

Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator

TvI 2021/23

In de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen was vooraf nage- noeg niets geregeld voor het geval zich een faillis- sementsscenario zou voordoen. Dit had onverant- woordde risico's voor de patiëntveiligheid tot gevolg. Toen het stof was neergedaald, hebben verschillende instanties naar de gang van zaken onderzoek ge- daan. De auteurs behandelen de rapporten die naar aanleiding van die onderzoeken het licht hebben ge- zien en bespreken de daarin gedane aanbevelingen door de bril van de curator. Zij sluiten af met enkele eigen aanbevelingen.

1. Inleiding

Op 25 oktober 2018 gingen na een surseance van twee dagen MC Slotervaartziekenhuis B.V. en MC IJsselmeerziekenhuizen B.V. failliet. De faillissementen kwamen onverwacht en ongecontroleerd.

Ofschoon het al twee maanden duidelijk was dat er aanzienlijke financiële problemen waren, hadden de besturen en betrokken zorgverzekeraars nagenoeg geen voorbereidingen getroffen. Bijgevolg was er op dag één van de faillissementen niets geregeld. Het betekende dat de curatoren zich geconfronteerd zagen met lopende ziekenhuizen met patiënten. Openhouden zou gepaard gaan met aanzienlijke kosten. Kosten die niet waren gedekt. Maar openhouden moest wel, want de bedden waren nog gevuld en (dringende) polikliniekafspraken gepland. In het Slotervaartziekenhuis lagen op datum surseance zelfs nog mensen op de intensive care (ic).² Het leidde in de beginfase tot grote zorgen bij patiënten en personeel en daarmee tot maatschappelijke onrust. Achteraf bezien zijn echte ongelukken voorkomen, maar alle betrokkenen lijken het erover eens te zijn dat de patiëntveiligheid wel degelijk in gevaar is geweest.

De gang van zaken vormde aanleiding voor verschillende instanties om onderzoek te doen. Hoe had het zo ver kunnen komen? Hoe zou een ongecontroleerd faillissement in de toekomst kunnen worden voorkomen?

De onderzoeksbevindingen zijn vastgelegd in verschillende rapporten. Deze bespreken wij in dit artikel. Een belangrijk element daarbij in dit artikel is de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de verschillende betrokken spelers. Vooral wordt aandacht besteed aan de rol van de curator, met name in relatie tot de zorgverzekeraar. Wij schetsen een korte achtergrond van het zorgstelsel (§ 2), alvorens de bevindingen van de rapporten te bespreken (§ 3) en de reactie van de Minister daarop (§ 4). Daarna gaan wij in op de verhouding tussen patiëntenbelang en crediteurenbelang en bespreken wij de rol van de curator en andere betrokkenen in het licht van de achterliggende publiekrechtelijke en faillissementsrechtelijke kaders (§ 5). Ten slotte doen wij enkele aanbevelingen (§ 6). Zoals uit de conclusie (§ 7) zal blijken, zijn wij kritisch over de vanzelfsprekendheid waarmee een integrale verantwoordelijkheid van de curator voor de zorgverlening wordt aangenomen.

2. Beknopte achtergrondschets: het Nederlandse zorgstelsel

2.1 Gereguleerde marktwerking: ook ziekenhuizen kunnen failleren

In 2006 werd de marktwerking in de zorg geïntroduceerd. Wanneer zorgaanbieders en zorgverzekeraars concurreren om de gunst van de patiënten respectievelijk verzekeren,³ komt dat ten goede aan de kwaliteit en de kosten van de zorg, zo was de gedachte. Vanaf 2006 is gefaseerd overgegaan van gegarandeerde omzetten naar concurrentie en P*Q-bekostiging.⁴ Er is sprake van een gereguleerde markt. Van overheidswege wordt toezicht gehouden en er is een breed scala aan wet- en regelgeving waar zorgaanbieders en zorgverzekeraars zich aan hebben te houden.

Bij marktwerking hoort ook dat zorgaanbieders failliet kunnen gaan. Hoewel de overheid aanvankelijk nog enkele keren financieel bijspoon bij grote zorgaanbieders in problemen,⁵ nam de Minister in 2011 formeel het standpunt in dat zorgaanbieders die in financiële problemen verkeren, geen steun krijgen.⁶ De betrokkenen worden zo optimaal gestimuleerd om een dreigend faillissement te voorkomen en verantwoordelijkheid te nemen, aldus de Minister. Indien

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: H.M.D. Bentfort van Valkenburg en J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen en onderzoeksrapporten vanuit het perspectief van de curator', TvI 2021/23. Henri Bentfort van Valkenburg en Juliette van de Wiel zijn beide advocaat bij DVDW Advocaten te Den Haag. Beiden zijn betrokken bij de afwikkeling van het faillissement van Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis te Spijkenisse, eerstgenoemde als een van de curatoren.

2 Openbaar verslag 1, Faillissement Slotervaartziekenhuis, p. 13.

3 Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen (Commissie-Van Manen), *De aangekondigde ondergang, onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 282, p. 101.

4 T. Hekman, K. Meersma, & J. Rijken, 'De faillerende zorginstelling', *O&F 2017/251*.

5 Zie voor een meer uitvoerige beschouwing over die financiële steun: F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart', *FIP 2020/83*, M. Driessse, 'Zorgaanbieders in financiële moeilijkheden', *Bb 2012/57* en Hekman e.a. 2017.

6 *Kamerstukken II 2010/12*, 32 620, nr. 10.

nodig zal de overheid continuïteit van de zorg waarborgen, maar niet langer de continuïteit van de zorgaanbieder zelf.

De faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen zijn pas het derde en vierde ziekenhuisfaillissement. De verwachting is echter dat er meer faillissementen zullen volgen. Een uitvloeisel van het gereuleerde marktstelsel is namelijk dat er relatief veel financieel zwakke ziekenhuizen zijn, die geen middelen hebben om de nodige investeringen te doen.⁷ Daarnaast zullen de omzetten in de komende jaren alleen maar verder afnemen. Achtergrond hiervan is het recent sectorbreed afgesproken beleid van 'de juiste zorg op de juiste plek', met onder meer als doel het verplaatsen van (duurdere) ziekenhuiszorg naar andere (goedkopere) zorgaanbieders.⁸

2.2 De spelers op de zorgmarkt

In dit artikel richten wij ons op de medisch-specialistische zorg. De vergoeding hiervan is onder meer geregeld in de Zorgverzekeringswet (Zvw). Medisch-specialistische zorg wordt afgerekend door zorgverzekeraars, met wie patiënten een verzekeringsovereenkomst hebben gesloten. In Nederland zijn er in 2021 elf zorgverzekeraars, die onder verschillende labels zorgverzekeringen aanbieden. De vier grootste hebben gezamenlijk circa 85% van de markt in handen.⁹ Ze kopen de benodigde zorg in door contracten te sluiten met aanbieders van medisch-specialistische zorg.¹⁰ De kern van de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar is zijn zorgplicht. Artikel 11 Zvw is de basis hiervan, met nadere uitwerking in een beleidsregel van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).¹¹ In de praktijk wordt de inhoud van deze zorgplicht op verschillende manieren uitgelegd, zoals de bespreking van de rapporten hierna ook zal laten zien. Inmiddels heeft de NZa naar aanleiding van de faillissementen in een document haar verwachtingen uitgesproken over hoe zorgverzekeraars uitvoering moeten geven aan hun zorgplicht bij discontinuïteit.¹² In het kader van een ziekenhuisfaillissement is tot slot ook artikel 13 lid 5 Zvw relevant. Daarin is bepaald dat de verzekerde bij beëindiging van de overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder recht houdt op zorgverlening door de aanbieder voor rekening van de zorgverzekeraar.¹³

De zorginstellingen met een zogeheten toelating en de daar al dan niet in loondienst werkzame hulpverleners verlenen

de daadwerkelijke zorg.¹⁴ Afhankelijk van de omstandigheden zal ook het ziekenhuis partij zijn bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt en heeft het uit dien hoofde de verplichting om goede zorg te verlenen.¹⁵ Deze verplichting heeft het ziekenhuis ook op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).^{16, 17}

De vergoedingssystematiek is nader vastgelegd in regelgeving van de NZa.¹⁸ De zorginstelling onderhandelt binnen dat kader van regels met de zorgverzekeraar over de prijzen die het ziekenhuis mag declareren voor zogenaamde diagnose-behandelcombinaties (DBC's). Vaak gaat het om contracten voor maar één jaar, waarover zorginstelling en zorgverzekeraar niet zelden pas lopende het contractjaar overeenstemming bereiken. Omdat de geleverde zorg pas achteraf kan worden gedeclareerd, ontvangen ziekenhuizen doorgaans voorschotten van de zorgverzekeraar. Zorgverzekeraars zijn daarmee niet alleen opdrachtgever van het ziekenhuis, maar tevens financier van het onderhanden werk. Bijgevolg kan de zorgverzekeraar een belangrijke invloed uitoefenen op de liquiditeit¹⁹ en het beleid van het ziekenhuis.

Het toezicht op de markt, op de zorgaanbieder en op de naleving van de zorgplicht van de zorgverzekeraars is ingevolge de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) belegd bij de NZa.²⁰ De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) houdt toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorg.²¹ De zorgmarkt kent daarnaast nog vele andere spelers, die in deze faillissementen geen of een meer beperkte rol hadden en die wij daarom onbesproken laten.²²

3. Bespreking onderzoeksrapporten

3.1 Verschenen rapporten

Naar aanleiding van de faillissementen verscheen er inmiddels een aantal rapporten. In dit artikel behandelen wij de navolgende vier rapporten:

- Onderzoeksraad voor de Veiligheid (OVV), *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, december 2019;²³
- Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen (Commissie-Van Manen), *De aangekondigde ondergang*,

7 Zie in dit verband onder meer de BDO-Benchmark ziekenhuizen 2020, *Stagneren of transformeren, Sector dringend toe aan serieuze ingreep*, oktober 2020.

8 Afgesproken in het Hoofdlijnenakkoord medisch-specialistische zorg 2019 t/m 2022 (*Kamerstukken* 2017/18, 29 248, nr. 309).

9 Zie de website van Zorgwijzer, een partij die zorgverzekeringen vergelijkt: <https://www.zorgwijzer.nl/faq/welke-zorgverzekeraars-zijn-er>.

10 In geval van de (meest voorkomende) naturapolis. Zorgverzekeraars bieden ook restitutieplossen aan. Zie voor een toelichting op het onderscheid: M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *Tvl* 2020/25.

11 Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR 0040215).

12 NZa, 'De zorgplicht: handvatten voor zorgverzekeraars', https://puc.overheid.nl/nza/doc/PUC_323566_22/1/.

13 Zie voor een uitvoerige beschouwing over de zorgplicht: L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement', *NJB* 2020/570.

14 Dit betreft een toelating op grond van de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi), welke op korte termijn zal worden vervangen door Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza). De Wtza zal op 1 januari 2022 in werking treden.

15 Artikel 7:453 BW.

16 Artikel 2 en 3 Wkkgz.

17 Zie voor een meer uitvoerige beschouwing over de normen voor de zorgaanbieder: T. van den Ende, 'Een failliet ziekenhuis, wat te doen met de patiënt?', *Tijdschrift Zorg & Recht in Praktijk* 2019/1, en Schreurs (2020).

18 O.m. in de Regeling medisch-specialistische zorg (NR/REG-2103a) en de Beleidsregel prestaties en tarieven medisch-specialistische zorg (BR/REG-21106a).

19 Zie ook: E.C. Bos, 'Voersignalering in de zorg; de rol van de raad van commissarissen bij een zorginstelling in zwaar weer', *TvOB* 2021, 2.

20 Artikel 16 Wmg.

21 Artikel 24 Wkkgz.

22 Voor de ziekenhuiszorg zijn dat onder meer Zorginstituut Nederland, College Sanering Zorginstellingen, Waarborgfonds voor de Zorgsector en de Minister van Medische Zorg.

23 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31 016, nr. 269.

onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen, maart 2020;²⁴

- IGJ, *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschat – risico's voor goede en veilige zorg bij afbouw en overdracht van zorg*, november 2019;²⁵
- IGJ, *Kwetsbaar en krachtig: Ondanks risico's veilige zorg na faillissement IJsselmeerziekenhuizen*, december 2019.²⁶

Alle uitgevoerde onderzoeken hadden ten doel om de gebeurtenissen rondom de faillissementen te duiden en daarvan te leren. Dat leidt tot enige overlap, maar bij de verschillende rapporten ligt de nadruk vaak op één aspect in het bijzonder. Zo richt het onderzoek van de OVV zich voornamelijk op de ontstane gevaren voor de patiëntveiligheid en hoe die in de toekomst kunnen worden voorkomen. De rapporten van de IGJ gaan eveneens over de kwaliteit en veiligheid van de zorg, maar belichten dit vanuit de vraag op welke wijze de IGJ haar toezichtsrol heeft vervuld. De Commissie-Van Manen richt zich tot slot meer op de feitelijke gang van zaken en onderzoekt hoe de gedragingen van de betrokken spelers zijn te begrijpen, mede tegen de achtergrond van de gereguleerde zorgmarkt. Wij bespreken hierna de meest opvallende bevindingen uit de rapporten. Deze zijn kritisch van aard. Voor een volledig beeld, ook van de zaken die juist wel goed verliepen, verdient het aanbeveling om de rapporten te lezen.

Er verschenen tot nu toe nog drie andere rapporten naar aanleiding van de faillissementen. Deze vallen echter buiten het bestek van dit artikel. Het betreft in de eerste plaats het gezamenlijke rapport van de IGJ en de NZa over hun onderzoek naar het gevoerde bestuur bij het Slotervaartziekenhuis in de periode 2014–2018.²⁷ Onderwerp van onderzoek betrof de naleving van de Governancecode Zorg en de vraag of sprake is geweest van belangenverstremming. Evenmin bespreken wij de twee rapporten van de IGJ over het toezicht op de zorgaanbieders, die de patiënten van de ziekenhuizen hebben overgenomen.²⁸ Onderzoeken die nog lopen, zijn het rechtmatigheidsonderzoek van de curatoren van IJsselmeerziekenhuizen²⁹ en het onderzoek van de IGJ en de NZa naar het gevoerde bestuur bij IJsselmeerziekenhuizen. In het faillissement van het Slotervaartziekenhuis doen de curatoren geen rechtmatigheidsonderzoek, nu daar een faillissementsakkoord tot stand is gekomen.³⁰

24 Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 282.

25 Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 256.

26 Bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 270.

27 IGJ en NZa, *Faillissement Slotervaartziekenhuis B.V., Onderzoek naar goed bestuur in de periode 2014–2018, november 2020, Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 299.

28 IGJ, *Veerkracht en betrokkenheid: goede zorg na overdracht uit MC Slotervaart*, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 256, en IGJ, *Veerkracht en betrokkenheid: goede zorg na overdracht uit MC IJsselmeerziekenhuizen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 270.

29 Openbaar verslag 11, *Faillissement IJsselmeerziekenhuizen*, p. 8.

30 Openbaar verslag 5, *Faillissement Slotervaartziekenhuis*, p. 15. Een onderzoek van de Gemeente Amsterdam om de curatoren te dwingen om alsnog een rechtmatigheidsonderzoek te verrichten werd ook in hoger beroep afgewezen (Rb. Amsterdam 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889).

3.2 OVV

3.2.1 Onderwerp van onderzoek

De OVV is ingesteld ingevolge de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid en valt, als zelfstandig bestuursorgaan (zbo), onder het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.³¹ De OVV beslist zelf waarover hij onderzoeken instelt. Dit gebeurt na een incident of wanneer een structureel veiligheidstekort wordt gesignaleerd. Naar aanleiding van elk onderzoek publiceert de OVV een rapport over zijn bevindingen, waarin ook aanbevelingen voor de toekomst zijn opgenomen.

In deze zaak was het onderzoeksdoel 'een bijdrage te leveren aan de (verbetering van de) patiëntveiligheid binnen het zorgstelsel waarin ziekenhuizen failliet kunnen gaan'.³² In het 131 pagina's omvattende rapport heeft de OVV veel oog voor de moeilijke positie van de curatoren in de beginperiode. Daarnaast zet de OVV behoorlijk wat kanttekeningen, met name bij het optreden van zorgverzekeraar Zilveren Kruis.

De OVV heeft geconstateerd dat er zich tijdens de afbouw en/of doorstart van beide ziekenhuizen verschillende risico's voor de patiëntveiligheid hebben gemanifesteerd. Daar worden diverse voorbeelden van genoemd. Volgens de OVV zouden deze risico's controleerbaar of vermijdbaar zijn met een gepaste voorbereiding op het faillissement. Van een dergelijke voorbereiding was in dit geval geen sprake.

3.2.2 Aanloop naar de faillissementen

De OVV besteedt eerst aandacht aan de aanloop naar de faillissementen. In het voorwoord wordt vermeld dat het onderzoek, zoals dat bij OVV onderzoeken te doen gebruikelijk is, niet ingaat op schuld of aansprakelijkheid. Sinds de zomer van 2018 was het voor de bestuurders en raden van commissarissen van de ziekenhuizen, de financiers, Zilveren Kruis en IGJ duidelijk dat de ziekenhuizen mogelijk zouden moeten sluiten als gevolg van financieel zwaar weer. Dit scenario werd echter niet uitgewerkt. De ziekenhuizen waren in het overleg met de zorgverzekeraar tot het laatste moment enkel gericht op bedrijfscontinuïteit. Het geven van ruchtbaarheid aan de situatie werd gezien als risico voor de bedrijfsvoering (personeel loopt weg).³³ Na aanvankelijk een verzoek tot financiële ondersteuning voor transitieplannen in de zomer van 2018 nog te hebben te gehonoreerd, wees de zorgverzekeraar een tweede verzoek in oktober 2018 af. De zorgverzekeraar gaf aan geen vertrouwen meer te hebben in de toekomstplannen. Verder vormde volgens Zilveren Kruis een beletsel dat niet duidelijk was wat gecontroleerd afbouwen zou gaan kosten.³⁴ Uit

31 Stb. 2004, 677.

32 Rapport OVV, p. 6.

33 Rapport OVV, p. 54 en 55.

34 Sterker nog, volgens de juridische afdeling van Zilveren Kruis kon de zorgverzekeraar beter geen medewerking aan afbouw verlenen, omdat hij vervolgens het verwijt zou kunnen krijgen de stekker eruit te hebben getrokken en zodoende het risico zou kunnen lopen op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

het onderzoek van de OVV blijkt dat de zorgverzekeraar dit besluit nam zonder een beeld te hebben van de consequenties daarvan voor de continuïteit van de zorg voor de patiënten.³⁵

De externe toezichthouders speelden in dit kader geen rol van betekenis. De IGJ had naar eigen zeggen vanaf de zomer van 2018 het toezicht wel geïntensiveerd 'maar bleef echter zoeken' naar welke financiële informatie ze in dat kader nodig had.³⁶ Op haar beurt vond de NZa dat onderdeel van haar rol is dat zij 'ruimte en vertrouwen geeft aan de zorgverzekeraars om zelf afwegingen te maken ten aanzien van welke maatregelen zij precies nemen om aan de zorgplicht te kunnen voldoen'.³⁷ In het OVV rapport blijft de rol van de interne toezichthouder onderbelicht.

Tegelijk met de beslissing om niet aan de transitieplannen mee te werken besloot de zorgverzekeraar om de inkomende declaraties te gaan verrekenen met reeds betaalde voorschotten.³⁸ Hierdoor werd het faillissement onafwendbaar. Door zo te handelen zag de zorgverzekeraar voor de regio Amsterdam 'kansen [...] om door middel van het faillissement de bestaande capaciteit [...] beter te benutten'.^{39, 40} De ziekenhuizen verzochten de zorgverzekeraar daarop om de volledige afbouw van zorg in het Slotervaartziekenhuis en de gedeeltelijke afbouw van zorg in de IJsselmeerziekenhuizen te financieren. Ook dit verzoek wees de zorgverzekeraar af. De zorgverzekeraar achtte het gecontroleerd afbouwen van de zorgactiviteiten voorafgaand aan het faillissement te onzeker, aangezien hij, aldus het rapport, 'niet wist hoeveel dit zou gaan kosten'. Hiermee werd de geldkraan dus feitelijk dichtgedraaid. Zilveren Kruis wist dat het verrekenen waarschijnlijk tot het faillissement zou leiden, maar legde de verantwoordelijkheid voor het voorkomen van een faillissement bij het bestuur van de ziekenhuizen.⁴¹ Het bestuur van Slotervaartziekenhuis heeft vervolgens het Ministerie van VWS om bijstand gevraagd, maar dat gaf aan 'formeel geen rol in deze fase' te hebben. Ook de IGJ, de NZa en de gemeente Amsterdam gaven niet thuis.⁴² Vervolgens zagen de ziekenhuizen zich genoodzaakt om surseance van betaling te vragen. In beide gevallen vond na enkele dagen omzetting in faillissement plaats. Volgens de OVV waren de zorgverzekeraar, de IGJ en de NZa vervolgens verbaasd over de snelheid waarmee dit was gebeurd. De NZa had

het faillissement niet op tijd zien aankomen omdat zij naar eigen zeggen niet was gekend in het voornemen en besluit van Zilveren Kruis om te gaan verrekenen.⁴³

3.2.3 Invulling van de zorgplicht door de zorgverzekeraar
In de onderhavige gevallen 'gaf de zorgverzekeraar, op een nauwe manier invulling aan de zorgplicht', aldus de OVV.⁴⁴ Enkel de vraag werd gesteld of er voldoende alternatief zorgaanbod in de regio was door capaciteitsramingen te doen. De zorgverzekeraar stond niet stil bij de vraag hoe een eventuele afbouw van zorg concreet moest worden vormgegeven en wat dit voor de individuele patiënt zou betekenen. De zorgverzekeraar legde zodoende de verantwoordelijkheid voor de voorbereiding van de faillissementen bij de ziekenhuizen en getrooste zich geen aanvullende inspanningen, ofschoon dit in het belang van de veiligheid van de patiënten wel noodzakelijk was. De OVV heeft vastgesteld dat de NZa, als toezichthouder op de zorgplicht, deze invulling van de zorgplicht door Zilveren Kruis onderschreef. Omdat de regelgeving onduidelijk is over de vraag wat de zorgplicht inhoudt, kan volgens de OVV niet worden gezegd dat de bestaande wettelijke eisen zijn geschonden.⁴⁵ Daarnaast vindt de OVV dat de marktwerking in het zorgstelsel prikkels geeft om de voorbereiding op een faillissements-scenario uit te stellen tot het laatste moment.⁴⁶ Volgens de OVV heeft hierdoor 'de zorgplicht van de zorgverzekeraar niet gefunctioneerd als een waarborg voor het organiseren van een gecontroleerde afbouw van zorg'.⁴⁷ De OVV constateert dat zorgaanbieder en zorgverzekeraar elkaar nodig hebben, maar dat de verantwoordelijkheidsverdeling niet is geregeld.

Volgens de OVV 'duidt [dit] op een ontwerpfout binnen het zorgstelsel'.⁴⁸ De huidige wet- en regelgeving omtrent de zorgplicht is 'niet expliciet over de rol van de zorgverzekeraar ten aanzien van de voorbereiding op een ziekenhuisfaillissement'.⁴⁹ De zorgplicht zou een waarborg moeten zijn voor een gecontroleerde afbouw van zorg in een faillerend ziekenhuis en voor de continuïteit van individuele diagnose- en behandeltrajecten. Zorgverzekeraars zouden faciliteiten moeten bieden bij de gecontroleerde afbouw of doorstart van zorgactiviteiten. De OVV noemt 'de garantie op een gecontroleerd faillissement [...] een essentiële randvoorwaarde voor een zorgstelsel waarin ziekenhuizen faillet kunnen gaan'.⁵⁰

3.2.4 Gang van zaken na surseanceverlening

Ook heeft de OVV onderzoek verricht naar de gang van zaken na verlening van surseance van betaling. De start van de insolventieprocedures bracht met zich mee dat de klinische en poliklinische zorg moest worden afgebouwd

35 Rapport OVV, p. 58.

36 Rapport OVV, p. 61.

37 Rapport OVV, p. 67.

38 De OVV noemt in dit kader nog dat volgens een intern advies bij Zilveren Kruis de zorgverzekeraar daarmee in ieder geval nog het financiële voordeel van elke dag waarop werd verrekend, genoot. Met de verrekende bedragen zou de vordering van de zorgverzekeraar worden vermindert tot de dag van het faillissement. De conclusie was daarom dat een faillissement voor de zorgverzekeraar voordeliger was (Rapport OVV, p. 51.)

39 Rapport OVV, p. 50.

40 Op p. 57 wordt in dit kader genoemd dat Zilveren Kruis zich in deze periode over 'de herinrichting van het zorglandschap' aan het beraden was en 'ambities [had geformuleerd] voor de verschillende zorgmarkten'. Daarin paste in de strategie van Zilveren Kruis het verdwijnen van de SEH's in Amsterdam en Lelystad.

41 Rapport OVV, p. 65-66.

42 Rapport OVV, p. 56.

43 Rapport OVV, p. 70.

44 Rapport OVV, p. 94.

45 Rapport OVV, p. 12.

46 Rapport OVV, p. 72.

47 Rapport OVV, p. 8.

48 Rapport OVV, p. 12.

49 Rapport OVV, p. 8.

50 Rapport OVV, p. 14.

of doorgestart. In het rapport komt naar voren dat volgens sommige betrokkenen bij het Slotervaartziekenhuis in de eerste dagen sprake was van een 'totale chaos'.⁵¹ Niemand wist echt wat hij moest doen. Er was veel overleg, maar het was moeilijk om daaraan concrete acties te verbinden.⁵² Het komt erop neer dat het meer geluk dan wijsheid zou zijn geweest dat er geen echte ongelukken zijn gebeurd. Na een week stelde het Ministerie van VWS twee externe medisch specialisten en een bestuurlijke ondersteuner ter beschikking van de curatoren van het Slotervaartziekenhuis om hen bij te staan met zorginhoudelijke en organisatorische expertise.⁵³

Bij het Slotervaartziekenhuis konden curatoren het personeel dat niet in loondienst was (PNIL) geen betalingsgarantie geven. Reeds op de dag van surseance stopten zij met werken, ook en juist waar het essentiële afdelingen, zoals de SEH, ic en ok's, betrof.⁵⁴ Dientengevolge kon de patiëntveiligheid niet worden gegarandeerd en moesten klinische patiënten direct worden ontslagen of overgedragen aan andere ziekenhuizen. Deze overdracht was bij het Slotervaartziekenhuis, waar geen doorstart plaatsvond, door de grote inzet van het wel nog aanwezige medische personeel in drie dagen een feit. Bij IJsselmeerziekenhuizen kon de klinische zorg aanvankelijk in stand blijven doordat de curatoren overeenstemming bereikten met Zilveren Kruis over financiering tot aan het moment van doorstart. Voorts was de overdracht bij het Slotervaartziekenhuis van poliklinische patiënten, met op datum surseance 18.000 geplande polikliniekafspraken, zeer gecompliceerd. Zo moesten veel patiëntendossiers nog geactualiseerd worden. In sommige gevallen was sprake van maanden achterstand. De OVV concludeert dat gebrek aan voorbereiding de afbouw van zorg moeilijk maakte.

3.2.5 Tegenstrijdige belangen

Ook trad vertraging op door de aanwezigheid van tegenstrijdige belangen. Waar in het Slotervaartziekenhuis in de eerste dagen nog hard was samengewerkt om de acute zorg af te bouwen, veranderde dit toen die druk van de ketel was. Bij de overdracht van de patiënten met minder hoge zorgnood, gingen ook andere belangen een rol spelen. Zo begonnen artsen zich met het oog op een doorstart en ter behoud van hun baan, carrière, inkomen en/of marktpositie strategisch op te stellen door te proberen patiënten aan zich gebonden te houden.^{55, 56} Verder was er het belang van schuldeisers, dat curatoren hebben te behartigen, versus het belang van patiënten bij een (tijdelijke) voortzetting van de zorg, dat veel geld kost. Voorts noemt de OVV in dit kader

dat ook de curatoren van het Slotervaartziekenhuis zich aanvankelijk richtten op instandhouding en een doorstart van het ziekenhuis om zodoende ten behoeve van de crediteuren een (hogere) opbrengst te genereren. Onbenoemd blijft dat curatoren daarbij tevens het patiëntenbelang voor ogen hadden.⁵⁷ Daaraan zou bijvoorbeeld tegemoet worden gekomen doordat, anders dan bij afbouw van de zorg, bij een doorstart de patiënt dezelfde zorgverlener zou kunnen houden.

Omliggende ziekenhuizen moesten bij de vraag of zij patiënten konden overnemen ook denken aan hun eigen belang: tot welke extra kosten zou dit leiden en waren die wel gedekt? Ook speelde het onderwerp privacy een rol. Mede gezien de hoeveelheid patiëntendossiers belemmerden de eisen van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een snelle overdracht. Bij alle betrokkenen was er onduidelijkheid over de wijze waarop kan worden overgedragen zonder de AVG te schenden. De Autoriteit Persoonsgegevens (AP) wilde zich hierover niet op voorhand uitspreken, alleen achteraf op schending van regels toetsen.⁵⁸ Op hun beurt hadden de zorgverzekeraars er belang bij het zorglandschap zo te herinrichten dat zij de zorg zo goedkoop mogelijk zouden kunnen inkopen. Door omliggende ziekenhuizen wel of geen contract te gunnen, konden de zorgverzekeraars beïnvloeden naar welk ziekenhuis patiënten wel of niet konden worden overgedragen.⁵⁹ Ook dit zorgde voor vertraging. De aanwezigheid van al deze belangen leidde er volgens de OVV toe 'dat het belang van de patiënt niet altijd de vereiste prioriteit kreeg'.⁶⁰ In het rapport noemt de OVV verschillende risico's voor de patiëntveiligheid.

3.2.6 Verantwoordelijkheidsverdeling

In de eerste dagen kwam de vraag naar voren wie verantwoordelijkheid droeg voor de patiëntveiligheid. Volgens Zilveren Kruis waren de specialisten verantwoordelijk op grond van 'goed hulpverlenerschap' en de curatoren medeverantwoordelijk.⁶¹ Dit werd onderschreven door de NZa en de IGJ. Zilveren Kruis en de curatoren legden de verantwoordelijkheid voor de overdracht van patiënten bij elkaar neer.⁶² Volgens de IGJ lag 'de bestuurlijke verantwoordelijkheid' voor het ziekenhuis bij de curator. Het beeld komt naar voren dat beide toezichhouders zich formeel en terughoudend opstelden. Zo had de NZa alleen oog voor de vraag of er voldoende zorgaanbod in de regio aanwezig was, waarmee aan de zorgplicht zou zijn voldaan. De OVV noemt de NZa op dit punt 'rolvast'.⁶³ De IGJ koos er aanvankelijk voor om op traditionele manier toezicht te blijven houden op de kwaliteit van zorg en rapporteerde dat de kwaliteit moest verbeteren. De overige partijen waren zich hiervan bewust en

51 Rapport OVV, p. 28-32.

52 Rapport OVV, p. 80.

53 Rapport OVV, p. 33.

54 Rapport OVV, p. 8.

55 Rapport OVV, p. 9 en 33.

56 Door middel van een kort geding hebben 43 specialisten van het Slotervaartziekenhuis met het oog op eigen doorstartplannen nog gepoogd curatoren te laten dwingen om de afbouw van de zorg uit te stellen. De voorzieningenrechter heeft deze vordering op 9 november 2019 afgewezen (ECLI:NL:RBAMS:2018:8121).

57 Zo begrepen de auteurs van de curatoren van het Slotervaartziekenhuis.

58 Rapport OVV, p. 85.

59 Ook in het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis speelde dit aspect een belangrijke rol. Zie M.W.T. Kampers & I.M.A. Lintel, 'Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement', *Tvl* 2017/18.

60 Rapport OVV, p. 10.

61 Rapport OVV, p. 82.

62 Rapport OVV, p. 83.

63 Rapport OVV, p. 90.

deden er al alles aan om dat te bewerkstelligen. De bijdrage van de IGJ werd daarom op dat moment als niet-productief ervaren. De IGJ nam later een meer adviserende rol aan.⁶⁴

3.2.7 *Inpassen binnen faillissementsrecht*

De OVJ wijst erop dat het faillissement van een ziekenhuis verschilt van een regulier faillissement doordat een ziekenhuis niet onmiddellijk zijn zorgactiviteiten kan beëindigen: de zorg moet worden afgebouwd en overgedragen. Dat kost tijd en geld. 'Door het faillissement wordt een ziekenhuis echter in een wettelijke en strategische context geplaatst die niet past bij de maatschappelijke functie die het vervult', aldus de OVJ.⁶⁵

Het faillissementsrecht houdt volgens de OVJ geen rekening met de maatschappelijke functie van een ziekenhuis. Het is hoofdzakelijk gericht op het schuldeisersbelang, hoewel de curator tegenwoordig ook rekening kan houden met andere belangen. De OVJ noemt in dat kader de werkgelegenheid of opsporing van mogelijk strafbare feiten. Volgens de OVJ krijgt de curator bij het faillissement van een ziekenhuis de verantwoordelijkheid om de zorg gecontroleerd af te bouwen of voort te zetten totdat een doorstart is gerealiseerd. Dit kan conflicteren met het crediteurenbelang dat de curator volgens de Faillissementswet voorop behoort te stellen. Daarbij heeft de curator over het algemeen geen ervaring met de afwikkeling van een failliet ziekenhuis dat in rep en roer is. In 2017 heeft het Ministerie van VWS de *Handreiking voor curatoren in de zorg* opgesteld.⁶⁶ Deze bevat echter alleen een beschrijving van hoe de zorg in grote lijnen werkt, benadrukt bij herhaling dat de curator verantwoordelijk is, maar biedt, zoals de OVJ het noemt, 'geen handelingsperspectief'.⁶⁷ Volgens de OVJ zou de curator het maatschappelijk belang van de patiëntveiligheid steeds boven het belang van de schuldeisers moeten plaatsen.⁶⁸

3.2.8 *Aanbevelingen*

De OVJ komt op basis van haar onderzoek tot de volgende aanbevelingen aan de wetgever:⁶⁹

- 1) De zorgplicht van de zorgverzekeraars moet in die zin worden herijkt dat de continuïteit van de zorg voor elke individuele patiënt bij een faillissement is gewaarborgd.
- 2) Op grond van hun zorgplicht moeten de zorgverzekeraars collectief garant staan voor de middelen om de zorg gecontroleerd af te bouwen en/of over te dragen. Dit kan bijvoorbeeld door het vormen van een gezamenlijk fonds.
- 3) Ingevoerd moet worden dat een ziekenhuis alleen failliet kan gaan na een periode van stil bewind, waarbij in die periode voorbereidingen worden getroffen voor een gecontroleerde afwikkeling.

- 4) Pas het faillissementsrecht zodanig aan dat de curator bij afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten laat prevaleren boven de belangen van schuldeisers.

3.3 *Commissie-Van Manen*

3.3.1 *Onderwerp van onderzoek*

De Minister heeft ook zelf, op verzoek van de Tweede Kamer, een onderzoekscommissie ingesteld. Deze 'Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen', ook wel – onder verwijzing naar haar voorzitter – de Commissie-Van Manen, heeft in maart 2020 haar onderzoek afgerond. Aan de hand van drie hoofdvragen heeft de Commissie onderzocht hoe de feitelijke gang van zaken rond de beide faillissementen was, hoe het handelen van de betrokken partijen is te begrijpen en welke lessen er zijn te trekken uit de faillissementen. Zij heeft voor het onderzoek gebruik gemaakt van de vele documenten die zij van de betrokken partijen heeft ontvangen.⁷⁰ Verder heeft zij interviews gehouden met ruim honderd betrokkenen. Het resultaat is een lijvig rapport.

3.3.2 *Analyse gedragspatronen en verantwoordelijkheden van betrokkenen*

Het rapport behandelt eerst uitvoerig de feiten en omstandigheden die zich voordeden in de aanloop naar en direct na de faillissementen. Daarna volgt een analyse van die omstandigheden en van de gedragspatronen van de betrokken partijen: de ziekenhuisbesturen, interne toezichthouders, medische staf, zorgverzekeraars, externe toezichthouders, Ministerie van VWS en omliggende zorgaanbieders.⁷¹ Net zoals de OVJ, wijst ook de Commissie erop dat zij niet op zoek is gegaan naar 'schuldigen'.⁷²

Aan bod komt onder meer de volharding van de ziekenhuisbesturen in hun toekomstvisie van het ziekenhuis als 'medical mall', terwijl hiervoor intern en extern geen draagvlak was. De Commissie bespreekt voorts het wantrouwen van en de discussies met de medische staf, en de sterke eenzijdige afhankelijkheid van Zilveren Kruis als de grootste zorgverzekeraar. Over die zorgverzekeraar merkt de Commissie op dat deze zich pas na de faillissementen is gaan oriënteren op mogelijkheden om de zorg bij wijze van 'warme' overdracht te verplaatsen, dat wil zeggen een gecontroleerde overdracht van patiënt inclusief dossier aan de nieuwe hulpverlener. Volgens de Commissie ontstaat het beeld dat de zorgverzekeraar de Mededingingswet als excuus heeft gebruikt om niet eerder te hoeven afstemmen met omringende ziekenhuizen en andere zorgverzekeraars.⁷³ Ten aanzien van de externe toezichthouders, IGJ en NZa, stelt de Commissie

64 Rapport OVJ, p. 91.

65 Rapport OVJ, p. 12.

66 Ministerie van VWS, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017.

67 Rapport OVJ, p. 77 en 78.

68 Rapport OVJ, p. 12.

69 Rapport OVJ, p. 96 en 97.

70 Met uitzondering van de curatoren van IJsselmeerziekenhuizen, die zich op het standpunt stellen dat het ontbreken van een wettelijke grondslag voor het informatieverzoek hen belet om documenten te verstrekken (Rapport Van Manen, p. 10).

71 Rapport Van Manen, hoofdstuk 3.

72 Rapport Van Manen, p. 7.

73 Rapport Van Manen, p. 113-114.

vast dat zij te lang een afwachtende houding hebben gehad. Die zou onder meer zijn voortgekomen uit de ervaring met eerdere ziekenhuisfaillissementen, die soepeler verliepen, en informatiegebrek. Opvallend is dat in de concept-continuïteitsplannen van de besturen van de beide ziekenhuizen de vraag nog moest worden beantwoord wie gedurende het proces van afbouw verantwoordelijk is, de regie voert en de kosten draagt, en dat geen van de betrokken partijen hier vervolgens verdere invulling aan heeft gegeven.⁷⁴

De rol van de curatoren komt slechts beperkt aan de orde. De Commissie schrijft dat de curator na het uitspreken van de faillissementen verantwoordelijk is voor de afbouw van zorg en het vereffenen van de boedel. Zij voegt daaraan toe dat continuïteit van de zorg, vanwege de zorgplicht, de verantwoordelijkheid is van de zorgverzekeraar, maar dat deze dit invult op macroniveau,⁷⁵ namelijk door na te gaan of er voldoende capaciteit in de regio is om de zorg door andere aanbieders te laten opvangen. De Commissie beschrijft ook de dilemma's dat curatoren de zorgverlening uit crediteurenbelang alleen kunnen voortzetten als een eventueel tekort in de exploitatie wordt opgevangen door een derde, terwijl het onmiddellijk sluiten ook geen optie is vanwege de risico's voor de patiëntenzorg, en dat de curatoren derden niet kunnen verplichten om financiële afspraken te maken teneinde dekking van de medische aansprakelijkheidsverzekering in stand te laten.⁷⁶ De Commissie doet geen aanbevelingen voor oplossingen.

3.3.3 Analyse van ontwikkelingen binnen de (gereguleerde) zorgmarkt

Daarna volgt een analyse van de ontwikkelingen binnen het stelsel van de (gereguleerde) zorgmarkt, governance en extern toezicht, en hoe deze doorwerkten bij de beide ziekenhuizen.⁷⁷ De Commissie is zeer kritisch over enkele van die ontwikkelingen, zoals de vaak scheve afhankelijkheidsrelatie tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraar, de marktmacht die de dominante zorgverzekeraar heeft bij de inkoop van zorg en het vooraf afspreken van de maximale productie die zal worden vergoed. Met name kleine ziekenhuizen zijn om verschillende redenen financieel sterk afhankelijk van zorgverzekeraars en hebben daardoor een zwakke onderhandelingspositie. Ook signaleert de Commissie de beperkte mogelijkheden voor ziekenhuizen om externe financiering aan te trekken om de nodige investeringen te kunnen doen. Voor banken is het financieren van een ziekenhuis niet zonder risico, terwijl het vanwege het winstuitkeringsverbod ook niet is toegestaan om een vergoeding te betalen over risicodragend kapitaal.⁷⁸ Zij besluit met de conclusie dat concurrentie niet past bij de veranderde tijdsgeest, waarin de noodzaak wordt gevoeld om ziekenhuiszorg te verplaatsen naar de eerste lijn. Dat is de zorg waar eenieder zonder doorverwijzing toegang toe heeft, zoals de huisarts.

74 Rapport Van Manen, p. 45.

75 Rapport Van Manen, p. 95.

76 Rapport Van Manen, p. 112-113.

77 Rapport Van Manen, hoofdstuk 4.

78 Rapport Van Manen, p. 102 e.v.

3.3.4 Conclusie en aanbevelingen

De conclusie van de Commissie luidt dat er niet één oorzaak is aan te wijzen voor de ongecontroleerde faillissementen.⁷⁹ Het gaat om een combinatie van systeemgerelateerde en 'casus-specifieke' gebeurtenissen, die zich veelal gelijktijdig voordeden en elkaar dus versterkten. De situatie is redelijk uniek, maar de onderliggende patronen niet, en dus zijn er volgens de Commissie lessen te leren. Zij spreekt van een falend gezamenlijk optreden van ziekenhuisbestuur, zorgverzekeraar(s), omliggende zorgaanbieders en externe toezichthouders. De betrokken spelers zaten te vast in hun eigen rol, waarbij zij wellicht kunnen menen dat zij hun rol hebben vervuld zoals van hen verwacht mochten worden conform het wettelijke kader, maar onbedoeld het uiteindelijke resultaat is dat patiënten te lang aan hun lot zijn overgelaten.⁸⁰

Hieruit vloeien aanbevelingen voort, die aan diezelfde partijen zijn gericht. De aanbevelingen hebben als belangrijkste uitgangspunt dat de bescherming van de patiënt een gezamenlijke primaire verantwoordelijkheid is van alle partijen. Zij moeten bereid zijn over hun eigen schaduw heen te stappen. Dat is een morele plicht, en moet niet worden gezien als uitbreiding van ieders juridische rol of verantwoordelijkheid. De zorgplicht gaat, aldus de Commissie, ook om de 'warme overdracht' van patiënten. Vanuit deze principes volgen, kort samengevat, de volgende aanbevelingen:

- 1) Aan het ziekenhuisbestuur: roep tijdig alle partijen uit de 'eerste ring' (ziekenhuizen, zorgverzekeraars, IGJ, NZa en omliggende ziekenhuizen) op om een gezamenlijk plan te maken.
- 2) Aan alle partijen uit de eerste ring: werk gezamenlijk scenario's uit, waarbij kwesties worden geformuleerd die in elk geval moeten worden geredresseerd, zoals de vraag hoe en wie de verschillende scenario's gaat financieren.

Verder doet de Commissie nog aanbevelingen met betrekking tot een duurzamere financiering van de ziekenhuiszorg en een goede interne governance. In verband met de rol van de curator in een ziekenhuisfaillissement worden geen aanbevelingen gedaan.

3.4 De IGJ rapporten

3.4.1 Ander perspectief: verantwoording

Van de hand van de IGJ zijn twee rapporten verschenen over de aanloop naar en de gang van zaken direct na de faillissementen. Elk faillissement heeft een eigen rapport. Anders dan bij de hiervoor beschreven rapporten, gaat het hier om een speler die zelf betrokken was bij de beide faillissementen. In de rapporten legt de IGJ verantwoording af over het door haar uitgevoerde toezicht op de kwaliteit van de zorg.

De rapporten zijn hoofdzakelijk gericht op zorginhoudelijke kwesties, zoals de vraag welke risico's voor goede en veilige

79 Rapport Van Manen, p. 117 e.v.

80 Rapport Van Manen, p. 93 en 114.

zorg er waren en hoe de curatoren en individuele hulpverleners hiermee zijn omgegaan. De rapporten geven daarmee een inkijk in de vele zorginhoudelijke aspecten waar de curator in een ziekenhuisfaillissement (al dan niet indirect) mee te maken krijgt, zoals problematiek omtrent verwijzings- en ontslagbrieven, het risico dat de normen voor maximale wachttijden worden overschreden en het melden van mogelijke calamiteiten bij de zorgverlening.

3.4.2 Risico's voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg IJsselmeerziekenhuizen was de enige zorginstelling in de regio. Al vrij spoedig na het faillissement was duidelijk dat het ziekenhuis grotendeels zou worden overgenomen. Tot het moment van de overname vier maanden na de faillietverklaring, hebben de curatoren de zorg voortgezet. De situatie was daarom onvergelykbaar met die rond het Slotervaartziekenhuis. Hoewel ook hier sprake was van een onvoorbereid faillissement en van maatschappelijke onrust, kon de overdracht in relatieve rust worden voorbereid. De IGJ signaleert weliswaar risico's omdat scenario's niet waren uitgewerkt, maar de patiëntveiligheid is volgens de IGJ daarbij niet in het geding geweest. Er zijn steeds tijdig maatregelen getroffen om risico's te beheersen.⁸¹

Anders dan bij IJsselmeerziekenhuizen, zijn de activiteiten bij het Slotervaartziekenhuis niet door de curatoren voortgezet en heeft geen doorstart plaatsgevonden. Dat maakte een overdracht van de vele patiënten en verschillende typen zorg naar in totaal dertien omliggende zorgaanbieders noodzakelijk.⁸² Omdat die overdracht niet was voorbereid, heeft deze veel tijd in beslag genomen en is er volgens IGJ chaos ontstaan.⁸³ Omliggende zorgaanbieders hadden zich niet kunnen voorbereiden op de grote aanwas aan nieuwe patiënten. Er was lange tijd onduidelijkheid over de vraag bij wie patiënten terecht konden. Huisartsen werden overbelast met vragen van patiënten omtrent doorverwijzing en medische informatie. Het Elektronisch Patiënten Dossier van het Slotervaartziekenhuis sloot niet aan bij dat van omliggende ziekenhuizen en er moest helderheid komen over de vraag in hoeverre afbouw nog onder de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar om goede zorg in te kopen valt. Complicerend was bijvoorbeeld ook dat de leverancier van het chemotherapeuticum niet meer wilde leveren. Een en ander doet de IGJ concluderen dat de abrupte afbouw tot ernstige risico's voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg heeft geleid en meer in het algemeen schadelijk is geweest voor het vertrouwen in de zorg. In beide faillissementen hebben zich echter geen calamiteiten⁸⁴ voorgedaan.⁸⁵

3.4.3 Rol van curatoren en zorgverzekeraars

In beide faillissementen hebben de curatoren een grote rol gehad in de afbouw, overdracht en voortzetting van de zorg. Zij zouden direct aan de IGJ hebben aangegeven zich verantwoordelijk te voelen voor de patiëntenzorg, maar niet de affiniteit en ervaring te hebben met het besturen van een zorginstelling.⁸⁶ De curatoren hebben crisisteam ingesteld, advies gevraagd van de IGJ en verschillende plannen opgesteld, met bemoeienis van de medische staf, omtrent overdracht, afschalen, transitie en – op verzoek van de IGJ – zorgbeleid.⁸⁷ De IGJ heeft de curatoren van Slotervaartziekenhuis op enig moment verzocht om bij de gesprekken met een ziekenhuis over overname bepaalde zorginhoudelijke aspecten in de overweging te betrekken.⁸⁸ Het valt op dat de IGJ de curator als een opvolger van het ziekenhuisbestuur lijkt te zien. Zij spreekt steeds van de 'bestuurlijke' verantwoordelijkheid van de curatoren, en in het verlengde daarvan van een 'integrale (eind)verantwoordelijkheid' voor de bedrijfsvoering en zorgverlening.⁸⁹

De rol van de zorgverzekeraars komt slechts beperkt aan de orde, wat ook begrijpelijk is omdat het toezicht daarop is belegd bij de NZa. Wel merkt de IGJ op dat bij de beslissing om uitstaande vorderingen te gaan verrekenen met declaraties van het ziekenhuis, de zorgverzekeraars niet aantoonbaar rekening hebben gehouden met de risico's voor de patiëntenzorg, terwijl die beslissing hiervoor voorzienbare grote consequenties had.⁹⁰

3.4.4 Conclusies en aanbevelingen

De IGJ ziet op het vlak van 'lessen trekken' in de eerste plaats een rol voor de zorgaanbieders zelf. Zij constateert echter ook dat zij heeft bemerkt dat een faillissement van een ziekenhuis dermate complex is, dat het voor haar niet volstaat om op reguliere wijze toezicht te houden. Onder omstandigheden zal de IGJ ook moeten adviseren, bemiddelen of coachen. Ook stelt zij zich ten doel om bij een faillissement samen met de curator tijd te maken om te bespreken welke informatie en inzichten de IGJ heeft en met de curator kan delen.⁹¹

De IGJ besluit met aanbevelingen voor zorgaanbieders in financiële problemen en voor curatoren en andere betrokkenen.⁹² De rapporten komen op dit punt grotendeels overeen. Voor zorgaanbieders geeft zij enkele concrete aandachtspunten bij financieel zwaar weer, zoals het in kaart brengen

81 Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 36.

82 Zeven ziekenhuizen en zes particuliere klinieken namen patiënten over (*Veerkracht en betrokkenheid: goede zorg na overdracht uit MC Slotervaart*, p. 8).

83 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 25-29.

84 Volgens artikel 1 Wkkgz is een calamiteit een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van een cliënt of een ernstig schadelijk gevolg voor een cliënt heeft geleid.

85 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 35 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 31.

86 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 39.

87 Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 17 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 15 en 16.

88 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 37. Het ging hier om de bariatrische zorg (behandeling obesitas), waarbij volgens de IGJ de nadruk te veel had gelegen op alleen de chirurgische ingreep en niet het multidisciplinaire behandeltraject.

89 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 39 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 5, 14 en 37.

90 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 17.

91 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 41 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 42.

92 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 41 e.v. en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 41 e.v.

van de patiëntenpopulatie, het maken van een risico-inventarisatie voor afbouw van de zorg en het ontwikkelen van een kader voor overdracht van de patiëntenzorg en -informatie. De aanbevelingen voor de curator richten zich met name op het inrichten van een (crisis)overlegstructuur met een duidelijke verantwoordelijkheidsverdeling, waarbij voldoende zorginhoudelijke inbreng kan worden geleverd door de betrokken hulpverleners. Communicatie met alle betrokkenen is belangrijk, en tot slot moet de curator volgens de IGJ alle besluiten en acties toetsen aan de gevolgen voor de individuele patiëntenzorg.⁹³

4. Reactie Minister en genomen stappen

Op 19 juni 2021 heeft de Minister van VWS mede namens de Minister voor Rechtsbescherming de Tweede Kamer geïnformeerd over hun gebundelde beleidsreactie op de tot dan toe verschenen rapporten.⁹⁴ De rapporten spreken volgens de Minister duidelijke taal over wat er beter kan en moet. Hij stelt deze lessen zeer ter harte te nemen en meent dat alle betrokkenen dat eveneens zouden moeten doen.

Daarna volgt een toelichting op de reeds genomen maatregelen om een ziekenhuisfaillissement eerder aan te zien komen, zo mogelijk te voorkomen en – als dat niet kan – de gevolgen ervan te beperken. Tot die reeds in gang gezette acties behoren onder meer het onderzoek naar uitbreiding van het bestaande systeem van vroegsignalering van mogelijke discontinuïteit (EWS), het opnemen van een verwerkingsgrondslag voor overdracht van medische dossiers in de Uitvoeringswet AVG⁹⁵ en het voeren van gesprekken met aanbieders van medische aansprakelijkheidsverzekeringen over dekking bij toekomstige ziekenhuisfaillissementen.

De Minister besluit met een reactie op de aanbevelingen en de in dat kader te nemen maatregelen. Met betrekking tot de zorgplicht heeft de Minister de belangenvereniging van zorgverzekeraars, Zorgverzekeraars Nederland (ZN), gevraagd om te kijken hoe zorgverzekeraars zich actiever op kunnen stellen ten aanzien van individuele patiënten als een zorgaanbieder failliet gaat. Een uitkomst van dit overleg is op de datum waarop dit artikel werd afgerond nog niet bekend. Ook wijst de Minister erop dat de NZa bezig is de invulling van de zorgplicht scherper te omschrijven. Dit heeft geresulteerd in het eerdere genoemde document 'De zorgplicht: handvatten voor zorgverzekeraars'. Dit laat echter de primaire verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder onverlet, aldus de Minister. Alle genoemde initiatieven zullen volgens de Minister leiden tot meer duidelijkheid omtrent invulling van de zorgplicht bij faillissement. Een

ander onderwerp van overleg met ZN betreft de financiering van de zorg indien sprake is van een gebrek aan financiële middelen. Een wettelijke collectieve verplichting laat zich volgens de Minister moeilijk verenigen met de Zvw, omdat iedere zorgverzekeraar verantwoordelijk is voor zijn eigen verzekerden. ZN heeft zich bereid getoond om nadere afspraken te maken, zodat gegarandeerd wordt dat in geval van faillissement altijd onverwijld de nodige financiële middelen beschikbaar worden. Het gaat dan om financiële middelen in de vorm van een boedelkrediet.

De Minister voor Rechtsbescherming heeft de aanbeveling van een stille fase voorafgaand aan een faillissement ter harte genomen; op 25 mei 2021 is een novelle op het reeds bestaande Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I (WCOI I) in consultatie gegaan.⁹⁶ De novelle voorziet in een wijziging van het oude wetsvoorstel WCOI. Enerzijds beperkt de novelle het toepassingsbereik van WCOI, doordat deze wordt beperkt tot de schuldenaar die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen en onderwijsinstellingen, en doordat het vergroten van de kans op een doorstart niet langer wordt gehanteerd als grond om de meerwaarde van een stille voorbereiding aan te tonen. Anderzijds bevat de regeling een uitbreiding, omdat als grond voor een pre-pack wordt toegevoegd dat de voorbereiding kan bijdragen aan een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar, als gevolg waarvan kan worden voorkomen dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie die activiteiten worden verricht. De aanbeveling om te voorzien in een wettelijke grondslag voor curatoren om het patiëntenbelang te laten prevaleren vergt echter nadere verkenning. De Ministers zeggen toe hier nog op terug te komen. Tot slot zullen zij onderzoeken of het mogelijk is een pool van ervaren zorgcuratoren op te zetten.

5. De botsing van belangen en de rol van de curator nader uitgelicht

In de rapporten en de beleidsreactie komen twee faillissementsrechtelijke aspecten terug die nadere aandacht verdienen. Het eerste betreft de tegenstelling tussen het belang van de patiëntveiligheid enerzijds en het crediteurenbelang anderzijds. Het tweede betreft de vraag wat de rol en de verantwoordelijkheid van de curator ten aanzien van de zorg is. Op beide aspecten gaan wij hierna in.

5.1 Patiëntenbelang versus crediteurenbelang

In voorkomend geval kan sprake zijn van botsing van patiëntenbelangen met het belang van de schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst. De OVV doet de aanbeveling om

93 Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 42 en 43 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 42 en 43.

94 Kamerstukken II 2019/20, 31 016, nr. 288. Daarnaast volgt op 8 oktober 2020 een (grotendeels gelijklopende) aparte reactie rechtstreeks aan de OVV (Kamerstukken II 2020/21, 31 016, nr. 297).

95 Voorstel van wet tot Wijziging van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelmwet Gegevensbescherming).

96 Wijziging van de Wet Continuïteit ondernemingen I met het oog op de beperking van het toepassingsbereik ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang, en 'Kabinet wil maatschappelijke schade in faillissementen voorkomen', 21 mei 2021, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2021/05/21/kabinet-wil-maatschappelijke-schade-in-faillissementen-voorkomen>.

middels een wetswijziging de curator in geval van een ziekenhuisfaillissement steeds het patiëntenbelang boven het crediteurenbelang te laten stellen. Opvallend is dat de OVV deze aanbeveling niet toelicht. Er wordt volstaan met constatering, zoals 'de patiënt moet erop kunnen vertrouwen dat hij of zij de zorg ontvangt waar hij of zij recht op heeft'.⁹⁷

Het is de vraag of de door de OVV voorgestane wetswijziging een goed idee is. Terecht is in de literatuur geconstateerd dat dit indruist tegen de kern van het faillissementsrecht en de wettelijke taak van een curator.⁹⁸ Geldend recht is bovendien al lang dat de curator in zijn beleidsafweging rekening moet houden met andere belangen.⁹⁹ Als startpunt hiervan kan het *Sigmacon II*-arrest uit 1995 worden aangewezen. Daarin oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat de curator óók rekening heeft te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de werkgelegenheid, in plaats van dat hij enkel het crediteurenbelang moet dienen.¹⁰⁰ Daarnaast kan de curator onder omstandigheden het belang van crediteuren achterstellen bij zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard.¹⁰¹ De Hoge Raad spreekt hierbij echter over het belang van individuele, en niet de gezamenlijke crediteuren. In de literatuur is de vraag gesteld of de curator, gelet op zijn bijzondere positie, niet juist nog meer oog zou moeten hebben voor betrokken maatschappelijke belangen.¹⁰² In de lagere rechtspraak is daarvan een enkel voorbeeld te vinden.¹⁰³

Nieuw zou zijn dat wettelijk wordt geregeld dat de curator maatschappelijke belangen van zwaarwegende aard moet laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke crediteuren, en dat dan uitsluitend met betrekking tot één specifieke sector (de zorg) of belang (dat van patiënten). Volgens ons is dat een brug te ver. De Faillissementswet is van oudsher voornamelijk gericht op het crediteurenbelang en gaat uit van beleidsvrijheid van de curator.

Het past niet in het stelsel van het faillissementsrecht om bindend voor te schrijven hoe de beleidsafweging in een situatie als deze door de curator dient uit te pakken.¹⁰⁴ Dat zal de curator bovendien kunnen beperken in het zoeken naar de meeste passende oplossing in het specifieke geval. De curator zal steeds, afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke faillissement, een eigen afweging moeten

kunnen maken binnen de voormelde kaders. Los van de vraag of het wenselijk is, kan erop worden gewezen dat de huidige stand van de jurisprudentie in de praktijk tot nu toe niet heeft belemmerd dat de curator maatschappelijke belangen boven crediteurenbelangen stelt. In reactie op het OVV rapport is daar eerder al terecht op gewezen.¹⁰⁵

Zoals wij hierna zullen toelichten, is het wat ons betreft vanzelfsprekend dat de curator van een lopend ziekenhuis de deuren niet kan sluiten zonder zich iets aan te trekken van de patiënten. Ingevolge de geldende rechtspraak heeft de curator reeds voldoende mogelijkheden om te handelen in het belang van die bewuste patiënten. De aanbeveling van de OVV heeft echter ook een financiële consequentie, omdat deze meebrengt dat de kosten voor het dienen van het patiëntenbelang ten laste van de boedel komen, en dus van de gezamenlijke crediteuren.

De aanbeveling biedt daardoor niet in alle gevallen een oplossing. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat het de boedel geheel aan middelen ontbreekt. In een tijd waarin alle activa aan de bank in zekerheid plegen te zijn gegeven en waarin tegenover de vorderingen op zorgverzekeraars vaak forse schulden uit hoofde van bevoorschotting staan, is een dergelijke situatie bepaald niet denkbeeldig. In dat geval is de curator ridder te voet, niet in staat om patiënten- of andere maatschappelijke belangen te behartigen.

Maar ook in de gevallen waarin er (mogelijk¹⁰⁶) wel voldoende actief is, lijkt deze oplossing niet de meest juiste. Onzes inziens zijn het namelijk de zorgverzekeraars die op grond van hun eigen, zelfstandige zorgplicht jegens hun verzekerden de kosten van een correcte overdracht en/of voorzetting moeten dragen.¹⁰⁷ De zorgverzekeraar heeft weliswaar de curator van de zorginstelling nodig om zijn verantwoordelijkheid feitelijk na te komen, maar dat betekent niet dat de kosten uit de boedel moeten worden opgebracht. De bij het Slotervaartziekenhuis betrokken zorgverzekeraars hebben dat daags na faillietverklaring ook onderkend. Zij hebben met de curatoren afspraken gemaakt over een bijdrage in de kosten voor de overdracht, kennelijk zonder dat sprake is van een boedelkrediet dat moet worden terugbetaald.¹⁰⁸

Wij achten het daarom niet wenselijk dat deze aanbeveling van het OVV wordt opgevolgd. Bovendien achten wij het

97 Rapport OVV, p. 15.

98 F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart – een update', *FIP* 2021/5.

99 H.M.D. Bentfort van Valkenburg & J.H.M. van de Wiel, 'De faillissementscurator en vrijheid', *MvV* 2020, p. 267-272.

100 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996, 472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*).

101 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996, 727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*) en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ* 2004, 293, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*).

102 A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord verveffen', *Tvl* 2015/1.

103 Bijv. Rb Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326.

104 De tendens in de rechtspraak is weliswaar dat er steeds meer 'regels' worden geformuleerd, bij overtreding waarvan de curator persoonlijk aansprakelijk is indien hem hiervan een persoonlijk verwijt treft. Het vooraf vaststellen dat de curator altijd het patiëntenbelang dient te laten prevaleren gaat onzes inziens echter veel verder.

105 Schreurs (2020); Schreurs stelt verder dat het boedelbelang en het patiëntenbelang vaak parallel zouden lopen, omdat, door het patiëntenbelang te dienen, hoge schadevergoedingsvorderingen van patiënten op de boedel zouden kunnen worden voorkomen. Daar kan de kanttekening bij worden gezet dat crediteuren op hun beurt de curator weer aansprakelijk zouden kunnen stellen als deze andere belangen laat prevaleren boven hun crediteurenbelang.

106 Vaak is dat op voorhand niet duidelijk.

107 Zie ook: Van Galen, 'Het ziekenhuis aan de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2019/21.

108 Openbaar verslag 1, Faillissement Slotervaartziekenhuis, p. 17. De curatoren hebben met de zorgverzekeraars overeenstemming bereikt over een bijdrage van in totaal circa EUR 7 miljoen om de overdracht te kunnen effectueren.

aangewezen dat duidelijk wordt vastgelegd dat de zorgverzekeraar als onderdeel van diens zorgplicht alle kosten van een gecontroleerde afbouw en overdracht draagt. Dit komt nog onvoldoende tot uitdrukking in het door de NZa naar aanleiding van de faillissementen opgestelde document 'Handvatten voor zorgverzekeraars'. Daarin vraagt de NZa de zorgverzekeraars om voor voldoende financiële middelen te zorgen, maar noemt zij als voorbeeld een (kennelijk terug te betalen) overbruggingskrediet. De verplichting zou zodanig kunnen worden vormgegeven dat de boedel een negatief exploitatieresultaat van het ziekenhuis over een periode van noodgedwongen voortzetting door de zorgverzekeraar in beginsel steeds krijgt vergoed.¹⁰⁹ Mocht sprake zijn van een positieve exploitatie – die situatie zal zich bij een afbouw niet snel voordoen –, dan ligt het wellicht meer voor de hand om de kosten wel voor rekening van de crediteuren te brengen, die daar in dat geval immers bij zijn gebaat. Het gevolg zou zijn dat de curator maatschappelijke belangen ook helemaal niet boven het crediteurenbelang behoeft te stellen. Of daartoe dan wel of niet een fonds moet worden ingesteld, zoals door de OVV voorgesteld, is vervolgens een kwestie van uitwerking.

Het is inmiddels 15 jaar na de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet, waarbij de marktwerking in de zorg werd geïntroduceerd. Het wordt tijd voor een regeling. De noodzaak daartoe werd vermoedelijk nog niet gevoeld omdat, zoals hiervoor al is aangegeven, de overheid aanvankelijk bijsprong. Vervolgens liepen de eerste ziekenhuisfaillissementen met een sisser af, bij Ruwaard van Puttenziekenhuis (2013) als gevolg van een directe doorstart vanuit een pre-pack,¹¹⁰ bij de Sionsberg (2014) doordat voor faillissementsdatum al het nodige was geregeld en vervolgens een doorstart kon worden bereikt.¹¹¹ Ook voor andere gevallen waar maatschappelijke belangen spelen, zijn er immers regelingen in het leven geroepen.¹¹² Het komt bovendien ten goede aan de patiëntveiligheid als deze verplichting vaststaat en hierover geen tijdrovende discussie meer hoeft plaats te vinden tussen zorgverzekeraar en bestuur of – indien het onverhoopt toch tot een onvoorbereid faillissement komt – de curator.

5.2 Rol curator

Een tweede punt om te signaleren is het volgende. Bij lezing van de rapporten en de reactie van het Ministerie van VWS daarop ontstaat de indruk dat de curator wordt gezien als (vanzelfsprekend) laatste station om de zaken op te lossen,

als de verantwoordelijke partijen, in dit geval zorgverzekeraar, ziekenhuis, NZa en IGJ, er niet meer uitkomen. Terecht wordt de patiëntveiligheid heel belangrijk geacht, maar toch lijken de betrokkenen deze uitsluitend in handen te willen leggen van iemand die geen verstand heeft van medisch-specialistische zorg en het maar moet zien te regelen, en dat ook nog eens op risico van persoonlijke aansprakelijkheid als achteraf de Maclou-norm zou blijken te zijn geschonden. Onzes inziens is er juist sprake van een gedeelde, gezamenlijke verantwoordelijkheid.

Volgens de OVV en IGJ wordt na het faillissement de curator 'bestuurlijk verantwoordelijk' voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg, die volgt uit de Wkkgz.¹¹³ Ter onderbouwing verwijst de OVV enkel naar een brief van de IGJ en de eerder genoemde Handreiking van het Ministerie van VWS.^{114, 115} Een verdere grondslag ontbreekt. In de verschillende onderzoeken lijkt de curator te worden beschouwd als opvolger van de gefailleerde. Dat is hij natuurlijk niet; in beginsel is hij ingevolge artikel 68 lid 1 Fw enkel belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.¹¹⁶ De curator is geen bestuurder.

De vraag rijst hoe de verantwoordelijkheid van de curator dan wel moet worden gezien. Het is duidelijk dat een curator die geconfronteerd wordt met een ziekenhuis in vol bedrijf, niet de beslissing kan nemen om daar direct de stekker uit te trekken. Dit is bij uitstek een situatie waar de curator ook rekening moet houden met andere belangen, zoals in dit geval dat van de patiëntveiligheid. Doet hij dat niet of onvoldoende, dan kan sprake zijn van onbetamelijk handelen in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW en handelt hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig. Ook zou sprake kunnen zijn van pro se aansprakelijkheid; een redelijk handelend curator behoort immers ook rekening te houden met andere belangen dan het crediteurenbelang en zal zich ervoor in moeten zetten om de situatie op te lossen. Wel moet echter duidelijk zijn dat hij niet in zijn eentje verantwoordelijk is. Wij zien hier wederom (ook) een belangrijke rol voor de zorgverzekeraar. In verband met diens zorgplicht zal hij onzes inziens tevens – indien de curator daarom vraagt – zijn kennis en netwerk in moeten zetten om de overdracht op een zo veilig mogelijke wijze vorm te geven. Vanwege het complexe en maatschappelijke karakter van de problematiek, zou de curator onzes inziens daarnaast ook moeten kunnen rekenen op de hulp en inspanningen van andere betrokkenen, zoals de IGJ. Dat past bij het door alle partijen zo benoemde belang van patiëntveiligheid. Wij juichen dan

109 Hooguit zou hier een nuancering op kunnen worden aangebracht voor gevallen waarin het faillissement een verwijtbare oorzaak heeft en de curator met succes de veroorzaker daarvan aansprakelijk weet te houden.

110 Openbaar verslag 1, Ruwaard van Puttenziekenhuis, p. 5.

111 Openbaar verslag 1, De Sionsberg, p. 24.

112 Voor de energievoorziening kan worden verwezen naar het Besluit leveringszekerheid Gaswet en het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998, op grond waarvan de ACM ervoor zorgt dat energieaansluitingen worden overgedragen als de nood aan de man komt en de landelijk netbeheerder tijdelijk garant staat voor de kosten van inkoop van elektriciteit. Voor financiële ondernemingen kan De Nederlandsche Bank op grond van de Wft een 'stille' curator benoemen, is het depositogarantiestelsel opgevoerd, en is in artikel 212a Fw e.v. een aparte regeling opgenomen.

113 Rapport OVV, p. 22 en 77.

114 IGJ, Brief V2007434: 'Stand van zaken patiënt en overdracht patiëntenzorg en -dossiers', 8 november 2018.

115 Ministerie van VWS, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017.

116 Zie ook: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator een vertegenwoordiger of niet?', in: *De Curator, een Octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 149-172 en S.C.J.J. Kortmann, 'De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens faillissement', in: *Van vennootschappelijk belang (Maeijer-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 103-113.

ook toe dat de IGJ onderkent dat de klassieke toezichtsrol in deze situaties niet (altijd) past, en voornemens is een meer adviserende rol in te nemen.

6. Aanbevelingen

Wij komen tot een aantal aanbevelingen. Deze betreffen de voorbereiding op een insolventiesituatie en de governance daarbij, een duidelijkere omlijning van de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraar, de wenselijkheid van een periode van stille bewindvoering, en tot slot het behoedzaam omgaan met verdere uitbreiding van de rol van de curator ten koste van de belangen van de crediteuren.

6.1 Voorbereiding

Een eerste aanbeveling is dat het bestuur van een ziekenhuis samen met de interne toezichthouder de verantwoordelijkheid krijgt ervoor te zorgen dat de organisatie op een eventuele deconfiture is voorbereid. Onder toezicht van de IGJ zou er bijvoorbeeld voor moeten worden gewaakt dat er sprake is van te grote achterstanden in de administratie van de medische dossiers, die een vlotte overdracht van patiënten zouden kunnen belemmeren. Een goed systeem van vroegsignalering zou erin moeten voorzien dat tijdig continuïteitsplannen worden opgesteld en het bestuur de verschillende betrokken partijen, zoals de medische staf, zorgverzekeraar, ondernemingsraad en bank, bij elkaar roept. De interne toezichthouder zou er actief op behoren toe te zien dat dit tijdig en op een goede wijze gebeurt. In de literatuur wordt ervoor gepleit dat juist de raad van commissarissen een cruciale rol heeft om aan de hand van vroegsignalering tijdig het bestuur te bewegen de continuïteit van de zorg te waarborgen, wat kan inhouden dat deze een groter belang vertegenwoordigt dan de continuïteit van de zorginstelling zelf.¹¹⁷

6.2 Bijdrage zorgverzekeraar

Zoals hiervoor toegelicht, onderschrijven wij de aanbeveling van de OVV dat in de wet wordt vastgelegd dat de kosten van een gecontroleerde afbouw en overdracht van de zorg voor rekening komen van de betrokken zorgverzekeraars. De NZa behoort er strikt op toe te zien dat de zorgverzekeraars deze verplichting onverkort nakomen. Als onderdeel daarvan zou een curator in staat moeten worden gesteld om externe (medische) expertise in te schakelen, vergelijkbaar met wat in het Slotervaartziekenhuis is gebeurd met behulp van het Ministerie van VWS.¹¹⁸

Ook bevelen wij aan dat duidelijker over het voetlicht wordt gebracht dat een faillissement geen wijziging brengt in de hulpverlenersverantwoordelijkheid van de betrokken artsen en overig medisch personeel, onafhankelijk van de vraag of zij betaald worden of niet.¹¹⁹ Zij zijn immers een belangrijke schakel ten behoeve van een veilige overdracht

van de zorg. Dat laat onverlet dat de voortzetting van hun werkzaamheden in beginsel zou moeten worden gecompenseerd. Dit betreft kosten van overdracht en daarom behoren de zorgverzekeraars de curator in staat te stellen die kosten te voldoen.

Een dergelijk systeem zou als positief bijeffect kunnen hebben dat het minder snel tot een faillissement van een lopend ziekenhuis komt, omdat de zorgverzekeraars van tevoren al weten dat zij toch de kosten van afbouw en patiëntenoverdracht op zich zullen moeten nemen. Dat kan verder als voordeel hebben dat een ziekenhuis pas failliet gaat, als de patiënten weg zijn en de poli-afspraken zijn overgedragen, waarmee onrust zo veel mogelijk zou kunnen worden voorkomen.

6.3 Stille bewindvoering

Komt het tot een faillissement, dan is het wenselijk dat de nodige voorbereidingen worden getroffen in een periode van stille bewindvoering, waarbij de beoogd curator betrokken is. Dit wordt al langer bepleit.¹²⁰ In die periode, die afhankelijk van de omstandigheden zo lang zou moeten kunnen duren als nodig, hoeft niet noodzakelijkerwijs een doorstart middels een activatransactie te worden voorbereid. De stille fase kan onzes inziens ook enkel dienen ter voorbereiding van een faillissement met een gecontroleerde afbouw en/of overdracht van patiënten; opbrengstmaximalisatie is niet het enige doel van een pre-pack. De *Smallsteps*-uitspraak van het Europese Hof van Justitie omtrent overgang van onderneming vormt hiervoor in elk geval geen beletsel.¹²¹ Er kan op worden gewezen dat ook in de pre-pack van het faillissement van geldtransporteur SecurCash de stille voorbereidingsfase enkel is gebruikt om in overleg met onder meer De Nederlandsche Bank een gecontroleerde afbouw te organiseren, opdat het algemeen belang van een ongestoord betalingsverkeer zo min mogelijk in gevaar zou komen.¹²² Wel lijkt het wenselijk dat hiervoor een wettelijke grondslag komt, opdat alle zorginstellingen van deze optie gebruik kunnen maken, en niet alleen de instellingen die statutair zijn gevestigd in een rechtbankarrondissement waarbinnen de pre-pack daadwerkelijk wordt erkend als mogelijkheid.¹²³ Een stap in die richting is inmiddels gezet met de eerder genoemde novelle op WCO I, die op 25 mei 2021 in consultatie is gegaan. Het zou onzes inziens goed zijn als de rechtbanken – vooruitlopend op de invoering van de regeling – deze in de praktijk alvast gaan toepassen.

117 Bos (2021).

118 Rapport OVV, p. 33.

119 Artikel 7:453 BW.

120 J.W. Andringa & G.R.G. Driessen, 'De stille curator voor de kwakkelende zorginstelling', *Tvl* 2019/7.

121 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017, 369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Smallsteps*). Wij wijzen voorts op HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020, 235 (*Heiploeg*), waarmee de Hoge Raad door middel van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie aanstuurt op een nuancering van het *Smallsteps*-arrest.

122 Zie: Openbaar verslag 1, Faillissement SecurCash Nederland B.V.

123 Voor zover de auteurs bekend, wordt de pre-pack door de rechtbanken Midden-Nederland en Limburg bij gebreke van een wettelijke grondslag nog steeds niet toegepast.

6.4 *Geen oprekking rol curator ten koste van crediteurenbelangen*

Wij zijn er geen voorstander van dat wettelijk wordt vastgelegd dat de curator bij een afweging tussen conflicterende belangen, het maatschappelijk belang – in dit geval het belang van de patiëntveiligheid – voor het crediteurenbelang moet stellen. Er is een tendens om steeds meer zaken op het bord van de curator te leggen, die niet bij zijn rol passen. In dit kader noemen wij de fraudesignalerende taak op kosten van de crediteuren ingevolge artikel 68 lid 2 Fw, die de curator met de Wet versterking positie curator vanaf 2017 heeft gekregen.¹²⁴ Mede als gevolg van het botsende crediteurenbelang blijkt deze taak in de praktijk bovendien onvoldoende uit de verf te komen.¹²⁵ Ook noemen wij in dit verband de recente prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in het geschil tussen de curator van de Ridderkerkse Taxi Centrale B.V. en de Gemeente Ridderkerk. De Hoge Raad oordeelt daarin in lijn met de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting, na de faillietverklaring verplichtingen van de curator in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel zijn. Het gevolg daarvan is dat bestuursrechtelijke lasten, opgelegd bij schending van die verplichting, het karakter hebben van een boedelschuld.¹²⁶ In zijn conclusie in deze zaak pleitte A-G Valk¹²⁷ in dit verband voor het bestaan van een objectieve rechtsplicht die op de curator rust, die zou samenhangen met de derde categorie boedelschulden uit het arrest *Koot Beheer/Tideman*.¹²⁸ Onzes inziens dient er echter voor te worden gewaakt dat de curator niet steeds meer een publiekrechtelijke figuur wordt die als eerste taak heeft maatschappelijke belangen te behartigen. In een maatschappij waarin steeds meer aandacht is voor maatschappelijke belangen en maatschappelijk verantwoord ondernemen, voorzien wij anders een glijdende schaal.

7. Conclusie

Uit de onderzoeken naar de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen is naar voren gekomen dat sprake is geweest van maatschappelijke onrust en, met name in het geval van het Slotervaartziekenhuis, van een onveilige situatie. Dat zou nooit meer mogen gebeuren.

In de onderzoeksrapporten zijn daartoe verschillende aanbevelingen gedaan. In een aantal van die aanbevelingen kunnen wij ons zeker vinden. Zo lijken herdefiniëring van de zorgplicht van de zorgverzekeraar, in die zin dat daarvoor ook het individuele patiëntenbelang moet worden

geschaard, een goede zaak. Dat geldt tevens voor het voorschrijven van een stille voorbereidingsfase. Ook de verantwoordelijkheden van de betrokkenen, zoals die van het ziekenhuisbestuur en interne en externe toezichthouders, zouden moeten worden herijkt en aangescherpt. Zodoende wordt geen afbreuk gedaan aan de gedachte van de Minister dat – als uitvloeisel van de marktwerking – ziekenhuizen failliet kunnen gaan, maar onveilige situaties en onrust zouden zo kunnen worden voorkomen.

Verder menen wij dat de lessen die uit de ziekenhuisfaillissementen kunnen worden getrokken, ook de basisgedachte zouden behoren te zijn bij andere soorten zorginstellingen, bijvoorbeeld bij die op het gebied van ouderenzorg, jeugdzorg en ggz, en misschien wel bij alle situaties waarin de curator in meer of mindere mate van doen krijgt met maatschappelijke belangen.

Waar wij geen voorstander van zijn is om het crediteurenbelang per definitie onderschikt te maken aan het patiëntenbelang. Laat de curator zijn eigen afweging maken, die steeds afhankelijk is van de gegeven omstandigheden. Dit kan bovendien breder worden getrokken. Het tij om in toenemende mate het crediteurenbelang op te offeren aan andere belangen, zou moeten worden gekeerd.

Voor wat betreft de verantwoordelijkheid van de curator menen wij dat deze in de eerste plaats moet worden beschouwd tegen de achtergrond van zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel. De curator is niet de opvolger van de (bestuurder van de) failliet. Daarbij moet vooral de bijzondere en soms moeilijke rol die hij in het maatschappelijk verkeer vervult in het oog worden gehouden.

124 *Stb.* 2017, 176.

125 J. Pool, H. Pluut & R. Vriesendorp, 'Belemmeringen bij de aanpak van onregelmatigheden door de curator', *Recht der Werkelijkheid*, afl. 1, 2021.

126 HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833.

127 ECLI:NL:PHR:2021:187.

128 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).