

# HERO M A G A Z I N E

## Inhoud:

### **Semipublieke instellingen in zwaar weer: ontwikkelingen**

Henri Bentfort van Valkenburg, Juliette van de Wiel ..... 2

# Semipublieke instellingen in zwaar weer: ontwikkelingen

Henri Bentfort van Valkenburg, Juliette van de Wiel

Ondernemingen in de semipublieke sector kunnen failleren. Dat zij met publiek geld zijn gefinancierd en maatschappelijke belangen dienen, betekent niet dat de overheid bijspringt als sprake is van financiële problemen. Het onderwerp governance in de semipublieke sector heeft mede daarom al geruime tijd de aandacht van de politiek, externe toezichthouders en de sector zelf. Nieuwer in dit verband is dat het bestuur geacht wordt voorbereidingen te treffen met het oog op een eventueel faillissement. Daarbij hoort in voorkomend geval ook het aanvragen van stille bewindvoering. Voor dat doel heeft de minister in de zomer van 2021 het pre-packwetgevingstraject nieuw leven ingeblazen met de Novelle op de Wet Continuïteit Ondernemingen I (Novelle WCO I). Dit artikel bespreekt de bijzonderheden en ontwikkelingen, waarvoor de adviseur en (beoogd) curator van een semipublieke instelling in zwaar weer oog dienen te hebben. Het artikel sluit af met enkele praktische aanbevelingen.

## 1. De semipublieke sector

### 1.1 Afbakening

In de semipublieke sector opereren private partijen die maatschappelijke taken vervullen. De overheid staat op afstand, maar bemoeit zich wel met de sector. Dat doet zij hoofdzakelijk via de bekostiging en wet- en regelgeving. Bij de semipublieke sector kan worden gedacht aan het onderwijs, de zorg en de sociale woningbouw, maar ook aan instellingen die werken op het

terrein van cultuur en openbaar vervoer. In dit artikel richten wij ons voornamelijk op de zorg en af en toe op het onderwijs, maar wat wordt beschreven, is tevens relevant voor de andere sectoren.

Semipublieke instellingen zijn meestal niet op winst gericht en daarom niet zelden georganiseerd in een stichting. Van alle beschikbare rechtsvormen is die uit het oogpunt van governance de minst 'democratische'. Het bestuur heerst in beginsel alleen. De stichting kent niet standaard een controlerend of toezichhoudend orgaan in de vorm van een aandeelhoudersvergadering of raad van commissarissen. Ook wanneer de activiteiten vanuit een vennootschap worden ontplooid, heeft de interne toezichthouder in de praktijk zowel juridisch als feitelijk niet altijd een stevige positie. In de sector wordt niet of minder gestuurd op winst, maar op het behalen van een (minder meetbaar) doel: de beschikbaarheid en kwaliteit van de te leveren maatschappelijke dienst. Doorgaans wordt de instelling geheel of gedeeltelijk gefinancierd met publiek geld.

### 1.2 Marktwerking als oplossing

Al deze kenmerken tezamen maken - in economische zin - dat er disciplinerende factoren missen, zoals een aandeelhouder die stuurt op kostenefficiëntie en winstmaximalisatie en een financierende bank die middels convenanten controle houdt.<sup>[1]</sup> Marktwerking wordt gezien als een manier om dat te corrigeren. Vanaf de jaren

tachtig werd marktwerking geleidelijk geïntroduceerd in het onderwijs en vanaf 2006 was de zorg aan de beurt.

Onderlinge concurrentie is daarmee de norm geworden. De gedachte is dat dit de kwaliteit en efficiëntie bevordert, de kosten beheersbaar houdt en lange wachtlijsten voorkomt. De concurrentie vindt plaats tussen de aanbieders in een deelsector onderling, maar bijvoorbeeld ook tussen zorgverzekeraars die zorg inkopen voor hun verzekerden. Allemaal concurreren zij om de gunst van de afnemer van de dienst en daarmee, ongenueanceerd gezegd, om omzet.<sup>[2]</sup>

Een vraag die in dit verband opkomt en die ook steeds vaker hardop wordt gesteld, is hoe wenselijk het is dat concurrentie de boventoon voert bij de voorziening in belangrijke maatschappelijke behoeftes. Concurrentie heeft positieve aspecten, maar er zou - meer dan nu is toegestaan - meer ruimte kunnen worden ingebouwd voor samenwerking. Onderlinge samenwerking zou in de huidige krappe arbeidsmarkt bijvoorbeeld een positief effect kunnen hebben op de beschikbaarheid van kwalitatief goede zorg en onderwijs in Nederland, mogelijk meer dan wanneer instellingen met elkaar concurreren om het beperkt beschikbare personeel. Dit vraagstuk valt echter buiten het bestek van dit artikel.

Een ander aspect van marktwerking is tot slot dat semipublieke instellingen ook failliet kunnen gaan. Slecht bestuur en concurrentiestrijd kunnen resulteren in een faillissement, net als in de commerciële sector. Sinds 2011 is het overheidsbeleid in de zorg dat 'de belastingbetaler niet hoeft op te draaien voor slechte keuzes van zorgaanbieders'. Indien nodig zal de overheid door financiële steun de continuïteit van cruciale zorg waarborgen, maar niet de continuïteit van de zorgaanbieder zelf.<sup>[3]</sup>

### 1.3 Beperking door regulering

Aan de andere kant biedt de semipublieke sector wel voorzieningen waarvan we als maatschappij menen dat die voor eenieder beschikbaar moeten zijn en blijven. De marktwerking is daarom niet ongelimiteerd. Er is sprake van een gereguleerde markt; publiekrechtelijke regelgeving voorziet in allerhande regels omtrent kwaliteit, beschikbaarheid en voorwaarden om de maatschappelijke dienst te mogen leveren. Op naleving daarvan wordt toegezien door externe toezichthouders, zoals de Inspectie voor het Onderwijs en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd.

In de praktijk leidt deze combinatie van een gereguleerde, beperkt opengestelde markt en de financiering met publiek geld soms tot bijzondere situaties, die in een commerciële sector minder goed denkbaar zijn. Wij noemen een voorbeeld uit de zorg. Veel zorgaanbieders zijn voor hun voortbestaan regelmatig (zeer) afhankelijk van één of meer grote zorgverzekeraars, zorgkantoren of gemeentes. Afhankelijk van het type zorg dat zij verlenen, kan het uitblijven van een nieuw contract met die partijen directe financiële consequenties en soms zelfs een faillissement tot gevolg hebben. Tegelijkertijd hebben met name kleinere zorgaanbieders regelmatig nauwelijks onderhandelingsruimte over de prijs van hun diensten.<sup>[4]</sup> Veelvuldig wordt met omzetplafonds en aanneemsommen gewerkt, ten gevolge waarvan de daadwerkelijke kostprijzen uit het zicht raken.<sup>[5]</sup> Reserves opbouwen voor financieel onzekere tijden of investeren zit er dan niet in. De andere kant van de medaille is natuurlijk dat er zorgvuldig moet worden omgegaan met publiek geld. Het gevolg van deze en andere omstandigheden is echter dat er een behoorlijk aantal zorgaanbieders financieel kwetsbaar is.<sup>[6]</sup>

Semipublieke instellingen moeten dus 'meedoen' met de markt, maar hebben minder mogelijkheden dan een ondernemer in de commerciële sector om zich voor te bereiden op investeringen, personele uitdagingen of financieel zwaardere tijden. En daarmee: om een

faillissement te voorkomen. Bij de advisering van semipublieke instellingen in zwaar weer is het van belang om oog te hebben voor deze aspecten.

## 2. Governance

### 2.1 Sectorale wetgeving en governancecodes

Onder invloed van een aantal financiële debacles heeft het onderwerp governance meer aandacht gekregen in de semipublieke sector. Hierdoor zijn steeds meer normen en principes ontwikkeld, die betrekking hebben op de inrichting van het bestuur, het interne toezicht en inspraakorganen, zoals de cliëntenraad in de zorg, maar ook op hun functioneren. Binnen dit veranderde, verscherpte normenkader dienen bestuurders, commissarissen en raden van toezicht hun taken uit te oefenen.

Die normen zijn in de eerste plaats terug te vinden in dwingende sectorale wetgeving, die in steeds meer detail de bevoegdheden van en scheiding tussen bestuur en de interne toezichthouders vastlegt.<sup>[1]</sup> Daarnaast kennen de meeste deelsectoren governancecodes, die bij wijze van zelfregulering zijn opgesteld door brancheverenigingen en regelmatig worden geactualiseerd. Voorbeelden zijn de Governancecode Zorg, de Governancecode Woningcorporaties en de Code Goed Onderwijsbestuur voor het voortgezet onderwijs. Hoewel deze governancecodes in beginsel slechts bindend zijn voor instellingen die bij de betrokken brancheverenigingen zijn aangesloten, krijgen ook andere instellingen met de daarin opgenomen normen te maken. Dat gebeurt bijvoorbeeld doordat contractspartijen naleving ervan verplicht stellen, zoals zorgkantoren doen in hun inkoopvoorwaarden met de Governancecode Zorg. De codes spelen daarnaast een rol bij de rechterlijke toets omtrent bestuurlijk handelen. Een voorbeeld zijn de Ondernemingskamerbeschikkingen in de

enquêteprocedure die de cliëntenraad startte tegen zorgaanbieder DeSeizoenen.<sup>[8]</sup> Tot slot noemen wij nog dat ook de verschillende inspecties en andere externe toezichthouders in toenemende mate aandacht hebben voor governance. Dit is inmiddels een relevant aspect geworden bij de uitoefening van hun toezicht.<sup>[9]</sup>

### 2.2 Taakvervulling en aansprakelijkheid

Voor de semipublieke sector betekenen deze ontwikkelingen dat het in sommige gevallen verplicht is,<sup>[10]</sup> en in veel gevallen in elk geval verstandig, om een raad van toezicht of raad van commissarissen te hebben, die geen banden heeft met het bestuur en die de vaardigheden, bevoegdheden en mogelijkheden heeft om zijn toezichthoudende taak goed uit te oefenen. Een actueel onderwerp in dit verband is de werkgeversrol van de toezichthouder, die volgens de opvatting van velen inhoudt dat hij moet kunnen beslissen omtrent ontslag, benoeming en beloning van het bestuur. Van de toezichthouders zelf wordt bovendien meer dan eerder proactief toezicht verwacht. Zij worden geacht zich daarbij te richten naar het belang van de instelling, het maatschappelijke belang dat de instelling probeert te dienen en de belangen van betrokkenen.

Geheel in lijn met deze ontwikkelingen is op 1 juli 2021 de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WTBR) na een lang wetgevingstraject in werking getreden. Met deze wet wordt het advies van de Commissie Halsema opgevolgd om onder meer de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector aan te scherpen. Zo wordt onder meer de toepasselijkheid van de faillissementsaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW uitgebreid naar niet-commerciële stichtingen en verenigingen, met uitzondering van het bewijsvermoeden van het tweede lid van artikel 2:248 BW. Daarnaast worden de bevoegdheden en de interne aansprakelijkheid van een toezichthoudend orgaan voor de stichting

geregeld. De wettekst spreekt van raad van commissarissen, in plaats van de in de praktijk meestal gebruikte aanduiding van dit orgaan als raad van toezicht. Voorheen voorzag de wettelijke regeling niet in een toezichthoudend orgaan bij de stichting, en dus ook niet in een regeling voor aansprakelijkheid als een stichting zelf een raad van commissarissen had ingesteld.

### 3. Nieuwe inzichten over de rol van het bestuur bij financieel zwaar weer

#### 3.1 De faillissementen van MC Slotervaartziekenhuis en MC IJsselmeerziekenhuizen

Eind oktober 2018 werden de faillissementen uitgesproken van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen. Het waren niet de eerste ziekenhuisfaillissementen in Nederland, maar anders dan de twee eerdere faillissementen - dat van de Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis in Spijkenisse en De Sionsberg in Dokkum - domineerden ze wekenlang het nieuws. Dat werd veroorzaakt door de bekendheid van deze ziekenhuizen en hun voorgeschiedenis, maar met name ook omdat er nauwelijks voorbereidingen waren getroffen, noch door het bestuur noch door de betrokken externe toezichthouders en zorgverzekeraars. Ten gevolge daarvan ontstonden er risico's voor de kwaliteit en veiligheid van de patiëntenzorg.

De curatoren waren pas daags van tevoren geïnformeerd. Er lag op dat moment geen plan klaar dat voorzag in financiering en gecontroleerde overdracht van de zorg. De curatoren troffen lopende ziekenhuizen aan waarin acute zorg moest worden verleend, zonder dat er financiële middelen waren om kosten te voldoen en zonder dat zij zelf al goed ingevoerd waren in de medisch-specialistische zorg. In deze chaotische omstandigheden moesten zij oplossingen zien te vinden voor alle acute en

minder acute problemen die zich bij een ziekenhuisfaillissement voordoen. Naar aanleiding van de faillissementen verschenen er inmiddels twee lijvige rapporten van externe onderzoekscommissies<sup>[11]</sup> en diverse rapporten van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en de Nederlandse Zorgautoriteit. De unanieme conclusie van de politiek, de sector zelf en de onderzoekscommissies is dat een onvoorbereid ziekenhuisfaillissement nooit meer zou mogen voorkomen.

#### 3.2 Voorbereiden van een dreigend faillissement

Het besef dat een ziekenhuisbestuurder er niet zomaar de stekker uit kan trekken is niet helemaal nieuw. Toch hebben de genoemde faillissementen een ontwikkeling teweeg gebracht in de opvatting over de taak van de bestuurders van een ziekenhuis in financieel zwaar weer. Algemeen lijkt - naar aanleiding van de hiervoor genoemde rapporten - inmiddels in de politiek en de sector zelf te worden aangenomen dat het tot hun taak behoort om te anticiperen op een dreigend faillissement. In de (concept) memorie van toelichting bij de hierna te bespreken Novelle WCO I plaatst de minister die plicht onder meer in het kader van de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Bestuurders moeten zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de organisatie betrokken zijn en in dit kader kan van hen worden verlangd dat zij een plan klaar hebben liggen voor het scenario waarin financiële problemen opkomen ('living will'). Vanuit toezichtperspectief neemt de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd eveneens een dergelijke plicht aan, zo valt op te maken uit de onderzoeksrapporten die zij heeft opgesteld naar aanleiding van de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen.<sup>[12]</sup>

Aangenomen mag worden dat die plicht ook rust op bestuurders van andere semipublieke

instellingen die belangrijke maatschappelijke voorzieningen bieden. Dit betreft in de eerste plaats andere vormen van zorg, zoals GGZ- of thuiszorg. In de memorie van toelichting noemt de minister ook onderwijsinstellingen als voorbeeld, en het risico dat studenten of leerlingen geen examens kunnen afleggen of studievertraging oplopen als een overstap naar een andere onderwijsinstelling niet tijdig genoeg kan plaatsvinden. Daarnaast valt te denken aan openbaar vervoer en sociale woningbouw.

## 4. Inkleuring van de voorbereidingsplicht

### 4.1 Analyse en anticiperen op problemen

In de praktijk betekent de voorbereidingsplicht volgens ons dat het bestuur in elk geval een analyse dient te maken van de problemen die zich bij een faillissement voor zouden kunnen doen, óók als het bestuur er nog alle vertrouwen in heeft dat de organisatie het zwaar weer wel zal weten te trotseren. De analyse behoort te worden voorzien van mogelijke oplossingen voor deesignaleerde problemen, wie daarbij nodig zijn en hoe dat zou kunnen worden gefinancierd: een draaiboek ter zorgvuldige voorbereiding op het faillissement derhalve. Niet alleen op het bestuur rust hier een verplichting, maar ook de raad van commissarissen of raad van toezicht heeft een belangrijke rol. Hij dient erop toe te zien dat het bestuur haar verplichting nakomt.

Bij een zorginstelling kan worden gedacht aan overleggen met zorgverzekeraars, zorgkantoren of gemeentes, het voorbereiden van interne en externe communicatie en van een snelle overdracht van patiëntendossiers in lijn met de privacyregelgeving. Ook gaat het hierbij om het in kaart brengen en, zo veel als mogelijk, uitdenken van oplossingen voor dwangcrediteuren, zoals

leveranciers van beddengoed, medicijnen en IT-voorzieningen. Verder valt te denken aan het PNIL (personeel niet in loondienst), waarvan in de gezondheidszorg de laatste jaren veelvuldig gebruik wordt gemaakt. Bij al deze partijen bestaat het gevaar dat zij essentiële leveranties en dienstverlening in geval van een faillissement zullen staken, als gevolg waarvan de patiëntveiligheid acuut in het gedrang zou kunnen komen. Wij wijzen in dit verband ook op de aanbevelingen die de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd doet in haar onderzoeksrapporten naar aanleiding van de recente ziekenhuisfaillissementen. Zij geeft daarin aan wat het bestuur van de zorginstelling in financieel zwaar weer volgens haar dient te ondernemen. Een praktisch aspect hierbij is dat het bestuur niet altijd tijdig doorheeft dat er een faillissement dreigt. Om die situatie te onderkennen en de nodige voorbereiding op een faillissement te treffen, zal soms kennis van buitenaf nodig zijn, terwijl op dat moment daarvoor juist de financiële middelen kunnen ontbreken.

De verplichting kan ook met zich brengen dat het bestuur van de zorginstelling nog voor het daadwerkelijk tot een faillissement komt, nabijgelegen instellingen moet benaderen, opdat deze in staat zijn om patiënten op te vangen als de financiële problemen niet worden opgelost of een doorstart uit faillissement niet (snel genoeg) lukt. Hier is wel sprake van een spanningsveld en behoedzaamheid is dus geboden. Zodra immers naar buiten komt dat er problemen zijn, kan er onrust ontstaan, waarbij een *self fulfilling prophecy* niet is uitgesloten.

### 4.2 Aanvragen stille bewindvoering

Afhankelijk van de omstandigheden zou daarnaast van het bestuur kunnen worden verlangd dat (tijdig) om stille bewindvoering wordt verzocht. Bijvoorbeeld omdat de voor een goede voorbereiding noodzakelijke medewerking van betrokken partijen uitblijft, of omdat het niet lukt om de noodzakelijke financiering voor een

gecontroleerde afwikkeling zeker te stellen. Een stille bewindvoering kan ook nodig zijn als sprake is van complexe activiteiten, grote aanbieders of acute situaties en een curator enige tijd nodig zal hebben om zich daarop voor te bereiden. Bij een ziekenhuis zullen er nagenoeg altijd goede redenen zijn om stille bewindvoering aan te vragen, terwijl dat bij andere semipublieke sectoren zoals het onderwijs of bij andere vormen van zorg zal afhangen van de situatie. Er is op dit moment geen wettelijke regeling die in stille bewindvoering voor semipublieke instellingen voorziet, zoals die er bijvoorbeeld wel is voor financiële instellingen. Wel is er de sinds enkele jaren bestaande praktijk van de pre-pack.

#### 4.2.1 Hoe zat het ook alweer met de pre-pack?

In de jaren voordat de Smallstepsdiscussie ging rollen en uitmondde in het bekende Smallstepsarrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie,<sup>[13]</sup> werd in de meeste arrondissementen vooruitlopend op een faillietverklaring met enige regelmaat gebruik gemaakt van de - niet wettelijk geregelde - stille voorbereidingsfase. Er werd een beoogd curator aangewezen, die in stilte het faillissement kon voorbereiden en tevens onderzoek kon doen naar de mogelijkheden voor een activatransactie die vóór faillissement werd overeengekomen en kort na faillietverklaring formeel werd vastgelegd (pre-pack). Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) zou gaan voorzien in een wettelijke basis hiervoor.

In de Smallstepszaak stelde de FNV dat op de middels een pre-pack bereikte doorstart artikel 7:663 BW onverkort van toepassing was. Volgens deze bepaling gaan door een overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen uit alle arbeidsovereenkomsten van de overdragende partij van rechtswege over op de verkrijger. Deze regel lijdt uitzondering als de overdragende partij in faillissement verkeert (artikel 7:666 lid 1 sub a BW). Deze uitzondering is gebaseerd op artikel 5 van de Richtlijn 2001/23/EG. Het HvJEU bepaalde uiteindelijk dat de Smallsteps pre-pack niet voldeed aan alle voorwaarden om de faillissementsuitzondering aan te nemen. Partijen zijn er sedertdien rekening mee gaan houden dat

na een fase van stille bewindvoering steeds de kans bestaat dat het gehele personeelsbestand geacht wordt van rechtswege in dienst te treden bij de overnemende partij. Als gevolg daarvan is de stille voorbereidingsfase in onbruik geraakt.

Inmiddels heeft de Hoge Raad in de Heiploegzaak vanuit een andere invalshoek opnieuw prejudiciële vragen aan de Europese rechter gesteld, waarmee duidelijk zal worden of de regeling omtrent overgang van onderneming van toepassing is op alle doorstarts die in een pre-pack zijn voorbereid. Ten tijde van de publicatie van dit artikel is de uitkomst van de procedure nog ongewis, maar op 9 december 2021 is de conclusie van de advocaat-generaal al wel verschenen.<sup>[14]</sup> Kort gezegd, concludeert de advocaat-generaal dat een pre-pack, gevolgd door een faillissement, niet voldoet aan de voorwaarden om een uitzondering op de overgang van onderneming aan te nemen. Als het HvJEU de conclusie volgt, betekent dit dat een tijdens de pre-pack voorbereide activatransactie zal leiden tot een overgang van het voltallige personeel. De advocaat-generaal lijkt er overigens wel van uit te gaan dat een verkrijger in dat geval kan overgaan tot ontslag om economische redenen, uiteraard mits aan de daarvoor bestaande vereisten wordt voldaan.

#### 4.2.2 Novelle WCO I

Vanwege de aanhangige prejudiciële vragen in de Heiploeg-zaak zijn het hiervoor genoemde wetgevingstraject WCO I, en het later gestarte traject Wet overgang ondernemingen in faillissement (WVOF), voorlopig geparkeerd. Desondanks bleef in de praktijk onverminderd behoefte bestaan aan een mogelijkheid om faillissementen waarin aspecten van maatschappelijk belang spelen, reeds vóór de faillietverklaring met betrokkenheid van een beoogd curator voor te bereiden.

In de tussentijd is dit sporadisch ook nog gebeurd. Zo heeft in het faillissement van geldtransporteur SecurCash Nederland B.V., dat kwam na de Smallstepszaak, een stille

voorbereidingsfase plaatsgevonden.<sup>[15]</sup> Deze is enkel gebruikt om maatregelen te nemen, opdat het algemeen belang van een ongestoord betalingsverkeer zo min mogelijk in gevaar zou komen. Kortom, er zijn veel meer redenen waarom een stille fase aangewezen kan zijn dan steeds ter voorbereiding van een doorstarttransactie. Bovendien hoeft een stille fase niet altijd uit te monden in een faillissement.

De Novelle WCO I is opgesteld op aanbeveling van één van de commissies die onderzoek heeft gedaan naar de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen, waar een stille voorbereidingsfase node werd gemist. De internetconsultatie is afgerond op 21 juli 2021. Het is nu wachten op het daadwerkelijke wetsvoorstel.

De Novelle behelst een aanpassing van het wetsvoorstel WCO I. De minister wil voor de invoering van de daarin geregelde stille fase niet langer de beslissing van het HvJEU in de Heiploeg-zaak afwachten, maar alleen voor zover het maatschappelijk belangrijke ondernemingen betreft. Verder uitstel is vanuit maatschappelijk oogpunt volgens hem ongewenst. In de vorm waarin de regeling in de consultatie is voorgelegd, zal deze daarom alleen toegankelijk zijn voor schuldenaren die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Semipublieke instellingen zullen hier dus in elk geval gebruik van kunnen maken.

Een andere belangrijke wijziging is dat de meerwaarde, die aannemelijk moet worden gemaakt om tot de regeling te worden toegelaten, niet langer het voorbereiden van een verkoop en daarmee het behoud van werkgelegenheid is. De vereiste meerwaarde is volgens de concepttekst aanwezig indien de voorbereiding kan bijdragen aan een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar. Het doorslaggevend belang wordt daarmee het belang van degenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht, zoals patiënten of leerlingen, en niet meer het belang van de

gezamenlijke schuldeisers en het personeel. In de Novelle is bovendien de passage uit het oude wetsvoorstel, dat de beoogd curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt, verwijderd. *En passant* lijkt hiermee een ingrijpende wijziging van de taak van de (beoogd) curator te worden doorgevoerd. Wij volstaan hier met het signaleren van deze mogelijke taakwijziging.

### **4.3. Sanctie voor bestuur bij ontbreken voorbereiding**

Gelet op het vorenstaande zal het bestuur van een semipublieke instelling bij dreigende discontinuïteit niet alleen actie moeten ondernemen die is gericht op het redden van de onderneming, maar juist ook een onverhoopt faillissement moeten voorbereiden. Hoewel de consultatiefase voor de Novelle WCO I nog maar net is afgesloten, verwachten wij dat rechtbanken bereid zullen zijn (in sommige gevallen: blijven) om in voorkomend geval een beoogd curator aan te wijzen bij semipublieke instellingen. De onduidelijkheid naar aanleiding van de Smallsteps en Heiploeg-zaken is wat ons betreft dan ook geen reden voor het bestuur om geen stille bewindvoering aan te vragen.

Normen die er deels al waren, zijn door de ziekenhuisfaillissementen explicieter gemaakt. Ook is hierdoor tastbaarder geworden wat de potentiële schade is als die normen niet in acht worden genomen. Eén en ander vergt een zeker 'over het graf heen regeren' van de bestuurder. Hierbij speelt niet alleen het traditionele belang van de rechtspersoon en haar schuldeisers een rol, maar zullen ook maatschappelijke belangen mee moeten wegen. Men kan zich afvragen in hoeverre bestuurders die helemaal geen aandacht besteden aan de consequenties van een eventueel faillissement het risico lopen dat achteraf wordt geoordeeld dat zij hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat zij ingevolge artikel 2:9 BW of artikel 6:162 BW worden aangesproken voor de daaruit voortvloeiende schade. Dit is een



onderwerp dat buiten het bestek van dit artikel valt.

omstandigheden, maar houd rekening met de tijd die een beoogd curator nodig heeft. In de regel verdient het bijvoorbeeld geen aanbeveling te wachten tot de salarisronde op de 24<sup>e</sup> van de maand, als er geen geld is om het personeel te betalen.

## 5. Aanbevelingen voor de praktijk

Het vorenstaande geeft aanleiding tot de volgende praktische aanbevelingen voor (de adviseur van) het bestuur en de interne toezichthouder van semipublieke instellingen, die ook van belang kunnen zijn voor de beoogd curator in een stille fase en de uiteindelijke faillissementscurator.

- Houd rekening met de branchespecifieke wetgeving en governance codes en heb oog voor de bijzonderheden van de semipublieke sector en de met de activiteit gemoeide maatschappelijke belangen.
- Het is aangewezen dat het bestuur een zo concreet mogelijk plan opstelt met een analyse van potentiële problemen bij een onverhoopt faillissement, dat voorziet in voorbereiding van acute zaken. Bij een zorginstelling kan in dat kader worden geput uit de in de eerdere ziekenhuisfaillissementen opgedane ervaringen, inmiddels beschreven in een aantal onderzoeksrapporten.
- Het verdient aanbeveling dat de interne toezichthouder proactief handelt en erop toeziet dat het bestuur een degelijk plan opstelt. We bevelen aan ervoor te zorgen dat hij over voldoende informatie beschikt om tijdig financiële problemen te herkennen, het bestuur naar haar voorbereiding op een worst case scenario vraagt en ook toetst of die voorbereiding degelijk is.
- Communiceer goed met de externe en interne toezichthouder en zo nodig met andere betrokkenen, waarbij een afweging moet worden gemaakt tussen de risico's van uitlekken ten opzichte van het tijdig betrekken van externe partijen op wie zou kunnen worden teruggevallen.
- Verzoek zo nodig (tijdig) de aanwijzing van een beoogd curator (stille fase), ook al is de Novelle WCO I nog niet aangenomen. Wat 'tijdig' is, hangt af van de

<sup>[1]</sup> CPB Notitie, De governance van semi-publieke instellingen, uitgevoerd op verzoek van de Ambtelijke Commissie Vernieuwing Publieke Belangen, 13 november 2013, p. 3.

<sup>[2]</sup> Hoe meer afnemers, hoe meer omzet. Zo is het leerlingenaantal een belangrijke factor bij de financiering van scholen. En een zorginstelling met veel patiënten of cliënten genereert meer omzet en heeft bovendien een sterkere positie in de contractsonderhandelingen met de zorgverzekeraar, gemeente of zorgkantoor.

<sup>[3]</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32620, nr. 10.

<sup>[4]</sup> Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen (Commissie Van Manen), *De aangekondigde ondergang, onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen*, maart 2020 ("Rapport Van Manen"), p. 102 e.v.

<sup>[5]</sup> Rapport Van Manen, p. 104.

<sup>[6]</sup> Zie in dit verband de jaarlijkse onderzoeken naar de financiële performance in de zorg van EY (Barometer Nederlandse Gezondheidszorg) over verschillende typen zorginstellingen en van BDO (Benchmark Ziekenhuizen) over ziekenhuizen.

<sup>[7]</sup> De Wet 'Goed bestuur, goed onderwijs' is in 2010 in werking getreden. Voor bepaalde zorginstellingen is dit vastgelegd in het Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen, welke per 1 januari 2022 wordt vervangen door het nog verder gaande Uitvoeringsbesluit Wet toetreding zorgaanbieders.

<sup>[8]</sup> Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, ro. 3.21 en Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144.

<sup>[9]</sup> Bij wijze van voorbeeld wijzen wij op het Kader Goed Bestuur van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en de Nederlandse Zorgautoriteit en verschillende onderzoeksrapporten van de Inspectie van het Onderwijs over governance in verschillende deelsectoren van het onderwijs.

<sup>[10]</sup> Bijvoorbeeld voor zorgverleners die, kort gezegd, intramurale zorg verlenen (per 1 januari 2022 is deze (reeds bestaande) verplichting vastgelegd in artikel 3 Wet toetreding zorgaanbieders) en voor instellingen die primair en voortgezet onderwijs verzorgen (artikel 17c Wet op het primaire onderwijs en artikel 24e1 Wet op het voortgezet onderwijs).

<sup>[11]</sup> Onderzoeksraad voor de Veiligheid (OVV), *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, december 2019, en het Rapport Van Manen (zie noot 4).

<sup>[12]</sup> IGJ, *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschat - risico's voor goede en veilige zorg bij afbouw en overdracht van zorg*, november 2019, en IGJ, *Kwetsbaar en krachtig: veilige zorg na faillissement IJsselmeerziekenhuizen*, december 2019.

<sup>[13]</sup> HvJEU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*).

<sup>[14]</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en concl. AG HvJEU 9 december 2021, ECLI:EU:C:2021:997.

<sup>[15]</sup> Rb. Den Haag 4 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:40.

