswet AVG voorgestelde wijziging van art. 30 lid 3 AVG⁴⁶ wet wordt. Alsdan lijkt het privacy-probleem, dat zich voordoet bij de overdracht van de medische dossiers van patiënten, te zijn opgelost. Hierin is een extra uitzondering opgenomen op het verbod van gegevensverwerking inzake gegevens over gezondheid, zodat de medische dossiers in geval van faillissement zonder privacy-problemen kunnen worden overgedragen aan een andere instelling.

3.8. *Geen doorstart mogelijk*

Zo positief als een mogelijke doorstart kort na faillissement meestal wordt ontvangen, zo kritisch stonden diverse partijen tegenover een doorstart van MC Slotervaart. Er was sprake van grote tegenwerking van alle kanten voor het totstandbrengen van een mogelijke doorstart door een externe partij die ervaring had met de doorstart van een ander failliet ziekenhuis. En dat terwijl na de doorstart patiënten en artsen bij elkaar zouden kunnen blijven, de zorg ongestoord zou kunnen worden voortgezet in hetzelfde ziekenhuispand en de patiëntendossiers ook op dezelfde plaatsen bewaard zouden kunnen blijven. Een doorstart zou dus veel onrust, kosten en risico's besparen. In de toekomst zal mijns inziens meer aandacht moeten worden besteed aan de grote voordelen van een doorstart van een failliete zorginstelling. Bij discussies over een mogelijke doorstart moeten partijen (nog) meer oog houden voor het algemeen patiëntenbelang dan de overige belangen zoals bijvoorbeeld de ordening van het zorglandschap. Het niet laten doorgaan van een doorstart, en daar niet gezamenlijk met alle stakeholders vol op inzetten, heeft een hoop onrust veroorzaakt bij MC Slotervaart. Afgebroken/vertraagde behandeltrajecten, gestopte opleidingstrajecten voor artsen en zeer veel kosten, onder meer voor de overdracht van de patiëntendossiers, waren hiervan het gevolg.

3.9. *Gemeentelijk voorkeursrecht*

De Gemeente Amsterdam heeft twee weken na faillissement een voorkeursrecht op het ziekenhuispand van MC Slotervaart gevestigd. Daardoor werd de uitoefening van de wettelijke taak van het te gelde maken van het actief onmogelijk

46. Onderdeel M in het concept wetsvoorstel, zie ook concept MvT, p. 17-22.

en werd het totstandbrengen van een doorstart en de afwikkeling van het faillissement uiterst complex. Zonder medewerking van de gemeente was opeens niets meer mogelijk. Een zo sterke positie van een gemeente bij het boedelbeheer door de curator past niet in het systeem van de Faillissementswet. Beslagen vervallen⁴⁷ en de curator beheert de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris. Het voorkeursrecht past niet in dit systeem. Het is wenselijk dat wordt onderzocht of nieuwe wetgeving noodzakelijk is om te voorkomen dat een gemeente een (voor voortzetting van de zorg noodzakelijk) vermogensbestanddeel, dat valt onder het beheer van een door de rechtbank aangestelde curator na faillissement uit de boedel kan halen door het vestigen van een voorkeursrecht. Het ziekenhuis pand is essentieel voor het voortbestaan van de zorg op die plek. Het maatschappelijk belang dat daarmee kan worden gediend moet gaan boven het belang van een gemeente op verwerving van het ziekenhuis pand om eigen plannen te kunnen ontwikkelen op die plek.

3.10. *Onduidelijkheid over de taak van de curator*

De taken van een curator van een zorginstelling gaan veel verder dan het beheren en vereffenen van de boedel. Er zijn immers patiënten die niet in de steek gelaten mogen worden en afhankelijk zijn. Maar aan de andere kant is er een ziekenhuis dat dicht gaat en geen middelen heeft voor voortzetting van de activiteiten.

Hier ontbreekt wetgeving voor de botsende belangen. Uiteraard kan worden gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad. En natuurlijk zal een zorgvuldig handelend curator zijn uiterste best doen de patiëntveiligheid te garanderen. Maar daarvoor heeft hij geld nodig, rust en ondersteuning door personeel, dat ontslagen wordt en dus nog maar voor korte tijd aan het ziekenhuis verbonden zal zijn. De curator zal dan de belangen van de patiënten soms laten prevaleren boven de financiële belangen van de gezamenlijke crediteuren, voor wie hij nu juist is aangesteld. Daarnaast kan de vraag worden gesteld welke toezichthouder voor gaat: de IGJ, aan wie dagelijks gerapporteerd moet worden en die bewaakt of alle regels worden nageleefd, of de rechter-commissaris in het faillissement, die toezicht houdt op de afwikkeling van de boedel door de curator? De ene toezichthouder zal de curator waarschijnlijk een andere maat nemen dan de andere toezichthouder. Ook de OVV heeft gewezen op deze botsende belangen.⁴⁸

47. Art. 33 lid 2 Fw.

48. Onderzoeksraad voor Veiligheid, 'Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico's voor patiëntveiligheid', p. 10, Den Haag, december 2019.

De oplossing kan worden gevonden in aanpassing van art. 68 Fw op grond waarvan de curator in de eerste weken van een zorgfaillissement, waarin hij overwegend bezig is met zorg of overdracht van zorg, de patiëntveiligheid kan laten prevaleren boven het boedelbelang. Daarnaast dient de financiering hiervoor te worden verzekerd, via de zorgverzekeraars op basis van een verstrekte financiering of via een door hen opgericht noodfonds, zodat de curator deze algemene taak kan uitoefenen.⁴⁹

4. Conclusie

De taak van de curator van een zorginstelling is hybride. Gedurende de eerste periode waarin de (voortzetting en overdracht van) zorg van de patiënten centraal staat heeft hij voornamelijk een maatschappelijke taak. Wanneer deze zorg is afgewikkeld verschiet de taak van kleur en wordt de curator de afwikkelaar van het vermogen van de failliet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Om deze taak zo goed mogelijk te kunnen vervullen, en de schade bij betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, is het wenselijk dat elk zorgfaillissement wordt voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase en de aanstelling van een beoogd curator. De Eerste Kamer wordt opgeroepen WCO I nu snel aan te nemen.

Wanneer sprake is van een faillissement moet in de toekomst duidelijk zijn dat (en door wie) de voortzetting en de overdracht van de zorg wordt betaald, anders dan uit het boedelactief (wat immers niet altijd voldoende is). Die duidelijkheid moet nu snel volgen omdat een groot aantal zorginstellingen als gevolg van de huidige economische ontwikkelingen in zwaar weer verkeert. Het overeind houden van elke zorginstelling moet geen doel op zich worden omdat de gevolgen van een eventueel faillissement nog onvoldoende zorgvuldig zijn gedempt. Daar waar een curator een meer maatschappelijke taak vervult dan de taak van boedelberedderaar voor de gezamenlijke schuldeisers moet de maatschappij haar verantwoordelijkheid nemen. Daarvoor is nu nog geen vast beleid ontwikkeld en moet dus per faillissement bekeken worden hoe dit moet worden afgewikkeld. De lessen van de ziekenhuisfaillissementen uit 2018 zijn duidelijk. Nooit meer op deze wijze een onvoorbereid faillissement met het risico van schade bij patiënten. Daarvoor is nog een hoop werk aan de winkel. De zorgverzekeraars vervullen daarbij een cruciale rol.

49. Zie hiervoor onder 3.4.