



**Universiteit
Utrecht**

Zorgen voor het ziekenhuis in faillissement

Hoe zou de rol van de curator binnen de faillissementsprocedure van een ziekenhuis moeten worden vormgegeven om tot een gecontroleerde afwikkeling van dit ziekenhuisfaillissement te kunnen komen waarbinnen de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten voldoende wordt gewaarborgd?

Naam: Esra Beelen

E-mail: e.j.t.w.beelen@students.uu.nl

Begeleidend docent: Mr. dr. J.C. van Eijk-Graveland

Aantal woorden: 19193

Datum: 1 juli 2022

Inhoudsopgave

| | |
|---|-----------|
| Inleiding | 4 |
| 1. Het ziekenhuisfaillissement: de patiënten in het failliete ziekenhuis als zorgenkindje van de curator | 8 |
| 1.1 Het ziekenhuisfaillissement..... | 8 |
| 1.1.1 De faillietverklaring..... | 8 |
| 1.1.2 De maatschappelijke functie van het ziekenhuis..... | 9 |
| 1.1.3 Lopende behandelingen en gestanddoening door de curator..... | 10 |
| 1.1.4 Afbouw van de zorg & de betrokken partijen | 11 |
| 1.2 Het ziekenhuis in de knel in de faillissementsprocedure..... | 11 |
| 1.2.1 De taakopvatting van de curator: het schuldeisersbelang vs. het belang van patiënten | 12 |
| 1.2.2 De te late aanstelling van de curator: orde scheppen in de chaos onder grote tijdsdruk | 12 |
| 1.3 Tussenconclusie..... | 13 |
| 2. Maatschappelijk verantwoord vereffenen door de curator | 14 |
| 2.1 De aanbeveling van de OVV: Patiëntveiligheid boven de gezamenlijke schuldeisers | 14 |
| 2.2 De wettelijke taak van de curator onder de loep..... | 15 |
| 2.2.1 De wettelijke taak van de curator | 15 |
| 2.2.2 De taakopvatting van de curator | 15 |
| 2.3 De curator met een publieke taak | 16 |
| 2.4 De belangenafweging door de curator in het ziekenhuisfaillissement | 17 |
| 2.4.1 <i>Sigmacon II</i> : ‘andere’ belangen dan het crediteurenbelang..... | 17 |
| 2.4.2 <i>Maclou</i> : belangen van maatschappelijke aard boven de individuele schuldeiser..... | 18 |
| 2.4.3 <i>Curatoren Mobell</i> : zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard..... | 20 |
| 2.4.4 <i>Prakke/Gips</i> : eigen inzicht van de curator geeft de doorslag | 20 |
| 2.4.5 De weg vrij voor de maatschappelijke belangen? | 21 |
| 2.5 Het voorstel van de OVV: onnodig een stap te ver? | 23 |
| 2.5.1 Breuk met het stelsel van de Faillissementswet | 23 |
| 2.5.2 Beperking beleidsvrijheid curator..... | 24 |
| 2.5.3 Financiële consequenties | 25 |
| 2.6 Tussenconclusie..... | 25 |
| 3. Stilte voor de storm: een periode van stil bewind als waarborg voor de zorg | 27 |
| 3.1 Een goede voorbereiding is het halve werk..... | 27 |
| 3.2 De pre-pack..... | 28 |
| 3.2.1 De pre-pack doet zijn intrede..... | 28 |
| 3.2.2 Wet Continuïteit Ondernemingen I | 29 |

| | | |
|---------|---|-----------|
| 3.2.2.1 | De beoogd curator..... | 29 |
| 3.2.3 | De pre-pack en de WCO I onder druk..... | 30 |
| 3.2.3.1 | <i>Smallsteps</i> : een streep door de pre-pack praktijk?..... | 30 |
| 3.2.3.2 | <i>Heiploeg</i> : de pre-pack terug op de kaart..... | 32 |
| 3.2.4 | De pre-pack en het ziekenhuisfaillissement | 33 |
| 3.2.5 | Een wettelijke basis voor de pre-pack | 34 |
| 3.2.5.1 | Biedt de Novelle WCO I uitkomst?..... | 34 |
| 3.2.5.2 | Is de Novelle een nuttige aanvulling op de WCO I? | 36 |
| 3.3 | Stille curatele | 37 |
| 3.3.1 | De stille curator bij een noodlijdende instelling..... | 37 |
| 3.3.2 | De stille curator in een ziekenhuisfaillissement | 37 |
| 3.3.3 | De vormgeving | 38 |
| 3.4 | Pre-pack of stille curatele voor het ziekenhuis? | 38 |
| 3.4.1 | De beoogd curator aan het roer..... | 39 |
| 3.4.2 | Aanstelling van een beoogd curator door een toezichthouder..... | 39 |
| 3.5 | Tussenconclusie..... | 39 |
| | Conclusie..... | 41 |
| | Bibliografie | 44 |

Inleiding

Actualiteit & aanleiding

In 2006 werd de marktwerking in de zorg geïntroduceerd.¹ De gedachte hierachter was dat wanneer zorgaanbieders en zorgverzekeraars concurreren om de gunst van de patiënten respectievelijk verzekeren, dit ten goede zou komen aan de kwaliteit van de zorg.² Bij de introductie van marktwerking in de zorg ontstaat ook het risico op faillissement van een zorgaanbieder. Aanvankelijk sprong de overheid financieel nog een aantal keer bij wanneer grote zorgaanbieders in de problemen kwamen, maar in 2013 nam minister Schippers van Volksgezondheid, Welzijn & Sport formeel het standpunt in dat zorgaanbieders met financiële problemen geen financiële steun van de overheid meer kregen.³ Niet lang daarna was het eerste ziekenhuisfaillissement een feit: op 24 juni 2013 werd het faillissement uitgesproken van het Ruwaard van Puttenziekenhuis.⁴

Niet al te lang hierna diende kort na elkaar twee nieuwe ziekenhuisfaillissementen zich aan. In 2018 werden het MC Slotervaartziekenhuis en de MC IJsselmeerziekenhuizen failliet verklaard.⁵ De faillissementen van het Amsterdamse Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen hebben tot de nodige maatschappelijke beroering geleid.⁶ In de media werd bericht dat er geen adequate voorbereiding had plaatsgevonden van de overdracht van de patiëntenzorg, wat veel leed zou hebben veroorzaakt.⁷ In de chaotische situatie na faillietverklaring zou de veiligheid van patiënten onvoldoende zijn gewaarborgd.⁸ Achteraf zijn echte ongelukken voorkomen maar de betrokkenen bij de verschillende faillissementen lijken het erover eens te zijn dat de patiëntveiligheid in gevaar is geweest.⁹

Sinds de faillissementen van het Slotervaart en de IJsselmeerziekenhuizen hebben verschillende instanties bericht dat meerdere Nederlandse ziekenhuizen zich in de financiële gevarezone bevinden.¹⁰ De kans is dus aanwezig dat in de nabije toekomst meer ziekenhuizen te kampen krijgen met een faillissement en daarbij opnieuw risico's voor de gezondheid van de patiënten ontstaan.¹¹ Het reële risico op toekomstige ziekenhuisfaillissementen maakt dat het van belang is dat de faillissementsprocedure kritisch wordt geanalyseerd en dat er wordt gezocht naar mogelijkheden om de faillissementsprocedure in het geval van een ziekenhuisfaillissement zo in te richten dat er geen (of nauwelijks) risico bestaat voor de gezondheid van de patiënten.

Naar aanleiding van de onrust die is ontstaan omtrent de ziekenhuisfaillissementen werd door toenmalig minister Bruins van Volksgezondheid, Welzijn & Sport een extern onderzoek ingesteld naar de gang van zaken binnen de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en het IJsselmeerziekenhuis.¹² De gang van zaken in de ziekenhuisfaillissementen vormde ook voor andere instanties aanleiding om een onderzoek uit te voeren.¹³ De onderzoeksbevindingen zijn in verschillende rapporten vastgelegd.¹⁴ Uit

¹ Wet van 7 juli 2006, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet marktordening gezondheidszorg).

² Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 178.

³ *Kamerstukken II* 2010/12, 32620, 10.

⁴ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 118.

⁵ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 178.

⁶ Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2019/21, p. 135.

⁷ Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2019/21, p. 135.

⁸ Brand, *NJB* 2020/570, p. 603.

⁹ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 178.

¹⁰ *Financiële outlook Nederlandse zorg, waarom nu investeren noodzakelijk is 2022*.

¹¹ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 178.

¹² Instellingsregeling commissie faillissementen ziekenhuizen (*Stcrt.* 2019, 10955).

¹³ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 178.

¹⁴ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 178.

deze verschillende rapporten komt naar voren dat het huidige faillissementsrecht niet is toegesneden op de realiteit van een ziekenhuisfaillissement.¹⁵ Het ziekenhuis vervult een maatschappelijke functie welke de situatie in faillissement enorm compliceert. Bij het faillissement van een ziekenhuis spelen de belangen van de patiënten in het failliete ziekenhuis een indringende rol.¹⁶

Het belangrijkste rapport dat is verschenen naar aanleiding van de ziekenhuisfaillissementen is het rapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid (hierna: OVV). Het onderzoeksdoel van het rapport van de OVV was om een bijdrage te leveren aan de (verbetering van de) patiëntveiligheid binnen een zorgstelsel waarin ziekenhuizen failliet kunnen gaan.¹⁷ In het rapport heeft de OVV veel oog voor de moeilijke positie waarin een curator terecht komt binnen een ziekenhuisfaillissement. Ten aanzien van de rol van de curator doet de OVV dan ook twee aanbevelingen tot een wijziging van het faillissementsrecht met betrekking tot ziekenhuisfaillissementen: het faillissementsrecht zou zodanig moeten worden aangepast dat een ziekenhuis alleen failliet kan gaan na een periode van stil bewind en de curator zou bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moeten laten prevaleren boven de belangen van schuldeisers.¹⁸

De OVV is van mening dat deze aanbevelingen eraan zouden moeten bijdragen dat de kwaliteit en continuïteit van de zorg (beter) wordt gewaarborgd binnen een ziekenhuisfaillissement.¹⁹ De risico's die voor de patiëntveiligheid zijn ontstaan binnen het ziekenhuisfaillissement zouden door middel van deze aanbevelingen controleerbaar of vermijdbaar moeten zijn.

In dit onderzoek zal de geschiktheid, wenselijkheid en vormgeving van deze aanbevelingen ten aanzien van de rol van de curator binnen een ziekenhuisfaillissement nader worden onderzocht. Door de rol van de curator binnen de faillissementsprocedure op een zodanige manier vorm te geven dat deze ook aansluiting heeft op de realiteit van een ziekenhuisfaillissement zouden veiligheidsrisico's voor de patiënten, en daarmee maatschappelijke onrust, in de toekomst moeten worden voorkomen.

Onderzoeksvraag & deelvragen

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat luidt als volgt:

Hoe zou de rol van de curator binnen de faillissementsprocedure van een ziekenhuis moeten worden vormgegeven om tot een gecontroleerde afwikkeling van dit ziekenhuisfaillissement te kunnen komen waarbinnen de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten voldoende wordt gewaarborgd?

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat is te typeren als een deels ontwerpende, deels evaluerende onderzoeksvraag. Binnen het onderzoek wordt gestreefd naar het verbeteren van de huidige faillissementsprocedure zodat de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten beter kan worden gewaarborgd in een ziekenhuisfaillissement. Deze verbetering van de faillissementsprocedure wordt gezocht in de rol van de curator binnen het ziekenhuisfaillissement en ontworpen aan de hand van de aanbevelingen gedaan door de OVV in het onderzoeksrapport. De aanbevelingen gedaan door de OVV worden daarbinnen geëvalueerd aan de hand van de huidige rol van de curator binnen de faillissementsprocedure.

¹⁵ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 178.

¹⁶ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 178.

¹⁷ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 6.

¹⁸ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 97.

¹⁹ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 180.

Om tot het antwoord op de onderzoeksvraag te komen dienen de volgende deelvragen als bouwstenen.

1. *Waardoor komt binnen de huidige faillissementsprocedure en rol van de curator de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten op het spel te staan in een ziekenhuisfaillissement?*
2. *Kan binnen de faillissementsprocedure van een ziekenhuis de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten beter gewaarborgd worden indien binnen de belangenafweging van de curator wettelijk verankerd wordt dat maatschappelijke belangen moeten prevaleren?*
3. *Kan binnen de faillissementsprocedure van een ziekenhuis de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten beter gewaarborgd worden indien voorafgaand aan het faillissement een periode van stil bewind wordt gehanteerd?*

De eerste deelvraag behandelt het ziekenhuisfaillissement en de moeilijke positie waarbinnen de curator terecht komt in een ziekenhuisfaillissement. De eerste deelvraag is te beschouwen als een deels beschrijvende, deels verklarende deelvraag. In de tweede en derde deelvraag staan de aanbevelingen van de OVV centraal en wordt de geschiktheid, wenselijkheid en concrete vormgeving van deze aanbevelingen onderzocht. De tweede en derde deelvraag zijn te beschouwen als deels evaluerende, deels ontwerpende deelvragen.

Methodologie & opbouw van het onderzoek

De onderzoeksmethode die in dit rechtswetenschappelijk onderzoek zal worden gehanteerd is het literatuur- en documentenonderzoek. Er zal gebruik worden gemaakt van jurisprudentie en wetenschappelijke literatuur. De faillissementsverslagen van het Ruwaard van Putten, de Sionsberg, het Slotervaart en de IJsselmeerziekenhuizen dienen als kader voor de ontstane knelpunten binnen een ziekenhuisfaillissement en de moeilijke positie waarin de curator terecht kwam. Het rapport van de OVV en de daarin gedane aanbevelingen aan de minister voor Rechtsbescherming dienen als kader voor de aan te dragen verbeteringen ten aanzien van de rol van de curator binnen de huidige faillissementsprocedure.²⁰

Het onderzoek zal als volgt worden opgebouwd.

In het eerste hoofdstuk staat het ziekenhuisfaillissement centraal. Het ziekenhuisfaillissement verschilt van een doorgaand faillissement door de, ook na faillissement bestaande, verantwoordelijkheid van het ziekenhuis voor de zorg voor patiënten in het ziekenhuis. Deze maatschappelijke functie van het ziekenhuis compliceert de faillissementsprocedure en zet met name de curator onder druk. Waar de curator zich normaliter richt op het belang van de gezamenlijke schuldeisers speelt het maatschappelijke belang van de patiëntveiligheid in het ziekenhuisfaillissement een indringende rol waar de curator nauwelijks omheen kan. Daarnaast kwam de curator in zijn overwegingen in dit complexe faillissement onder grote tijdsdruk te staan, doordat het uitgangspunt in de huidige faillissementsprocedure is dat de curator pas wordt aangesteld op het moment van faillietverklaring. In dit hoofdstuk zal nader worden omschreven hoe de curator in zijn rol onder druk kwam te staan in de ziekenhuisfaillissementen.

In het tweede hoofdstuk staat de eerste aanbeveling van de OVV centraal: de curator zou bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moeten laten prevaleren boven de belangen van schuldeisers. In het ziekenhuisfaillissement werd de curator geconfronteerd met unieke, urgente maatschappelijke belangen; het belang van de patiënten in het failliete ziekenhuis. Deze maatschappelijke belangen spelen binnen de huidige faillissementsprocedure, welke gericht is op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, een bijzondere maar ook lastige rol. De curator vertegenwoordigt in beginsel de belangen

²⁰ Kamerstukken II 2019/20, 31016, 269, 282, 256 en 270 (Bijlage).

van schuldeisers en richt zich ook op deze belangen in de uitvoering van zijn taak. De vraag is in hoeverre binnen de taakopvatting van de curator ruimte is voor de maatschappelijke belangen. Door de OVV is aangedragen dat er wettelijk verankerd zou moeten worden dat de curator de belangen van patiënten laat prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers indien nodig. In dit hoofdstuk wordt aan de hand van de huidige taak en verantwoordelijkheid van de curator de noodzaak en wenselijkheid van deze aanbeveling nader onderzocht.

In het derde hoofdstuk staat de tweede aanbeveling van de OVV centraal: het hanteren van een periode van stil bewind voorafgaand aan het ziekenhuisfaillissement. De curator wordt normaliter pas aangesteld op het moment dat de faillietverklaring wordt uitgesproken, waardoor de curator relatief laat bij het faillissement wordt betrokken.²¹ Om de grote (tijds)druk die ligt op de curator en andere betrokkene bij een ziekenhuisfaillissement te verminderen zou een dergelijk complex faillissement gebaat zijn bij een periode van stil bewind voorafgaand aan het faillissement, waardoor de curator eerder bij het faillissement betrokken raakt. Deze periode van stil bewind kan op verschillende manieren worden vormgegeven. De pre-pack biedt mogelijkheden, maar staat onder druk vanwege het *Smallsteps*-arrest. De Novelle WCO I biedt een nieuw perspectief op het gebruik van een pre-pack bij faillissementen waarbinnen een maatschappelijk belang op het spel staat. Ook de figuur van stille curatele zoals bekend uit de financiële sector zou uitkomst kunnen bieden. In dit hoofdstuk worden de verschillende mogelijkheden nader onderzocht en wordt deze oplossing nader vormgegeven.

Er zal worden afgesloten met een conclusie waarin een antwoord wordt gegeven op de onderzoeksvraag. Er zal geconcludeerd worden dat de complexiteit van het ziekenhuisfaillissement de curator voor uitdagingen stelt, maar dat de curator in zijn huidige rol in staat is tot een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement te komen wanneer hij door middel van een periode van stil bewind voorafgaand het (aanstaande) faillissement eerder bij het ziekenhuisfaillissement betrokken raakt.

²¹ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

1. Het ziekenhuisfaillissement: de patiënten in het failliete ziekenhuis als zorgenkindje van de curator

In dit hoofdstuk staat het ziekenhuisfaillissement centraal. Besproken zal worden wat het faillissement van een ziekenhuis compliceert ten opzichte van een doorgaand faillissement, waarbij aandacht is voor de maatschappelijke functie die het ziekenhuis vervult. Stil zal worden gestaan bij hoe deze maatschappelijke functie van de failliet de rol van de curator in het ziekenhuisfaillissement compliceerde en de tekortkomingen aan de faillissementsprocedure in het geval van een ziekenhuisfaillissement blootlegde.

1.1 Het ziekenhuisfaillissement

In 2006 is de marktwerking in de zorg geïntroduceerd. Binnen het Nederlandse zorgstelsel moeten ziekenhuizen sinds de introductie van de marktwerking opereren in een commercieel speelveld en worden zij in toenemende mate blootgesteld aan concurrentie.²² Faillissementen zijn in dit speelveld onvermijdelijk en onderdeel van de marktdynamiek. Met de introductie van de marktwerking in de zorg werd er dan ook een ander fenomeen geboren; het ziekenhuisfaillissement. De faillissementen van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen zijn de belangrijkste voorbeelden.

1.1.1 De faillietverklaring

Faillissement is het onvermogen om aan opeisbare schulden te voldoen.²³ De Faillissementswet omschrijft het in art. 1 lid 1 als volgt: ‘De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijke vonnis in staat van faillissement verklaard.’

Faillissement kan worden omschreven als een beslag op nagenoeg het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.²⁴ Het faillissement is dan ook gericht op de vereffening van het vermogen ten behoeve van deze schuldeisers, hun belangen staan centraal.²⁵

Een schuldenaar die verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, kan bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard.²⁶

Voor de faillietverklaring is vereist dat summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.²⁷ Daartoe moet zijn voldaan aan twee cumulatieve vereisten:

I. De schuldenaar heeft meerdere schuldeisers, ook wel het pluraliteitsvereiste genoemd.

Vereist voor faillietverklaring is in elk geval dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft.²⁸ Wanneer meerdere schuldeisers een zelfstandig vorderingsrecht hebben, staat de pluraliteit van schuldeiser vast.²⁹ Een dergelijke vordering wordt ook wel een steunvordering genoemd.³⁰

²² Meersma, Hekman & Rijken, *O&F* 2017/25, p. 69.

²³ Wibier 2018/1.

²⁴ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/I.1.

²⁵ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/1.2.

²⁶ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.2.

²⁷ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.2. Art. 6 lid 3 Faillissementswet.

²⁸ HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*Berzona*). HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488 (*Säkaphen*).

²⁹ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.3.1.

³⁰ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.3.1.

Een steunvordering hoeft niet opeisbaar te zijn, de omvang van de steunvordering hoeft niet vast te staan en de vordering hoeft geen betrekking te hebben op de betaling van een geldsom.³¹ Voldoende is dat het gaat om een vordering die ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend.³²

II. Er is sprake van tenminste één opeisbare schuld.

Wanneer er geen enkele opeisbare vordering is, kan onmogelijk geconcludeerd worden dat een schuldenaar verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.³³ Om te kunnen concluderen dat een schuldeiser dus verkeert in de voor faillietverklaring vereiste toestand dient er op zijn minst één opeisbare vordering te bestaan.³⁴

Mocht de rechter tot de conclusie komen dat aan deze cumulatieve vereisten wordt voldaan dan spreekt de rechter de faillietverklaring uit. Het vonnis waarin de faillietverklaring wordt uitgesproken is uitvoerbaar bij voorraad.³⁵ De staat van faillissement treedt terstond in.³⁶ Een uittreksel van het vonnis van faillietverklaring wordt gepubliceerd in de Staatscourant.³⁷

Door de faillietverklaring verliest de failliet het beheer en de beschikking over zijn tot het faillissement behorende vermogen.³⁸ Het beheer en de beschikking over de failliete boedel berusten vanaf de datum van de faillietverklaring bij de curator, welke bij het vonnis van de faillietverklaring wordt benoemd.³⁹ De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁴⁰ De rechter-commissaris, ook benoemd in het vonnis van de faillietverklaring, houdt toezicht op de curator.⁴¹ Dit houdt in dat de rechter-commissaris nagaat of de curator binnen de grenzen van de wet blijft, of hij handelt in het belang van de boedel en of hij zijn taak behoorlijk vervult.⁴² De curator heeft daarnaast voor een aantal handelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig.⁴³

1.1.2 De maatschappelijke functie van het ziekenhuis

De faillietverklaring van de ziekenhuizen was het startsein voor de faillissementsprocedure. Er werden curatoren aangesteld en schuldeisers dienden zich aan. In die zin is het ziekenhuisfaillissement een faillissement als ieder ander. Aan het ziekenhuisfaillissement kleeft echter een bijzonderheid. Het ziekenhuis vervult een belangrijke maatschappelijke functie: het leveren van de zorg aan patiënten. De zorg voor patiënten kan niet zo maar van de ene op de andere dag stop worden gezet. Iedere patiënt in het failliete ziekenhuis heeft immers recht op goede zorg.

Het recht op bescherming van de gezondheid ligt verankerd in de Nederlandse Grondwet en in een reeks mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is.⁴⁴ Algemeen wordt aangenomen dat de kern van het recht op gezondheid bestaat uit het zorgdragen voor een stelsel van gezondheidszorg en het waarborgen van de toegankelijkheid van de zorg.⁴⁵ De overheid treft maatregelen ter bevordering van

³¹ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.3.1.

³² Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.3.1.

³³ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/II.2.

³⁴ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/II.2.

³⁵ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/3.16.1.

³⁶ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/II.2.

³⁷ Art. 14 lid 3 Faillissementswet.

³⁸ Art. 23 Faillissementswet.

³⁹ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/II.2. Art. 68 Faillissementswet.

⁴⁰ Art. 68 Faillissementswet.

⁴¹ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/2.1. Art. 64 Faillissementswet.

⁴² Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.2.2.1.

⁴³ Wibier 2018/52.

⁴⁴ Toebes, *AA* 2021/70, p. 225.

⁴⁵ Hendriks & Krijnen, *NJB* 2009/964, par. 1.

de volksgezondheid.⁴⁶ Op de overheid drukt dus een bijzondere verantwoordelijkheid bij het respecteren, beschermen en bevorderen van gezondheid.⁴⁷

De wetgever heeft de patiënt een aantal rechten toegekend welke samen het recht van de patiënt op goede zorg vormen.⁴⁸ Hieronder valt onder andere het recht op toegang tot en continuïteit van de zorg en het recht op kwalitatief goede zorg.⁴⁹ De verantwoordelijkheid voor deze rechten heeft de overheid door middel van wetgeving voornamelijk neergelegd bij veldpartijen, zoals de zorgaanbieder en de zorgverzekeraar.⁵⁰ De zorgverzekeraar is met name verantwoordelijk voor de toegang tot en de continuïteit van de zorg, de zorgaanbieder is hoofdverantwoordelijke voor de kwaliteit van de zorg.⁵¹

1.1.3 Lopende behandelingen en gestanddoening door de curator

Waar de curator in een normaal faillissement doorgaans vooral de financiële belangen van financiers en leveranciers behartigt, krijgt de curator in het faillissement van een ziekenhuis dus op een indringende manier te maken met de belangen van patiënten.⁵² In de uitvoering van zijn taak als beheerder van de failliete boedel kan de curator dan ook moeilijk om deze belangen heen.

Een van de belangrijkste beslissingen die de curator moet nemen is of hij overgaat tot voortzetting van de onderneming voor kortere of langere tijd.⁵³ In het kader van het verkrijgen van een optimale opbrengst voor het vermogen van de failliet kan het gunstig zijn om de onderneming niet onmiddellijk stil te leggen.⁵⁴ Ook omtrent de vraag naar een eventuele doorstart van de onderneming moet door de curator een besluit genomen worden.⁵⁵

In een regulier faillissement heeft de curator de keuze om met betrekking tot lopende opdrachten de overeenkomst al dan niet gestand te doen.⁵⁶ Dit ligt bij een ziekenhuisfaillissement anders. Lopende behandelingen kunnen niet zo maar worden beëindigd, maar dienen te worden gecontinueerd gezien het belang dat hierbij gediend wordt. Abrupte discontinuïteit van een zorginstelling kan immers levensbedreigende situaties opleveren.⁵⁷ Gezien de positie van de patiënten in het failliete ziekenhuis diende de curatoren in de ziekenhuisfaillissementen de behandelingsovereenkomsten dan ook gestand te doen, en dus zorg (tijdelijk) draaiende te houden, en daarmee het ziekenhuis als onderneming voort te zetten.

Normaliter maakt de curator de afweging of het voortzetten van de onderneming gunstig is met het oog op het verkrijgen van een optimale opbrengst voor het vermogen van de failliet. Wanneer de bedrijfsvoering verliesgevend is, ontstaat een dilemma voor de curator; het openhouden van de zorginstelling levert verlies op en is daarmee niet in het belang van de schuldeisers, maar het onmiddellijk sluiten van de zorginstelling is ook geen optie.⁵⁸ Het voortzetten van het ziekenhuis als onderneming, en daarbij het waarborgen van een veilige patiëntenzorg, brengt met zich mee dat er ook na het uitspreken van de faillietverklaring hoge kosten moeten worden gemaakt, welke boedelschulden vormen in faillissement. De curator dient in een doorgaand faillissement na te gaan of deze te maken kosten opwegen tegen de te verwachten opbrengsten door de voortzetting van de onderneming. In de

⁴⁶ Toebes, *AA* 2021/70, p. 229.

⁴⁷ Hendriks & Krijnen, *NJB* 2009/964, par. 1.

⁴⁸ Schreurs, *TvI* 2020/25, afl. 3, p. 179.

⁴⁹ Schreurs, *TvI* 2020/25, afl. 3, p. 179.

⁵⁰ Hendriks 2018/4.1.1.

⁵¹ Schreurs, *TvI* 2020/25, afl. 3, p. 179.

⁵² Schreurs, *TvI* 2020/25, afl. 3, p. 178.

⁵³ Wibier 2018/41.

⁵⁴ Wibier 2018/41.

⁵⁵ Wibier 2018/41.

⁵⁶ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 121. Art. 37 Faillissementswet.

⁵⁷ Meersma, Hekman & Rijken, *O&F* 2017/25, p. 76.

⁵⁸ Meersma, Hekman & Rijken, *O&F* 2017/25, p. 76.

ziekenhuisfaillissementen was (tijdelijke) voortzetting van de onderneming echter onvermijdelijk, ongeacht of de boedel dit toeliet.

Het is echter onzeker of de curator wel voldoende middelen beschikbaar heeft in de boedel, of dat er financiering mogelijk is door een externe financier.⁵⁹ In de ziekenhuisfaillissementen overstegen de aanzienlijke kosten die gemaakt moesten worden om de gecontroleerde afbouw van de zorg te bekostigen de middelen beschikbaar in de boedel.⁶⁰ De curator moest hierdoor op zoek naar een financier.

De financiering van de gecontroleerde afbouw, en de vraag welke partij hiervoor verantwoordelijk was, leidde tot veel discussie. Hierdoor kwam de financiering moeilijk op gang waardoor er voorafgaand aan het faillissement geen financiering beschikbaar was.⁶¹ De onzekerheid over de beschikbaarheid van financiering maakte dat curatoren terughoudend waren met het maken van kosten, waardoor de afbouw van de zorg en de overdracht van patiënten chaotisch verliep.⁶² Daarnaast waren de curatoren onmiddellijk na de faillietverklaring veel tijd kwijt aan het op orde maken van de financiering, terwijl deze tijd juist kostbaar is.⁶³

1.1.4 Afbouw van de zorg & de betrokken partijen

Na de voortzetting van de onderneming werden de curatoren verantwoordelijk voor de gecontroleerde afbouw van de zorg.⁶⁴ Binnen het ziekenhuis werd per afdeling beoordeeld hoe de zorg daar afgebouwd moest worden en hoe omgegaan diende te worden met de achterblijvende patiënten.⁶⁵ Er werd afgesproken geen nieuwe behandelovereenkomsten meer aan te gaan en de patiënten die nog voor langere tijd zorg nodig hadden werden overgeplaatst naar een ander ziekenhuis.⁶⁶

Bij het overdragen van de patiënten werkten de curatoren intensief samen met de medische staf en de zorgverzekeraars.⁶⁷ De medische staf gaf aan wat er met welke patiënten, wanneer, moest gebeuren, terwijl de zorgverzekeraars, aan de hand van het beschikbare budget, bepaalden waar de patiënten terecht konden.⁶⁸

Door de gebrekkige voorbereiding en het gebrek aan tijd voor de overdracht van patiënten was onmiddellijk na het faillissement onduidelijk wie waarvoor verantwoordelijk was en waar patiënten naartoe overgeplaatst moesten worden.⁶⁹ Daarnaast waren niet alle patiëntendossiers geactualiseerd en beschikten de omliggende ziekenhuizen over onvoldoende capaciteit om de patiënten op te vangen.⁷⁰

1.2 Het ziekenhuis in de knel in de faillissementsprocedure

De maatschappelijke functie van het ziekenhuis is een complicerende factor gebleken in de faillissementsprocedure. Binnen de faillissementsprocedure kwam in het ziekenhuisfaillissement met name de curator onder druk te staan in de uitvoering van zijn taak. De rol die de curator in een doorgaand faillissement speelt sluit niet naadloos aan op de behoeftes die bestonden in het ziekenhuisfaillissement waarbinnen de kwaliteit en continuïteit van de zorg gewaarborgd moeten worden.

⁵⁹ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 183.

⁶⁰ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 192.

⁶¹ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 192.

⁶² Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 192.

⁶³ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 192.

⁶⁴ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 186.

⁶⁵ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 184.

⁶⁶ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 184.

⁶⁷ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 188.

⁶⁸ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 188.

⁶⁹ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 188.

⁷⁰ Schreurs, *TvI 2020/25*, p. 188.

1.2.1 De taakopvatting van de curator: het schuldeisersbelang vs. het belang van patiënten

Waar een faillissement normaliter draait om het maximaliseren van de boedel om zo veel mogelijk uit te kunnen keren aan de crediteuren, verschijnt in het ziekenhuisfaillissement nog een heel ander belang ten tonele: het waarborgen van de continuïteit en kwaliteit van de zorg voor de patiënten in het failliete ziekenhuis.⁷¹ Het ziekenhuis, de failliet, heeft een belangrijke maatschappelijke functie waardoor er maatschappelijke belangen mee gaan spelen in het faillissement. Maatschappelijke belangen die, zo lijkt het, niet genegeerd kunnen worden door de betrokkenen bij het faillissement en met name niet door de curator.

Echter richt de curator zich in de uitvoering van zijn taak voornamelijk op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Binnen het faillissementsrecht wordt niet expliciet rekening gehouden met een eventuele maatschappelijke functie van de failliet.⁷² In het faillissement van een ziekenhuis krijgt de curator echter op een indringende wijze te maken met de belangen van patiënten. Een curator die geconfronteerd wordt met een ziekenhuis in vol bedrijf kan bijvoorbeeld moeilijk de beslissing nemen om direct de stekker uit het ziekenhuis te trekken: de zorg voor patiënten dient gecontroleerd te worden afgebouwd en de zorg moet worden overgedragen aan een andere zorgaanbieder.⁷³ Het belang van de patiëntveiligheid dient dan mee te wegen in de overwegingen van de curator.

Het laten meewegen van dergelijke belangen van maatschappelijke aard kan echter conflicteren met de taak van de curator. Zijn taak is immers om de onderneming te liquideren en daarbij zo veel mogelijk geld te verzamelen om de gezamenlijke schuldeisers in hun vorderingen te kunnen voldoen. De rol van de maatschappelijke belangen is binnen de afwikkeling van een faillissement niet altijd even nadrukkelijk. In de ziekenhuisfaillissementen zijn de belangen van patiënten onmiskenbaar groot. De vraag doet zich voor op welke manier de curator in de uitvoering van zijn taak, als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers, rekening dient te houden met deze belangen en of er voldoende ruimte bestaat voor deze belangen in het huidige faillissementsrecht.

1.2.2 De te late aanstelling van de curator: orde scheppen in de chaos onder grote tijdsdruk

De faillietverklaring van de ziekenhuizen werd, zoals gebruikelijk, publiekelijk bekend gemaakt.⁷⁴ De faillietverklaring is het startsein voor het faillissement. De failliet komt onmiddellijk onder druk te staan; leveranciers komen hun onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen ophalen, verschillende schuldeisers stellen zich op als dwangcrediteur waarbij zij weigeren te leveren of zelfs hun overeenkomst met het ziekenhuis opzeggen.⁷⁵

Een onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak blijft eigendom van de leverancier zolang de opschortende voorwaarde, bijvoorbeeld het betalen van de koopprijs, niet is vervuld.⁷⁶ De verkoper kan de geleverde zaken dus, zo nodig na ontbinding van de overeenkomst, opeisen als zijn eigendom, ook al is de koper failliet.⁷⁷ Veel van deze goederen en diensten die onder eigendomsvoorbehoud werden geleverd, waren echter nodig om de zorg voor de patiënten in het failliete ziekenhuis voort te kunnen zetten.⁷⁸ Door een gebrek aan tijd en middelen kon de curator deze onwenselijke situatie niet in alle gevallen voorkomen.

⁷¹ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 120.

⁷² *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 12.

⁷³ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 12.

⁷⁴ Art. 4 lid 5 Faillissementswet.

⁷⁵ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 192.

⁷⁶ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.5.1.1.

⁷⁷ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.5.1.1.

⁷⁸ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.3.2.5.

Het uitspreken van de ziekenhuisfaillissementen leidde tot de nodige maatschappelijke ophef. In de media werd bericht dat de zorg overhaast zou worden afgebouwd, waardoor de overdracht van de zorg chaotisch zou zijn verlopen.⁷⁹ Het faillissement van de ziekenhuizen kwam, zeker bij het Slotervaartziekenhuis en het Ruwaard van Puttenziekenhuis, toch wel enigszins als donderslag bij heldere hemel.⁸⁰ Doordat op het moment van faillietverklaring het ziekenhuis terecht kwam in de context van faillissement waarbinnen de betrokken partijen hier ook onmiddellijk naar handelden, was er weinig tijd om de zaken op een rijtje te krijgen en orde te scheppen in de chaos. Kwaliteit, veiligheid en continuïteit van de zorg lijken nu door dit verrassingseffect in het gedrang te komen maar dienen juist te allen tijde gewaarborgd te worden, ook in faillissement.⁸¹

Binnen het faillissement is het aan de curator om alles in goede banen te leiden en overwogen beslissingen te maken. De curator wordt echter pas met het uitspreken van het faillissement door de rechtbank aangesteld.⁸² Dit leidt ertoe dat de curator pas in een vrij laat stadium bij het faillissement betrokken raakt. Wanneer de curator pas op het moment van faillietverklaring wordt aangesteld moet hij handelen onder grote (tijds)druk, wat gezien de complexiteit van een ziekenhuisfaillissement onwenselijk is.

1.3 Tussenconclusie

De introductie van de marktwerking in de zorg heeft geresulteerd in een zorgstelsel waarbinnen ziekenhuizen kunnen failleren. Het ziekenhuisfaillissement is door de maatschappelijke functie van het ziekenhuis echter geen faillissement als ieder ander. Binnen het faillissement van het ziekenhuis speelt de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten een belangrijke rol. In de recente ziekenhuisfaillissementen heeft de afbouw van de zorg die als gevolg van de faillietverklaring in gang moest worden gezet, tot een chaotische en onwenselijke situatie voor patiënten geleid. De bestaande faillissementsprocedure is niet toegesneden op de realiteit van een ziekenhuisfaillissement.

Binnen de faillissementsprocedure speelt de curator een doorslaggevende rol. De curator wordt echter in een ziekenhuisfaillissement in een moeilijke positie geplaatst. De rol die de curator in een doorgaand faillissement speelt sluit niet naadloos aan op de behoeftes die bestonden in het ziekenhuisfaillissement. Waar de curator zich in een doorgaand faillissement richt op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers werd de curator in de uitoefening van zijn taak geconfronteerd met zwaarwegende maatschappelijke belangen welke hij in de afwikkeling van het faillissement onmogelijk kon negeren. Daarnaast zorgde het moment van aanstelling van de curator er in de ziekenhuisfaillissementen voor dat, gezien de complexiteit van het faillissement, de curator laat bij het faillissement betrokken raakte waardoor onder grote tijdsdruk gehandeld moest worden wat ten koste ging van een gecontroleerde afbouw van de zorg voor patiënten. Om de huidige faillissementsprocedure beter te laten aansluiten op het ziekenhuisfaillissement moet de rol van de curator in het ziekenhuisfaillissement onder de loep genomen worden. De curator speelt namelijk een doorslaggevende rol in het verloop van het faillissement en heeft als centrale figuur de meeste invloed.

⁷⁹ Brand, *NJB* 2020/570, p. 602.

⁸⁰ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 118.

⁸¹ Adringa & Driessen, *TvI* 2019/7, p. 47.

⁸² Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

2. Maatschappelijk verantwoord vereffenen door de curator

In dit hoofdstuk staat de eerste aanbeveling van de OVV ten aanzien van de rol van de curator in het ziekenhuisfaillissement centraal: de curator zou bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moeten laten prevaleren boven de belangen van schuldeisers.⁸³ Allereerst zal de wettelijke taak en de belangenafweging van de curator onder de loep wordt genomen, waarna wordt stilgestaan bij de ontwikkeling die de taak van de curator over de afgelopen eeuw heeft doorgemaakt. Hierna zal de belangenafweging door de curator in het ziekenhuisfaillissement worden geanalyseerd aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad en zal worden beargumenteerd dat een wettelijke verankering van de belangenafweging door de curator een onnodige breuk met de Faillissementswet oplevert.

2.1 De aanbeveling van de OVV: Patiëntveiligheid boven de gezamenlijke schuldeisers

Waar een faillissement normaliter draait om het maximaliseren van de boedel om zo veel mogelijk uit te kunnen keren aan de crediteuren verschijnt in het ziekenhuisfaillissement hiernaast een ander belang ten tonele: het voornaamste belang bij het faillissement van een ziekenhuis is dat de continuïteit en kwaliteit van de zorg voor patiënten optimaal gewaarborgd blijft.⁸⁴ Het ziekenhuis, de failliet, heeft een belangrijke maatschappelijke functie; het verlenen van gezondheidszorg. Het faillissement van een ziekenhuis zet deze maatschappelijke functie onder druk waardoor in het faillissement maatschappelijke belangen gaan meespelen. Maatschappelijke belangen die, zo lijkt het, niet genegeerd kunnen worden door de betrokkenen bij het faillissement en met name niet door de curator.

De OVV heeft in haar rapport geconcludeerd dat het faillissementsrecht geen rekening houdt met deze maatschappelijke functie van een ziekenhuis doordat het faillissementsrecht, en de curator in de uitvoering van zijn taak, voornamelijk gericht is op het schuldeisersbelang.⁸⁵ Deze focus op het schuldeisersbelang in de Faillissementswet zou er volgens de OVV in kunnen resulteren dat maatschappelijke belangen, zoals de patiëntveiligheid, ondergesneeuwd raken in het faillissement of althans dat hier onvoldoende belang aan wordt gehecht door de curator in het afwikkelen van het faillissement. Dit terwijl de patiënt erop moet kunnen vertrouwen dat hij, ook in het geval van een ziekenhuisfaillissement, de zorg ontvangt waar hij recht op heeft.⁸⁶

De OVV doet ten aanzien van de taakopvatting van de curator daarom dan ook de volgende aanbeveling tot wijziging van het faillissementsrecht met betrekking tot ziekenhuisfaillissementen: de curator zou bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moeten laten prevaleren boven de belangen van schuldeisers.⁸⁷

Volgens de OVV ontbreekt het in het faillissementsrecht dus aan waarborgen die garanderen dat curatoren zich voor een patiëntveilige afwikkeling van een ziekenhuisfaillissement inspannen.⁸⁸ Hierdoor bestaat bij de OVV de vrees dat de curator in de uitvoering van zijn taak, de belangen van maatschappelijke aard in het ziekenhuisfaillissement over het hoofd ziet. De vraag doet zich echter voor of de curator wel zou moeten optreden als de hoeder van het maatschappelijk belang, of dat hij zich

⁸³ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 97.

⁸⁴ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 120.

⁸⁵ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 183.

⁸⁶ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 15.

⁸⁷ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 97.

⁸⁸ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 95.

binnen de faillissementsprocedure, waarbinnen het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop staat, (enkel) zou moeten richten op de maximalisatie van de boedel.

2.2 De wettelijke taak van de curator onder de loep

De curator is binnen de faillissementsprocedure de centrale figuur. Om de wanorde van een veelheid aan individuele verhaalsacties en de verstoring van deze rangorde te voorkomen verliezen alle schuldeisers na het uitspreken van de faillietverklaring de mogelijkheid om hun vordering zelfstandig te executeren.⁸⁹ Het is aan de curator om dit alles in goede banen te leiden. De curator plaatst alle betrokkenen bij het faillissement in de juiste positie, waarbij de Faillissementswet dient als zijn instrumentarium.⁹⁰

2.2.1 De wettelijke taak van de curator

De kerntaak van de curator volgt uit art. 68 Faillissementswet. De curator wordt benoemd met als taak te zorgen dat de rechten van alle crediteuren gelijkelijk gehandhaafd worden.⁹¹ De curator wordt belast met het beheer van de failliete boedel, wat uiteindelijk moet leiden tot de vereffening van het vermogen van de schuldenaar.⁹² Uiteindelijk is de taak van de curator erop gericht om de vorderingen van de schuldeisers overeenkomstig ieders rang tot een zo hoog mogelijk bedrag te voldoen.⁹³

De Faillissementswet is door de wetgever in 1893 ontworpen met de gedachte dat de curator zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren verricht.⁹⁴ De curator is door de wetgever binnen de faillissementsprocedure vormgegeven als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers: door de bemoeienissen van de curator ontvangen de schuldeisers datgene waarop zij volgens hun verhaalsrecht tegenover de gefailleerde en tegenover zijn medeschuldeisers aanspraak kunnen maken.⁹⁵

2.2.2 De taakopvatting van de curator

De curator beschikt voor de uitoefening van zijn beheers- en vereffeningstaak over vele bevoegdheden die uitdrukkelijk in de wet zijn neergelegd of uit wettelijke bepalingen kunnen worden afgeleid.⁹⁶ In de wijze waarop de curator deze bevoegdheden uitoefent is hij niet vrij.⁹⁷ In de uitoefening van zijn taak dient de curator rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van degenen die bij het faillissement zijn betrokken.⁹⁸ De curator beheert en vereffent de failliete boedel primair ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers maar de curator kan niet volstaan met het dienen van deze crediteuren.⁹⁹ De curator dient ook het belang van de failliet in het oog te houden en afhankelijk van de omstandigheden dient de curator bovendien de belangen van derden die bij het faillissement zijn betrokken in acht te nemen.¹⁰⁰ Ook de belangen van maatschappelijke aard die meespelen in het faillissement mag de curator niet uit het oog te verliezen.¹⁰¹

De curator waarborgt de gerechtvaardigde belangen van alle bij de insolventieprocedure betrokken partijen als onafhankelijke, objectieve & vakbekwame deskundige.¹⁰² Bij de uitvoering van zijn taak

⁸⁹ Verstijlen 1998, p. 103. Art. 33 Faillissementswet.

⁹⁰ Vriesendorp, *TvI* 1996/5, p. 141.

⁹¹ Verstijlen 1998, p. 104.

⁹² Verstijlen 1998, p. 104.

⁹³ Verstijlen 1998, p. 104.

⁹⁴ Kortmann & Faber 1996, p. 172.

⁹⁵ Verstijlen 1998, p. 104.

⁹⁶ Bakkerus 1996, p. 173.

⁹⁷ Bakkerus 1996, p. 173.

⁹⁸ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.3.2.5.

⁹⁹ Bakkerus 1996, p. 174.

¹⁰⁰ Bakkerus 1996, p. 174.

¹⁰¹ Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/13.3.2.5. INSOLAD 2019, toelichting bij art. 1.1.

¹⁰² INSOLAD 2019, toelichting bij art. 1.1.

geldt de zorgvuldigheidnorm van de curator als uitgangspunt.¹⁰³ De curator dient te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.¹⁰⁴ De curator draagt de verantwoordelijkheid voor de aan hem toevertrouwde belangen en dient deze naar behoren waar te nemen.¹⁰⁵ De belangen van de betrokken partijen bij een faillissement zijn vaak tegenstrijdig. Wanneer de curator stuit op tegenstrijdige, door hem te behartigen belangen zal hij deze zorgvuldig tegen elkaar moeten afwegen tegen de achtergrond van zijn taak en bevoegdheden.¹⁰⁶

2.3 De curator met een publieke taak

De Faillissementswet is door de wetgever in 1893 ontworpen met de gedachte dat de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te stellen en dat de curator niet de hoeder is van het maatschappelijk belang. De curator zal zich bij de uitvoering van zijn taak immers uiteindelijk moeten richten op het doel van het faillissement: het gehele vermogen van de schuldenaar maximaal te gelde te maken en de opbrengst onder de schuldeisers verdelen.¹⁰⁷

De vraag is of het beschermen van de belang van de gezamenlijke crediteuren nog steeds de enige doelstelling van het faillissementsrecht is of zou moeten zijn.¹⁰⁸ Sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1893 hebben zich immers behoorlijke veranderingen voorgedaan in de Nederlandse maatschappij en in het recht.¹⁰⁹ Het doel dat de wetgever bij een bepaalde wettelijke regeling voor ogen heeft gehad, dient te worden onderscheiden van de functie die deze wettelijke regeling door de tijd feitelijk heeft gekregen.¹¹⁰ Het faillissement heeft in de huidige maatschappij niet langer dezelfde functie als 120 jaar geleden. De praktijk toont dat in de meeste faillissementen de schuldeisers slechts voor een fractie in hun vorderingen worden voldaan en dat de schuldeisers, mede hierom, weinig belangstelling tonen voor de afwikkeling van het faillissement van de schuldenaar.¹¹¹ Een veel belangrijker functie van het faillissement is tegenwoordig het op een verantwoorde wijze opruimen van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer die niet (meer) aan hun verplichtingen voldoen.¹¹² Het faillissement wordt meer en meer gezien als een middel om een financiële crisissituatie met alle betrokken belangen van banken, leveranciers, werknemers en de failliet zelf in goede banen te leiden.¹¹³ Wanneer een onderneming in financiële moeilijkheden komt te verkeren, eisen ook andere belangen dan die van de schuldeisers een rol voor zich op.¹¹⁴

Waar de Faillissementswet ooit is ontworpen met geen ander doel dan het effectueren van de verhaalsrechten van alle schuldeisers, heeft de praktijk zich dus anders ontwikkeld en bestaat er meer en meer ruimte voor verscheidene belangen binnen het faillissement.¹¹⁵ Als gevolg van deze verschuiving in de functie en het doel van het faillissement heeft ook de taak van de curator een ontwikkeling doorgemaakt.

Van de curator wordt verwacht dat hij verder kijkt dan alleen naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers en in zijn taak ook rekening houdt met alle overige relevante belangen die meespelen in

¹⁰³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

¹⁰⁴ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

¹⁰⁵ Bakkerus 1996, p. 178.

¹⁰⁶ Bakkerus 1996, p. 178.

¹⁰⁷ Van Buchem-Spapens & Pouw 2018/1.1.

¹⁰⁸ Zaal 2014/6.5.4.

¹⁰⁹ Zaal 2014/6.5.4.

¹¹⁰ Van Hees, *TvI* 2004/45, p. 201.

¹¹¹ Van Hees, *TvI* 2004/45, p. 201.

¹¹² Van Hees, *TvI* 2004/45, p. 200.

¹¹³ Verstijlen 1998, p. 36.

¹¹⁴ Verstijlen 1998, p. 30.

¹¹⁵ Van Hees, *TvI* 2004/45, p. 200.

faillissement.¹¹⁶ De curator kan zich dus niet in een soort ivoren toren opsluiten waarin hij het faillissement afwikkelt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers zonder acht te slaan op wat er zich daadwerkelijk in het faillissement afspeelt en welke belangen hierbinnen wellicht op het spel komen te staan. De curator opereert in situaties waarin vaak grote belangen van derden zoals schuldeisers, contractspartijen en werknemers op het spel staan.¹¹⁷ De betrokkenheid van zoveel grote belangen vraagt om een transparant beleid waarbij de belangen van de stakeholders op een aanvaardbare manier worden afgewogen.¹¹⁸

Dat de taakopvatting en daarmee de rol van de curator binnen een faillissement aan verandering onderhevig is, is ook terug te zien in de Insolad praktijkregels die onder curatoren onderling worden gehanteerd. De praktijkregels bevatten een aantal grondbeginselen. Onderdeel van deze grondbeginselen is dat de curator zich laat leiden door de belangen van de boedel en rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard.¹¹⁹ De curator moet zich in de uitvoering van zijn taak dus laten leiden door de belangen van de boedel ofwel de gezamenlijke schuldeisers, maar hij mag de belangen van maatschappelijke aard niet uit het oog verliezen.¹²⁰ Dat in de praktijkregels die onderling door curatoren worden gehanteerd de positie van de maatschappelijke belangen zo nadrukkelijk wordt erkend past in de tendens waarbinnen het faillissement een breder doel heeft dan de bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Het beeld van een curator met enkel oog voor de belangen van gezamenlijke schuldeisers lijkt inmiddels niet meer juist. Voor de curator bestaat meer ruimte om in zijn overwegingen tot een belangenafweging te komen waarin de maatschappelijke belangen die op het spel staan worden meegewogen.

2.4 De belangenafweging door de curator in het ziekenhuisfaillissement

Binnen het ziekenhuisfaillissement stond het maatschappelijk belang dat op het spel stond behoorlijk op de voorgrond; de zorgen om de gecontroleerde afbouw van de zorg en de patiëntveiligheid voor patiënten kenmerkten de reacties op de ziekenhuisfaillissementen. Dit belang van patiënten tot een gecontroleerde afbouw van de zorg, botste in veel gevallen met het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Waar de gezamenlijke schuldeisers het meest gebaat zijn bij efficiënte en optimale boedelafwikkeling is het belang van de patiënten het meest gebaat bij een gecontroleerde afbouw van de zorg waarbij kosten nog moeite worden gespaard, ook al gaat dit ten koste van de boedel. De curator die op dergelijke tegenstrijdige belangen stuit dient deze nauwkeurig tegen elkaar af te wegen.

Omtrent de belangenafweging door de curator, en in hoeverre de curator hierbinnen gewicht mag toekennen aan de betrokken maatschappelijke belangen, zijn een aantal arresten geweest door de Hoge Raad. De overwegingen van de Hoge Raad in deze arresten geven invulling aan de wijze waarop de curator in een specifiek geval tot zijn belangenafweging moet komen.

2.4.1 *Sigmacon II*: ‘andere’ belangen dan het crediteurenbelang

Als startpunt van deze ontwikkeling in de jurisprudentie kan het *Sigmacon II*-arrest worden aangewezen. In deze uitspraak oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat de curator óók rekening diende te houden met ‘andere belangen’ dan enkel het crediteurenbelang.¹²¹ Deze andere belangen waarmee de curator

¹¹⁶ Van Hees, *TvI* 2004/45, p. 201.

¹¹⁷ Van Hees, *TvI* 2015/1, p. 2.

¹¹⁸ Van Hees, *TvI* 2015/1, p. 2.

¹¹⁹ INSOLAD 2019, art. 1.1 onder b.

¹²⁰ INSOLAD 2019, toelichting art. 1.1.

¹²¹ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

ook rekening diende te houden werden door de Hoge Raad omschreven als belangen van maatschappelijke aard.¹²²

De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat indien een andere handelwijze van de curator per saldo voor de boedel voordeliger was geweest, dit nog niet betekent dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld.¹²³ Hierop volgt de overweging dat de curator ook belangen van maatschappelijke aard in zijn beleidsafweging moet betrekken, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde werkten.¹²⁴

Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat de maatschappelijke belangen ertoe kunnen leiden dat de curator kiest voor een andere oplossing dan welke voor de boedel het meest gunstig is.¹²⁵ Echter kan ook worden aangevoerd dat de Hoge Raad enkel overweegt dat de curator de belangen van maatschappelijke aard in zijn beleidsafweging dient te betrekken, zonder dat daarmee iets wordt gezegd omtrent de verhouding ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers.¹²⁶ In het betreffende arrest stonden de belangen van maatschappelijke aard namelijk niet tegenover de gezamenlijke schuldeisers, maar tegenover het individuele belang van een schuldeiser, de Ontvanger.¹²⁷ De verhouding van de maatschappelijke belangen ten opzichte van het gezamenlijke schuldeisersbelang blijft op basis van deze uitspraak daarom nog punt van discussie.

Het maatschappelijke belang in het ziekenhuisfaillissement van een patiëntveilige afbouw van de zorg doet niet onder voor de maatschappelijke belangen genoemd door de Hoge Raad in zijn overweging, zijnde de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Uit het *Sigmacon II*-arrest volgt voor de curator in het ziekenhuisfaillissement dus in ieder geval dat curator in zijn overwegingen rekening dient te houden met het belang van patiënten om tot een gecontroleerde afbouw van de zorg te komen en dat dit belang, na een belangenafweging door de curator, in ieder geval zou kunnen prevaleren boven het belang van een individuele schuldeiser.

2.4.2 Maclou: belangen van maatschappelijke aard boven de individuele schuldeiser

Hierop volgde het *Maclou*-arrest waarin de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat de curator ‘niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – ook rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard.’¹²⁸ Ook overweegt de Hoge Raad dat ‘aan de bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven die van individuele schuldeisers.’¹²⁹

In dit arrest overweegt de Hoge Raad nadrukkelijk dat de maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van individuele schuldeisers. Uit deze overwegingen van de Hoge Raad volgt dus niet dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers, ofwel het belang van de boedel zou mogen of moeten wijken voor maatschappelijke belangen. Hiermee lijkt de conclusie dat uit het *Sigmacon*-arrest volgde dat de maatschappelijke belangen ook in de verhouding tot het gezamenlijk schuldeisersbelang kunnen prevaleren te voorbarig.

¹²² HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

¹²³ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

¹²⁴ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

¹²⁵ W.M. Kleijn, annotatie bij HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*), pt. 5.

¹²⁶ Verstijlen 1998, p. 157.

¹²⁷ Verstijlen 1998, p. 157.

¹²⁸ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

¹²⁹ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.5.2.

Het onderscheid tussen het belang van een individuele schuldeiser en het belang van de gezamenlijke schuldeisers vergt enige analyse. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers valt (grotendeels) samen met de verhaalsbelangen van de individuele schuldeisers; hoe groter de boedel, hoe hoger de kans op een uitkering voor de individuele schuldeisers.¹³⁰ Wanneer de curator in een conflictsituatie het belang van de gezamenlijke schuldeisers laat prevaleren boven de maatschappelijke belangen, prevaleren daarmee ook de belangen van de individuele schuldeisers.¹³¹ De Hoge Raad lijkt daarom in zijn overwegingen niet te doelen op deze in de boedel besloten belangen van de individuele schuldeisers, maar op andere belangen die een schuldeiser kan hebben, zoals bijv. een belang als separatist.¹³² Uit deze overweging van de Hoge Raad lijkt daarom dan ook te volgen dat de curator in zijn belangenafweging niet zo zeer het individuele verhaalsbelang achterstelt bij de maatschappelijke belangen, maar de individuele positie, als bijvoorbeeld separatist, van een schuldeiser binnen faillissement.

In dit arrest wordt door de Hoge Raad ook de zorgvuldigheidsnorm voor de curator geformuleerd: ‘een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht’.¹³³ Door de Hoge Raad wordt, voorafgaand aan de formulering van deze zorgvuldigheidsnorm, een aantal kenmerken van de taak van de curator genoemd: de curator staat niet in een contractuele betrekking tot degene wiens belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, de curator moet in de uitvoering van zijn taak soms uiteenlopende, tegenstrijdige belangen behartigen en moet bij het nemen van beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹³⁴

Deze kenmerken van de taak van de curator geven ook nadere invulling aan de belangenafweging door de curator. Dat de curator in de uitvoering van zijn taak gehouden is de betrokken, tegenstrijdige belangen tegen elkaar af te wegen vloeit voort uit het feit dat de curator niet in een contractuele verhouding staat tot degene wiens belangen hij behartigt. Wanneer de curator in een contractuele verhouding zou staan tot de gezamenlijke schuldeisers handelt de curator enkel en alleen in hun belang. De curator wordt echter aangesteld om het faillissement in goede banen te leiden, waarbij hij zich in de uitvoering van deze taak in beginsel laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Echter bestaat hierbinnen ook ruimte voor andere zwaarwegende belangen, waarbinnen de curator een belangenafweging moet maken. De curator neemt in de beoefening van zijn beroep dus een objectievere positie in dan bijvoorbeeld de meer subjectieve, contractueel bepaalde positie van de advocaat.¹³⁵ Gevolg hiervan is dat de curator in de uitoefening van zijn taak meer ruimte heeft om andere belangen mee te laten wegen in zijn overwegingen, zoals bijvoorbeeld de belangen van maatschappelijke aard.

Ook de tijdsdruk waaronder de curator soms wordt gedwongen om een afweging te maken tussen tegenstrijdige belangen geeft invulling aan deze belangenafweging door de curator. Deze tijdsdruk rechtvaardigt dat de curator enige marge krijgt in deze belangenafweging en een terughoudendheid bij de beoordeling van de keuze door de curator is dan gewenst: de curator dient een zekere beoordelingsvrijheid te hebben.¹³⁶

In de ziekenhuisfaillissementen is de aanwezige tijdsdruk ook een belangrijke, complicerende factor. De belangen die binnen een ziekenhuisfaillissement op het spel staan vragen om een snelle, concrete afweging van de curator. De curator in het ziekenhuisfaillissement komt ten aanzien van deze

¹³⁰ Verstijlen 1998, p. 159.

¹³¹ Verstijlen 1998, p. 159.

¹³² Verstijlen 1998, p. 159.

¹³³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

¹³⁴ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

¹³⁵ W.M. Kleijn, annotatie bij HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), pt. 5.

¹³⁶ Bakkerus 1996, p. 181.

belangenafweging dan ook enige marge toe en heeft een zekere beoordelingsvrijheid ten aanzien van zijn belangenafweging. Het *Maclou*-arrest geeft de curator daarbij, in aanvulling op het *Sigmacon II*-arrest, de ruimte om in zijn belangenafweging het belang van een patiëntveilige afbouw mee te wegen en zo nodig te laten prevaleren boven het belang van een individuele schuldeisers.

2.4.3 Curatoren Mobell: zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard

De Hoge Raad heeft de bovenstaande uitgangspunten bevestigd in de *Curatoren Mobell*-uitspraak.¹³⁷ De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat ‘het onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers, waaronder separatisten’.¹³⁸

Het is voor het eerst dat de curator spreekt van zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard. In de *Curatoren Mobell*-zaak werd door de curatoren een beroep gedaan op het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement.¹³⁹ Een doelmatige afwikkeling van het faillissement, behoort volgens de Hoge Raad niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard.¹⁴⁰ Door het element van de *zwaarwegende* maatschappelijke belangen te introduceren lijkt de Hoge Raad te willen benadrukken dat er niet zo maar sprake is van maatschappelijke belangen, welke mogen prevaleren boven het belang van de schuldeiser(s). Binnen de faillissementsprocedure zijn de belangen van de boedel immers nog altijd leidend. Niet ieder maatschappelijk belang dat op het spel staat binnen de faillissementsprocedure kan de conclusie rechtvaardigen dat een schuldeiser wordt achtergesteld in zijn belang.

De Hoge Raad brengt in deze uitspraak dus enige begrenzing aan in de belangenafweging door de curator. Om de maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven het belang van een individuele schuldeisers, moet sprake zijn van voldoende *zwaarwegende* belangen. Het belang van de patiënten tot een gecontroleerde afbouw van de zorg zal kwalificeren als een zwaarwegende belang van maatschappelijke aard. Bij een abrupte discontinuïteit van het ziekenhuis kunnen immers levensbedreigende situaties ontstaan. Naast het belang van patiënten tot een gecontroleerde afbouw van de zorg spelen er in het ziekenhuisfaillissement meer maatschappelijke belangen een rol, zoals bijvoorbeeld de werkgelegenheid voor het medisch personeel. Ten aanzien van deze belangen doet zich de vraag voor of sprake is van voldoende *zwaarwegende* belangen om te kunnen prevaleren boven het schuldeisersbelang. De curator zal van geval tot geval deze belangen tegen elkaar moeten afwegen, waarbij hij de belangen van de boedel tot richtsnoer neemt.

2.4.4 Prakke/Gips: eigen inzicht van de curator geeft de doorslag

Over de beleidsvrijheid van de curator heeft de Hoge Raad zich uitgesproken in de *Prakke/Gips*-uitspraak. De Hoge Raad overweegt dat de curator ‘zich dient te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend’.¹⁴¹ Dit geldt volgens de Hoge Raad ook voor ‘de wijze waarop de curator rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij deze soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt’.¹⁴² Aan de curator komt in de uitoefening van zijn taak in beginsel een ruime mate van beleidsvrijheid toe.¹⁴³

¹³⁷ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (*Curatoren Mobell/Interplan*).

¹³⁸ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.5.2.

¹³⁹ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.5.2.

¹⁴⁰ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.5.2.

¹⁴¹ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

¹⁴² HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

¹⁴³ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

Deze beleidsvrijheid heeft verschillende aspecten. Het is aan het inzicht van de curator overgelaten (i) hoe het belang van de boedel het beste kan worden gediend en (ii) de wijze waarop hij rekening houdt met andere belangen (dan die van gezamenlijke schuldeisers) en hoe hij de betrokken belangen tegen elkaar afweegt.¹⁴⁴ De vrijheid van de curator is niet onbegrensd, de curator beschikt slechts over deze beleidsvrijheid voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels.¹⁴⁵ Ook wanneer er minder duidelijke regels bestaan, heeft de curator niet helemaal de vrije hand. Beperkingen aan de beleidsvrijheid van de curator vloeien ook voort uit het stelsel van de Faillissementswet.¹⁴⁶ De Hoge Raad stelt zelf voorop dat de curator zich dient te richten naar het belang van de boedel. De curator mag en moet rekening houden met andere bij de boedel betrokken belangen, maar de vrijheid die hij heeft om tot een beslissing te komen wordt begrensd door de taakopvatting van de curator.¹⁴⁷

In het ziekenhuisfaillissement heeft de curator dus ook de vrijheid om naar eigen inzicht te beoordelen in hoeverre hij rekening houdt met andere belangen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers en hoe hij de betrokken belangen tegen elkaar afweegt. Het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw belang van de patiënten om tot een gecontroleerde afbouw van de zorg te komen moet door de curator worden afgewogen tegen het verhaalsbelang van de gezamenlijke schuldeisers. Het is aan de curator om de juiste balans te vinden in de verhouding tussen de patiënten en de schuldeisers, daarbij moet de curator echter niet uit het oog verliezen dat de curator zich in beginsel moet richten naar het belang van de boedel.

2.4.5 De weg vrij voor de maatschappelijke belangen?

Het lijkt vanzelfsprekend dat de curator de deuren van een lopend ziekenhuis niet kan sluiten zonder zich iets aan te trekken van de patiënten, en hun belang tot een gecontroleerde afbouw van de zorg. Ingevolge de geldende rechtspraak heeft de curator voldoende mogelijkheden om deze maatschappelijke belangen mee te nemen in zijn overwegingen. Dat in het ziekenhuisfaillissement sprake is van zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard lijkt evident; de kwaliteit en continuïteit van de gezondheidszorg staat onder druk en bij discontinuïteit van het ziekenhuis kunnen er levensbedreigende situaties ontstaan. Gegeven de omstandigheden in het ziekenhuisfaillissement zal het gerechtvaardigd zijn dat de curator voorrang geeft aan het belang van een patiëntveilige afbouw van de zorg, boven de belangen van de individuele schuldeisers. De vraag is echter of de curator ook de mogelijkheid heeft de zwaarwegende maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Naar aanleiding van deze arresten van de Hoge Raad omtrent het meewegen van maatschappelijke belangen door de curator is een discussie in de literatuur ontstaan over het doel van het faillissement en de taak van de curator. Enerzijds wordt betoogd dat het enige doel van de Faillissementswet nog steeds is om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren.¹⁴⁸ Daarbij wordt benadrukt dat enkel de rechten van individuele schuldeisers onder omstandigheden zullen moeten wijken voor de maatschappelijke belangen. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers prevaleert in deze visie te allen tijde boven de maatschappelijke belangen.¹⁴⁹ Anderzijds wordt een meer genuanceerde benadering gehanteerd, waarbinnen de belangen van de schuldeisers leidend zijn naar het stelsel van de Faillissementswet, maar waarbij binnen faillissement ook rekening moet worden gehouden met maatschappelijke belangen.¹⁵⁰ Binnen deze visie wordt benadrukt dat het vooropstellen

¹⁴⁴ F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), pt. 4.

¹⁴⁵ F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), pt. 5.

¹⁴⁶ F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), pt. 6.

¹⁴⁷ F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), pt. 6.

¹⁴⁸ Zaal 2014/6.5.4.

¹⁴⁹ Zaal 2014/6.5.4.

¹⁵⁰ Zaal 2014/6.5.4.

van het belang van de schuldeisers niet uitsluit dat de curator de maatschappelijke belangen in ogenschouw neemt.¹⁵¹

Aangenomen zou kunnen worden dat onder de huidige Faillissementswet sprake is van het primaat van de belangen van schuldeisers, tenzij dit zou leiden tot een evidente onevenredigheid tussen het schuldeisersbelang dat wordt gediend en de maatschappelijke belangen die (dreigen te) worden geschaad.¹⁵² In dit scenario zouden de maatschappelijke belangen moeten kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De ruimte hiervoor is beperkt, vooral waar het gaat om de opbrengst van de boedel, hetgeen de kern van het verhaalsrecht van de schuldeisers raakt.¹⁵³

Een voorbeeld van een geval waarin het belang van de gezamenlijke schuldeisers dat in het geding is, niet in verhouding staat tot de maatschappelijke belangen die dreigen te worden geschaad deed zich voor in de lagere rechtspraak. In casu was er sprake van levende dieren welke door faillissement in de knel kwamen. De kippen moesten, zo oordeelde de rechter, op een maatschappelijk verantwoorde wijze afgevoerd worden.¹⁵⁴ Op de curator rustte een bijzondere zorgplicht. De curator dient in een dergelijk geval rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Het belang van de levende dieren diende in de ogen van de rechter zwaarder te wegen dan de financiële belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁵⁵

De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de kwestie of de maatschappelijke belangen in een uitzonderingsgeval zouden kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De ontwikkeling die de taakopvatting van de curator in de praktijk en jurisprudentie heeft doorgemaakt is aanleiding om aan te nemen dat ook de Hoge Raad op den duur tot de conclusie zal komen dat in uitzonderingsgevallen de maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

In de lagere rechtspraak heeft de rechter ten aanzien van levende dieren al geoordeeld dat deze belangen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De gecontroleerde afbouw van de zorg in een failliet ziekenhuis, waarin de belangen van levende patiënten op het spel staan, lijkt een geval waarin het zonneklaar is dat deze belangen na een juiste afweging kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Er lijkt daarbij weinig vrees te bestaan dat de rechter in de gevallen waarin de curator het belang van een patiëntveilige afbouw plaatst boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, tot het oordeel zou komen dat de curatoren niet zouden hebben voldaan aan hun persoonlijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁵⁶ Bij de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm heeft de rechter zich namelijk slechts de vraag te beantwoorden of, uitgaande van de beleidsvrijheid van de curator, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen.¹⁵⁷ Bij die toets past terughoudendheid.¹⁵⁸ Dat de curator de kwaliteit en continuïteit van de zorg poogt te waarborgen door de belangen van patiënten boven de belangen van de schuldeisers te stellen lijkt redelijk.

In de ziekenhuisfaillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen hebben de curatoren, om de veilige patiëntenzorg te kunnen waarborgen, de ziekenhuizen opengehouden en de

¹⁵¹ Zaal 2014/6.5.4.

¹⁵² Verstijlen 1998, p. 153.

¹⁵³ Verstijlen 1998, p. 153.

¹⁵⁴ Rb Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326, r.o. 4.4.

¹⁵⁵ Rb Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326, r.o. 4.4.

¹⁵⁶ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 193.

¹⁵⁷ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.3.

¹⁵⁸ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.3.

zorg gecontroleerd afgebouwd.¹⁵⁹ De curatoren zagen in de ziekenhuisfaillissementen de ernst in van de maatschappelijke belangen die op het spel stonden, de patiënten waren simpelweg aangewezen op de zorg in het ziekenhuis.¹⁶⁰ Met de afwikkeling van het ziekenhuisfaillissementen zijn grote belangen gemoeid die eisen dat de afwikkeling gebeurt op een wijze waarvoor voldoende maatschappelijk draagvlak bestaat. De curatoren hebben daarom in eerste instantie ingestaan voor de patiëntveiligheid, waardoor de gezamenlijke schuldeisers op een tweede plek kwamen te staan.

De huidige stand van zaken; het verruimde doel van het faillissement, de veranderende taakopvatting van de curator en de overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de maatschappelijke belangen in faillissement, leidt tot een belangenafweging door de curator waarin de maatschappelijke belangen die op het spel staan in faillissement een rol moeten spelen. Binnen het systeem van de Faillissementswet bestaat voor de curator, in uitzonderingsgevallen, de ruimte om de maatschappelijke belangen die op het spel staan in faillissement in zijn belangenafweging te laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

De ruimte voor dergelijke uitzonderingsgevallen is beperkt binnen het faillissementsrecht, aangezien binnen het faillissement een maximale opbrengst voor de boedel centraal staat.¹⁶¹ Toch bestaat er binnen dit systeem voldoende ruimte voor de curator om belangen van maatschappelijke aard mee te wegen en zelfs te laten prevaleren. De ziekenhuisfaillissementen lijken een perfect voorbeeld van een faillissement waarin zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard, na een juiste afweging, kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curatoren hebben dit ook feilloos gevoeld in de ziekenhuisfaillissementen.

2.5 Het voorstel van de OVV: onnodig een stap te ver?

De focus in het faillissementsrecht op het schuldeisersbelang heeft er in de ziekenhuisfaillissementen dus niet toe geleid dat de curator de maatschappelijke belangen uit het oog heeft verloren. Toch vreest de OVV dat de belangen van maatschappelijke aard in het ziekenhuisfaillissement door de curator over het hoofd worden gezien. De OVV is daarom van mening dat wettelijk verankerd dient te worden dat curator de belangen van patiënten in het failliete ziekenhuis standaard voorop te stellen ten opzichte van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De belangenafweging door de curator zou in een ziekenhuisfaillissement dan als zodanig komen te vervallen.

Bij dit voorstel van de OVV kan de vraag worden opgeworpen of dit niet indruist tegen het systeem van de Faillissementswet en de wettelijke taak van de curator als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. De vraag is of zo'n fundamentele breuk met het stelsel van de Faillissementswet gewenst is.

2.5.1 Breuk met het stelsel van de Faillissementswet

Wanneer de curator de taak opgelegd zou krijgen de maatschappelijke belangen op gelijke voet te behartigen als die van de gezamenlijke schuldeisers, of daaraan zelfs prioriteit toe te kennen – betekent dit een fundamentele breuk met het stelsel van de Faillissementswet.¹⁶² Het gehele systeem van de Faillissementswet is doordrenkt met de gedachte van het primaat van het schuldeisersbelang. Dit is ook het doel dat het faillissement dient; het faillissement is een wijze van verhaal voor de schuldeisers en strekt tot verhaal ten behoeve van deze schuldeisers.¹⁶³ In deze functie is het faillissement van groot belang voor het economisch verkeer. Het faillissement biedt op deze manier een garantie voor de

¹⁵⁹ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 184.

¹⁶⁰ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 184.

¹⁶¹ Verstijlen 1998, p. 153.

¹⁶² Verstijlen 1998, p. 153.

¹⁶³ Verstijlen 1998, p. 26.

deelnemers aan het economisch verkeer dat, mochten zij benadeeld worden door het faillissement van hun wederpartij, zij kunnen rekenen op de faillissementsprocedure waarin wordt geprobeerd hen zo veel mogelijk in hun vorderingen te voldoen.

Om deze functie van het faillissement te kunnen waarborgen dient de curator zich in de uitvoering van zijn taak dan ook te laten leiden door de belangen van de schuldeisers. Een belangenafweging waarbinnen de maatschappelijke belangen dienen te prevaleren ten opzichte van de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers gaat aan deze oorspronkelijke bedoeling van de wetgever bij de Faillissementswet voorbij.

Daarbij is goed om te benadrukken dat de curator niet de opvolger is van de gefailleerde. De curator is geen bestuurder. De curator is slechts belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.¹⁶⁴ De curator zou dus niet de verantwoordelijkheden van een bestuurder, waarbinnen aandacht wordt gevestigd voor alle betrokken belangen, toegedicht moeten krijgen.

Het doel van het faillissement zal dusdanig moeten worden opgerekt wil deze hernieuwde taakopvatting van de curator hierbinnen komen te passen. Een dergelijke wetswijziging heeft veel voeten in aarde. De taak van de curator dient drastisch te worden herzien waarbij de wetgever het gehele instrumentarium van de Faillissementswet dient af te stemmen op de nieuwe taak van de curator.¹⁶⁵ Daarbij dienen vele aspecten van het faillissement opnieuw te worden doordacht: de bevoegdheden van de curator, de rol van de schuldeisers, de positie van de rechter-commissaris.¹⁶⁶

Het herformuleren van de taak van de curator is daarnaast niet gemakkelijk. Indien de taak van de curator primair het behartigen van het crediteurenbelang is, ofwel het realiseren van een zo groot mogelijke omvang van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, dan geeft die taakomschrijving voldoende houvast in alle gevallen. Wanneer er van de eenduidige taakopvatting van de curator wordt afgeweken bestaat het risico dat de faillissementsprocedure onduidelijk wordt.¹⁶⁷

2.5.2 Beperking beleidsvrijheid curator

Een wettelijke verankering van de wijze waarop de curator de belangen die meespelen in faillissement dient af te wegen beperkt de beleidsvrijheid van de curator op een onevenredige manier. De curator beschikt in beginsel over een ruime beleidsvrijheid. De curator zal steeds, afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke faillissement, een eigen afweging moeten kunnen maken binnen de voormelde kaders.

De curator heeft binnen zijn wettelijke bevoegdheden een grote speelruimte. Het optreden van de curator kan dan ook een doorslaggevende rol spelen in de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld. Wanneer deze beleidsruimte wordt beperkt zal dit de curator beperken in het zoeken naar de meest passende oplossing in het specifieke faillissement.¹⁶⁸ Het verloop van de afwikkeling van het faillissement wordt hierdoor onnodig rigide.

Daarnaast past het niet binnen het systeem van het faillissementsrecht om bindend voor te schrijven hoe de beleidsafweging in een situatie als deze door de curator dient uit te pakken.¹⁶⁹ Binnen het systeem van het faillissementsrecht heeft de curator immers een doorslaggevende, leidende rol welke is gegrond op zijn kennis en kunde. Het is niet passend om de curator een soort handleiding te geven welke hij simpelweg dient op te volgen. De curator zou een zodanige beleidsvrijheid moeten genieten waarbinnen

¹⁶⁴ Art. 68 Faillissementswet.

¹⁶⁵ Verstijlen 1998, p. 38.

¹⁶⁶ Verstijlen 1998, p. 153.

¹⁶⁷ De Ranitz 1996, p. 189.

¹⁶⁸ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 187.

¹⁶⁹ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 187.

hij zijn eigen overwegingen kan maken, gefundeerd op zijn wettelijke taakopvatting en de ontwikkeling van deze taakopvatting in de praktijk en jurisprudentie.

Het is juist van groot belang dat de curator zijn beleidsvrijheid behoudt om een eigen afweging te maken omdat ieder faillissement en iedere situatie om een eigen overweging vraagt. Het beperken van de belangenafweging door een wettelijke verankering zou de taakopvatting van de curator onnodig schaden.

2.5.3 Financiële consequenties

Het opwaarderen van de belangen van maatschappelijke aard heeft ook een prijskaartje. De schuldeisers zijn degene die deze rekening gepresenteerd zullen krijgen. De kosten voor het dienen van het maatschappelijk belang komen hiermee ten laste van de boedel, en dus ten laste van de opbrengst voor de gezamenlijke faillissementscrediteuren. Veelal zijn de schuldeisers van de failliet zelf ook ondernemer. Op deze manier worden middelen onttrokken aan de bedrijfsvoering van (mogelijk) gezonde ondernemingen ten behoeve van ondernemingen waarvan de levensvatbaarheid twijfelachtig is.¹⁷⁰ Ook is aannemelijk dat een verslechtering van de positie van schuldeisers zijn weerslag zal hebben op het beleid van de banken ten aanzien van het verstrekken van krediet.¹⁷¹

2.6 Tussenconclusie

Binnen het faillissement van een ziekenhuis staan unieke, urgente belangen op het spel waarmee een curator in een gebruikelijk faillissement niet te maken krijgt; het waarborgen van de continuïteit en kwaliteit van de zorg voor patiënten. De faillissementsprocedure is erop gericht om de onderneming te liquideren en de opbrengst over de gezamenlijke schuldeisers te verdelen. Hierbinnen lijkt in het eerste opzicht weinig ruimte voor belangen van maatschappelijke aard.

Het tegendeel blijkt echter waar. Waar het faillissement is ontworpen als een op het crediteurenbelang gerichte procedure, heeft het faillissement zich over de afgelopen eeuw, in een maatschappij waarin steeds meer aandacht is voor maatschappelijke belangen, ontwikkeld tot een procedure waarbinnen ruimte is voor andere in het faillissement betrokken belangen.

Als gevolg van deze veranderende insteek van het faillissement heeft ook de taak van de curator een ontwikkeling doorgemaakt. In de uitvoering van zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel laat de curator zich nog steeds leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij realisatie van de maximale opbrengst voor crediteuren nog steeds het uitgangspunt is. Echter is er ruimte ontstaan voor de curator om in de chaos van faillissement om zich heen te kijken en acht te slaan op de overige belangen die in faillissement meespelen, waaronder de belangen van maatschappelijke aard. Er wordt van de curator verwacht dat hij oog heeft voor meer dan alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, en hij dient alle betrokken belangen in de uitvoering van zijn taak tegen elkaar af te wegen.

De OVV vreest dat er in het huidige faillissementsrecht, door de focus op het schuldeisersbelang, te weinig aandacht bestaat voor de maatschappelijke belangen die meespelen in faillissement. Het primaat van het crediteurenbelang is echter geen obstakel gebleken voor de curatoren om in hun belangenafweging voldoende gewicht toe te kennen aan de maatschappelijke belangen die in het ziekenhuisfaillissement op het spel stonden. In het ziekenhuisfaillissement is glashelder dat het belang dat de continuïteit en kwaliteit van de zorg voor patiënten optimaal gewaarborgd blijft voor dient te gaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

¹⁷⁰ Verstijlen 1998, p. 154.

¹⁷¹ Verstijlen 1998, p. 154.

De faillissementspraktijk heeft dan ook geen behoefte aan een wettelijke verankering van de belangenafweging door de curator waarin de curator de maatschappelijke belangen altijd moet laten prevaleren boven het schuldeisersbelang. Een dergelijke wettelijke verankering zou een onnodige breuk met het huidige stelsel van de Faillissementswet opleveren en de curator onnodig in zijn beleidsvrijheid beperken. Het is daarom van belang dat de afweging in een concreet geval bij de curator blijft rusten. Vertrouw op de deskundigheid en professionaliteit van de faillissementscurator.

3. Stilte voor de storm: een periode van stil bewind als waarborg voor de zorg

In dit hoofdstuk staat de tweede aanbeveling van de OVV ten aanzien van de rol van de curator in het ziekenhuisfaillissement centraal: een ziekenhuis zou enkel nog failliet moeten kunnen gaan na een periode van stil bewind, waarbij in die periode voorbereidingen getroffen worden voor een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement. Allereerst zal de aanbeveling van de OVV worden toegelicht. Hierna zal de vormgeving van deze periode van stil bewind worden uitgewerkt aan de hand van twee mogelijkheden: de pre-pack en de aanstelling van een stille curator. Ten slotte zal geanalyseerd worden welke van deze twee rechtsfiguren het meest passend is binnen het ziekenhuisfaillissement en zal een voorstel worden gedaan voor de manier waarop periode van stil bewind vormgegeven zou moeten worden in het ziekenhuisfaillissement.

3.1 Een goede voorbereiding is het halve werk

Bij het faillissement van een ziekenhuis zou het, gezien de maatschappelijke functie van het ziekenhuis en de belangen die in het ziekenhuisfaillissement op het spel staan, wenselijk zijn dat de curator in staat wordt gesteld om in enige rust te analyseren wat het faillissement van een ziekenhuis omvat en nodig heeft; welke belangen komen er op het spel te staan, wat behelst het ziekenhuis als onderneming, welke partijen zijn bij het ziekenhuisfaillissement betrokken, hoe houd je het als curator beheersbaar, welke activa worden behouden en welke contracten worden gestand gedaan.

Om een dergelijke periode van ‘stilte voor de storm’ te kunnen realiseren moet worden voorkomen dat de curator terecht raakt in de chaos onmiddellijk na de faillietverklaring, waarbinnen de curator en de failliet gelijk onder grote druk komen te staan. De curator zou er daarom baat bij hebben om al voor de faillietverklaring bij het (mogelijk) aanstaande faillissement betrokken te raken. In de huidige faillissementsprocedure wordt de curator echter pas met het uitspreken van de faillietverklaring door de rechtbank aangesteld.¹⁷² Hierdoor raakt de curator in de huidige faillissementsprocedure ook pas op dit moment bij het faillissement betrokken.

Mocht de curator al eerder dan bij de faillietverklaring betrokken raken bij het (mogelijk) aanstaande faillissement dan kunnen verschillende zaken in een eerder stadium en met meer rust worden voorbereid. Een goede voorbereiding op het ziekenhuisfaillissement zou de patiënten, medewerkers en andere betrokkenen in het ziekenhuis kunnen behoeden voor een onrustige, chaotische periode met veel onzekerheid en een zorgvuldige afwikkeling van het faillissement kunnen bevorderen.

Om het (toekomstige) ziekenhuisfaillissement zorgvuldig te kunnen voorbereiden zou een periode van stil bewind voorafgaand aan de faillietverklaring uitkomst kunnen bieden. De OVV heeft in haar rapport de aanbeveling gedaan het faillissementsrecht met betrekking tot ziekenhuisfaillissementen zodanig aan te passen dat een ziekenhuis enkel nog failliet zou moeten kunnen gaan na een periode van stil bewind, waarbij in die periode voorbereidingen getroffen worden voor een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement.¹⁷³

Een dergelijke periode van stil bewind kan op verschillende manieren vorm worden gegeven. In het Ruwaard van Puttenziekenhuis is, succesvol, gebruik gemaakt van een pre-pack. Het stil bewind zou

¹⁷² Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

¹⁷³ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, OVV 2019, p. 97.

ook in de vorm van een stille curatele gegoten kunnen worden, zoals dit bekend is in de financiële sector.¹⁷⁴

3.2 De pre-pack

De pre-pack is een veelbesproken rechtsfiguur binnen de insolventierechtpraktijk. Vanuit de Nederlandse rechtspraktijk ontstond de behoefte aan een rechtsfiguur als de pre-pack, voornamelijk vanuit het verlangen een snelle en efficiënte doorstart na faillissement te kunnen realiseren. De pre-pack heeft zich over de afgelopen jaren ontwikkeld van middel ter efficiënte bedrijfsovername tot een middel ter garantie van een gecontroleerde afwikkeling van het faillissement. De pre-pack zou daarom uitkomst kunnen bieden in het ziekenhuisfaillissement.

3.2.1 De pre-pack doet zijn intrede

De pre-pack is oorspronkelijk overkomen waaien uit de Verenigde Staten, waar de figuur van de *pre-packaged reorganization* is opgekomen.¹⁷⁵ De Nederlandse pre-pack heeft echter weinig verwantschap met de versie uit de Verenigde Staten en vertoont meer overeenkomsten met het Engelse model.

De pre-pack is in Engeland ontstaan vanuit een gebrek aan mogelijkheden om een herstructurering vooraf met de toekomstige curator af te stemmen. Partijen vreesden daardoor het scenario dat de onderneming na de faillietverklaring in een ongecontroleerd proces terecht zou komen en aanzienlijke waarde van de onderneming verloren zou gaan.¹⁷⁶ Hiertoe is in het Engelse rechtssysteem de pre-pack geïntroduceerd. De pre-pack is binnen dit systeem simpelweg een vooraf voorbereide activatransactie uit faillissement.¹⁷⁷ Door toepassing van de pre-pack kan een herstructurering tot in de puntjes worden voorbereid.¹⁷⁸ De pre-pack betreft dus een voorstadium van faillissement, waarin onderhandeld wordt om tot een deal te komen, die in faillissement moet worden beklonken.¹⁷⁹

De pre-pack heeft zich in Nederland ook vanuit hetzelfde verlangen ontwikkeld; de behoefte om de doorstart van ondernemingen te regelen via de faillissementsprocedure, waarbij de overneming voorafgaand aan het formele faillissement in beslotenheid wordt voorbereid.¹⁸⁰ De buitenwettelijke procedure houdt in dat de rechtbank, vooruitlopend op de faillissementsaanvraag, een beoogd curator en een beoogde rechter-commissaris benoemt die zich, voorafgaand aan een faillissement, bezighouden met de potentiële voortzetting van een (deel van) insolvente onderneming.¹⁸¹ Pas daarna wordt formeel het faillissement uitgesproken en vervolgens wordt formeel de overeenkomst tot overname getekend.¹⁸²

In het Nederlandse rechtssysteem heeft de pre-pack vooralsnog geen wettelijke basis. De pre-pack praktijk is wel geaccepteerd door een meerderheid van de rechtbanken, momenteel verlenen acht van de elf rechtbanken medewerking aan de pre-pack.¹⁸³ In de praktijk zijn *best practices* ontwikkeld welke door een aantal rechtbanken worden gehanteerd bij het behandelen van een verzoek tot meewerken aan de pre-pack.¹⁸⁴ Zo wordt er onder meer een liquiditeitstest uitgevoerd en moet de aanvrager de meerwaarde van het gebruik van een pre-pack aantonen en aannemelijk maken dat de aanwijzing valt te prefereren boven de waarborgen die een gewoon faillissement biedt.¹⁸⁵

¹⁷⁴ Adringa & Driessen, *TvI* 2019/7, p. 47.

¹⁷⁵ Verstijlen, *NJB* 2014/803, par. 1.

¹⁷⁶ Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 1.

¹⁷⁷ Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 1.

¹⁷⁸ Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 1.

¹⁷⁹ Verstijlen, *NJB* 2014/803, par. 1.

¹⁸⁰ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/305a.

¹⁸¹ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/305a.

¹⁸² Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/305a.

¹⁸³ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 86.

¹⁸⁴ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 87.

¹⁸⁵ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 87.

De rechtbanken die meewerken aan de pre-pack zijn niet altijd eensgezind over de vraag of de pre-pack moet worden gereserveerd voor uitzonderingsgevallen, of dat voor de toewijzing het aantonen van enige mate van meerwaarde al voldoende is.¹⁸⁶ Waar de ene rechtbank het verzoek nu enkel toestaat indien zowel het gezamenlijke schuldeisersbelang als het maatschappelijk belang gebaat is bij het gebruik van de pre-pack, acht de andere rechtbank het gezamenlijke schuldeisersbelang reeds voldoende voor een toewijzing.¹⁸⁷

3.2.2 Wet Continuïteit Ondernemingen I

Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) beoogt aan deze buitenwettelijk ontstane pre-pack praktijk een wettelijke basis te geven. In de Memorie van Toelichting wordt het doel van de pre-pack in de Nederlandse rechtspraktijk omschreven: de pre-pack moet de beoogd curator de gelegenheid geven om zich alvast te informeren over de situatie waarin de door de schuldenaar gedreven onderneming zich bevindt, waardoor hij het (mogelijk) aanstaande faillissement in relatieve rust kan voorbereiden.¹⁸⁸ Daarbij wordt in deze stille voorbereidingsfase een mogelijke doorstart onderzocht en voorbereid door de beoogd curator, zodat deze relatief kort na de faillietverklaring kan worden geëffectueerd.¹⁸⁹ Hierdoor kan worden voorkomen dat de chaotische situatie op het moment van faillietverklaring invloed heeft op de kansen op een succesvolle doorstart.¹⁹⁰ Resultaat is dat een hogere boedelopbrengst kan worden gerealiseerd ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, en dat de schade voor werknemers en afnemers beperkt blijft.¹⁹¹

De schuldenaar heeft de bevoegdheid gekregen om de rechtbank te verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator.¹⁹² Een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan alleen door de rechtbank worden ingewilligd wanneer de schuldenaar aannemelijk maakt dat een stille voorbereidingsfase in de specifieke situatie een dusdanige meerwaarde heeft dat dit te verkiezen is boven het scenario van een regulier faillissement.¹⁹³ In de Memorie van Toelichting bij de WCO I wordt duidelijk gemaakt dat hierbij zowel de belangen van gezamenlijke schuldeisers, als de belangen van maatschappelijke aard worden meegenomen in een algemeen geformuleerde toewijzingsgrond; de voorbereiding kan de schade voor de betrokkenen bij het mogelijke faillissement beperken.¹⁹⁴ De aanwijzing van een beoogd curator kan dus ook plaatsvinden wanneer de schuldenaar aantoont dat de stille voorbereiding van een mogelijk faillissement met het oog op een doelmatige afwikkeling daarvan, belangrijk is in het kader van belangen van maatschappelijke aard.¹⁹⁵

3.2.2.1 De beoogd curator

De taak van de beoogd curator betekent concreet dat hij, ter voorbereiding van toekomstige rol als curator in het faillissement, werkzaamheden verricht die hij normaliter pas na de faillietverklaring zou kunnen uitvoeren.¹⁹⁶ Zo laat hij zich informeren over de onderneming en bestudeert hij in dat kader de boekhouding en overige relevante financiële informatie.¹⁹⁷

¹⁸⁶ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 87.

¹⁸⁷ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 87.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 6.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 6.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 6.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 6.

¹⁹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 43.

¹⁹³ Art. 363 lid 1 Wet Continuïteit Ondernemingen I. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 45.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 45.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 45.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 17.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 17.

Insolad heeft ook voor de beoogd curator praktijkregels geïntroduceerd die dienen als richtsnoer voor zijn handelen.¹⁹⁸ In deze praktijkregels wordt benadrukt dat de beoogd curator een ‘fly on the wall’ is en geen zelfstandige bevoegdheden heeft. Hij kan uitsluitend richting bepalen en slechts handelen met instemming van de schuldenaar.¹⁹⁹ Tegelijkertijd is de beoogd curator niet gehouden de instructies van de schuldenaar op te volgen, is hij onafhankelijk en kan hij te allen tijde zijn functie neerleggen.²⁰⁰

De beoogd curator neemt een bijzondere rechtspositie in. De beoogd curator kijkt en luistert met een kritische blik, maar hij heeft wel een passieve rol. De beoogd curator is geen adviseur, treedt niet op als toezichthouder, heeft geen formele bevoegdheden en is tot niets verplicht behoudens geheimhouding.²⁰¹ De beoogd curator is formeel ook nog geen curator.²⁰² De beoogd curator neemt bij de uitvoering van zijn taak echter wel de taken van de curator als uitgangspunt en verricht zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.²⁰³ Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement zo wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan.²⁰⁴ Binnen zijn taak dient de beoogd curator ook rekening te houden met de belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard.²⁰⁵ Het gezichtspunt van de beoogd curator wijkt daarin niet af van die van de curator in faillissement.²⁰⁶

3.2.3 De pre-pack en de WCO I onder druk

Het wetsvoorstel WCO I is op 4 juni 2015 ingediend bij de Tweede Kamer en is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.²⁰⁷ De behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer ligt echter al enige tijd stil.²⁰⁸ Dit heeft te maken met de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna HvJ-EU of ‘Hof’) in de *Smallsteps*-zaak en de hierop volgende *Heiploeg*-uitspraak.²⁰⁹

3.2.3.1 *Smallsteps*: een streep door de pre-pack praktijk?

Op 22 juni 2017 wees het HvJ-EU arrest in de zaak van FNV tegen *Smallsteps*, waarin door een Nederlandse kantonrechter om een prejudiciële beslissing was verzocht.²¹⁰ *Smallsteps*, de doorstarter van de gefailleerde kinderopvangorganisatie Estro, had in de doorstart, welke tot stand was gekomen in een pre-pack, een groot deel van de kinderopvangverblijven overgenomen maar ook een deel niet; van de ongeveer 3600 medewerkers zijn er rond de duizend medewerkers niet mee overgegaan.²¹¹

De inzet van de prejudiciële vragen was de uitleg van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG inzake het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van de onderneming. Deze Richtlijn beoogt bescherming van de werknemers te realiseren, door hun rechten veilig te stellen bij de overgang van een onderneming. Art. 5 lid 1 van de Richtlijn bevat een uitzonderingsbepaling en bepaald dat de werknemersbescherming bij overgang van een onderneming niet geldt ingeval de werkgever failliet is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.²¹² De

¹⁹⁸ INSOLAD 2015, Praktijkregels beoogd curator.

¹⁹⁹ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 88.

²⁰⁰ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 88.

²⁰¹ Van den Bosch, *TvOB* 2018/4, p. 88.

²⁰² Verstijlen, *NJB* 2014/803, par. 5.

²⁰³ Art. 364 lid 1 Wet Continuïteit Ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 17.

²⁰⁴ Verstijlen, *NJB* 2014/803, par. 5.

²⁰⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 17.

²⁰⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 17.

²⁰⁷ *Handelingen I* 2015/16, 34218, 98, item 9.

²⁰⁸ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²⁰⁹ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²¹⁰ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*).

²¹¹ Schaink, *TvI* 2017/22, p. 140.

²¹² Schaink, *TvI* 2017/22, p. 140.

vraag die zich in het *Smallsteps*-arrest dus voordeed was of bij het gebruik van een pre-pack ook een beroep gedaan kan worden op de uitzonderingsbepaling van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Het Hof overweegt allereerst dat voor de toepassing van art. 5 lid van de Richtlijn moet worden voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden. Het Hof gaat vervolgens over tot de toetsing aan deze voorwaarden.²¹³

I. Er moet sprake zijn van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure.

Naar het oordeel van het Hof kan de pre-pack vallen onder het begrip faillissementsprocedure.²¹⁴ Aan deze voorwaarde voor de toepassing van art. 5 lid 1 van de Richtlijn wordt dus voldaan.

II. De faillissementsprocedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

Het Hof merkt hierover op dat ‘een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde voldoet’.²¹⁵ Het Hof overweegt vervolgens dat ‘een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij is bedoeld om het operationele karakter van de onderneming of de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers.’²¹⁶ Het Hof merkt daarbij op dat er een overlap kan bestaan tussen deze twee doelen die in een bepaalde procedure worden nagestreefd, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.²¹⁷

Toegespitst op de casus van *Smallsteps* komt het Hof tot de conclusie dat de pre-pack ‘tot in het kleinste detail de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de ondernemer ... waarom moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt.’²¹⁸ De omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers brengt hierin geen verandering.²¹⁹ Aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn wordt dus niet voldaan.

III. De procedure moet onder toezicht van een overheidsinstantie staan

Het Hof komt tot het oordeel dat de pre-pack-transactie niet wordt uitgevoerd onder het toezicht van een overheidsinstantie, maar onder leiding van de onderneming die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming voorbereiden.²²⁰ Ook aan de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn wordt dus niet voldaan.

Het Hof komt dan ook tot de conclusie dat ‘artikel 5, lid 1, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming

²¹³ Schaink, *TvI* 2017/22, p. 140.

²¹⁴ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 45 + 46.

²¹⁵ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 48.

²¹⁶ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 48.

²¹⁷ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 48.

²¹⁸ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 49.

²¹⁹ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 51.

²²⁰ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 54.

plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde *pre-pack*'.²²¹

Dit arrest heeft de praktijk van de *pre-pack* op zijn grondvesten doen schudden en heeft de toekomst van de *pre-pack* en daarmee de WCO I op losse schroeven gezet. Door de *Smallsteps*-uitspraak werd de *pre-pack* als middel tot een efficiënte doorstart immers een stuk minder interessant. Er ontstond de vrees dat bij een doorstart door middel van een *pre-pack* alle werknemers mee over zouden moeten gaan, aangezien de *pre-pack* buiten de uitzonderingsbepaling van art. 5 Richtlijn 2001/23/EG was komen te vallen. Ook is door deze uitspraak onduidelijkheid ontstaan over het doel van de *pre-pack* methode en het daaropvolgende faillissement; is de *pre-pack* enkel een middel ter efficiënte bedrijfsovername of een middel ter garantie van een gecontroleerde afwikkeling van het faillissement. Het HvJ-EU is in de *Smallsteps*-zaak tot de conclusie gekomen dat het doel van de *pre-pack*procedure niet de liquidatie van de onderneming betreft.

3.2.3.2 *Heiploeg*: de *pre-pack* terug op de kaart

De Hoge Raad heeft besloten om de *pre-pack* opnieuw aan het HvJ-EU voor te leggen, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over het doel en de toepassing van de *pre-pack*.

In de *Heiploeg*-zaak ging het om verschillende vennootschappen die zich bezighielden met de groothandel in vis- en zeevruchten.²²² Het *Heiploeg*-concern kwam op den duur in financiële moeilijkheden waarna het faillissement, onvermijdelijk werd.²²³ Ook hier werd onmiddellijk na faillissement een doorstart gerealiseerd, nadat gebruik was gemaakt van een *pre-pack*.²²⁴ In de zaak aanhangig gemaakt bij het HvJ-EU gaat het om de vraag of bij de *pre-pack* de liquidatie van het ondernemingsvermogen het hoofddoel van de procedure is en of de rol van de beoogd curator kan worden beschouwd als een vorm van overheidstoezicht.²²⁵ Het HvJ-EU heeft recent uitspraak gedaan in deze zaak.²²⁶

Het Hof komt in de *Heiploeg*-zaak tot een heel andere conclusie dan in het *Smallsteps*-arrest. Op basis van het verwijzingsarrest van de Hoge Raad neemt het HvJ-EU tot uitgangspunt dat wanneer het primaire doel van de *pre-pack* procedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, deze procedures voldoen aan de tweede cumulatieve voorwaarde uit art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG.²²⁷ Het HvJ-EU benadrukt dat in elk concreet geval bezien moet worden of dit inderdaad het primaire doel is van de *pre-pack* procedure, en dus of de betrokken *pre-pack* gericht is op liquidatie van de onderneming.²²⁸

Ook omtrent de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn komt het HvJ-EU tot een andere conclusie dan in het *Smallsteps*-arrest. Het Hof oordeelt dat wel degelijk sprake is van toezicht door een overheidsinstantie wanneer de *pre-pack* is voorbereid met een beoogd curator onder toezicht van een beoogd rechter-commissaris.²²⁹

²²¹ HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 54.

²²² HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 25.

²²³ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 28.

²²⁴ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 30.

²²⁵ Asser/Heerma van Voss 7-V 2020/305a.

²²⁶ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*).

²²⁷ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 52.

²²⁸ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53.

²²⁹ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 62.

Het Hof verbindt aan zijn overwegingen nog wel de voorwaarde dat een dergelijke pre-pack procedure, met het oog op de rechtszekerheid, wettelijk moet worden geregeld.²³⁰

Met deze uitspraak heeft het HvJ-EU de pre-pack weer nieuw leven in geblazen. Waar door het *Smallsteps*-arrest eerst de vrees bestond dat de werknemersbescherming van art. 3 en 4 van de Richtlijn 2001/23/EG ook zou gelden bij de toepassing van een pre-pack, heeft de *Heiploeg*-zaak dit genuanceerd. Wanneer de pre-pack gericht is op liquidatie van de onderneming, en niet slechts op een efficiënte bedrijfsovername, valt de pre-pack onder de uitzonderingsbepaling volgend uit art. 5 lid 1 van de Richtlijn waardoor bij een bedrijfsovername ontstaan uit een pre-pack de bepalingen omtrent werknemersbescherming niet gelden. Onder de voorwaarden zoals geschetst in de overwegingen van het HvJ-EU in de *Heiploeg*-zaak lijkt de toepassing van de pre-pack weer mogelijk. Het *Heiploeg*-arrest heeft de weg vrijgemaakt voor een brede toepassing van de pre-pack binnen het faillissementsrecht.

3.2.4 De pre-pack en het ziekenhuisfaillissement

Vanuit de insolventiepraktijk bestaat behoefte aan een instrument als de pre-pack.²³¹ De pre-pack biedt de faillissementspraktijk een mogelijkheid om een faillissement, in stilte voor te bereiden om vervolgens tot een gecontroleerde afwikkeling van dit faillissement te komen. Ook in het ziekenhuisfaillissement zou het hanteren van een stille voorbereidingsfase, in de vorm van een pre-pack, uitkomst kunnen bieden.

Zo kan deze fase allereerst worden gebruikt om de financiering voor de zorgkosten rond te krijgen.²³² In de faillissementen van de Sionsberg, het Slotervaart en de IJsselmeerziekenhuizen moesten de curatoren hier, in de chaos die onmiddellijk na het uitspreken van de faillietverklaring ontstond, moeilijke onderhandelingen met de zorgverzekeraar over volgen.²³³ In de stille fase zouden de curator reeds met de zorgverzekeraars om de tafel kunnen, zodat de financiering op het moment van het uitspreken van de faillietverklaring al rond is.

Daarnaast kan de beoogd curator deze periode gebruiken om de schuldenaar, het ziekenhuis, te leren kennen. Het ziekenhuis vervult een bijzondere rol binnen de maatschappij, waardoor het ziekenhuis als instantie veel bijzonderheden met zich meebrengt. Zo krijgt de curator intensief te maken met het Nederlandse zorgstelsel waarbinnen het ziekenhuis centraal staat. Het Nederlandse zorgstelsel is een complex systeem waarbinnen de curator zal moeten onderzoeken welke verbanden en relaties er bestaan en hoe deze meespelen in faillissement. Daarnaast is op het ziekenhuis veel specifieke wet- en regelgeving van toepassing.²³⁴ Dit maakt het speelveld van de curator complex, waarom het belangrijk is dat de curator zich in de stille voorbereidingsfase voorbereidt op de bijzonderheden van het ziekenhuisfaillissement.

Ook de betrokken stakeholders zijn bij het ziekenhuis complexer dan bij het gemiddelde faillissement. Zo is bij een ziekenhuis het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn & Sport betrokken, heeft het ziekenhuis te maken met externe toezichthouders, zorgverzekeraars, de gemeente, de medisch specialisten in het ziekenhuis, de medewerkers van het ziekenhuis en niet in de laatste plaats de patiënten. Nog zonder dat de gezamenlijke schuldeisers aan het ziekenhuis ‘trekken’ zijn er dus genoeg betrokken partijen welke allemaal bepaalde verwachtingen, wensen en eisen hebben met betrekking tot het ziekenhuis. Tijdens de stille voorbereidingsfase kan de curator deze stakeholders in kaart brengen en indien nodig reeds op de hoogte stellen van het naderende faillissement.

²³⁰ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 55 + 66.

²³¹ Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 1.

²³² Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

²³³ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

²³⁴ Nouvelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 5.

Het faillissement van een ziekenhuis kan, door de maatschappelijke functie van het ziekenhuis, grote onrust teweegbrengen. Tijdens de pre-pack kan de beoogd curator zich daarom ook voorbereiden op de aandacht die het faillissement van de politiek en de media zal krijgen.²³⁵ Zo kan de beoogd curator reeds een woordvoerder aanstellen die op het moment van het uitspreken van de faillietverklaring de communicatie omtrent het ziekenhuisfaillissement in goede banen leidt en daarbij probeert de maatschappelijke onrust tot een minimum te beperken.²³⁶

De periode voor het faillissement kan daarnaast ook door de beoogd curator worden gebruikt om een draaiboek op te stellen. Wegens de complexiteit van een faillissement van een ziekenhuis en de belangen die hierin meespelen is het wenselijk dat de start van de faillissementsprocedure zo soepel mogelijk verloopt. Een draaiboek kan hierin een belangrijke rol spelen.

Het faillissement van een ziekenhuis vereist in de afwikkeling ook vrij specifieke, medische kennis. In de periode voor faillissement kan de beoogd curator daarom een team samenstellen met verschillende deskundigen die de curator in zijn overwegingen kunnen adviseren. Op deze manier kunnen medische complicaties reeds voor faillissement worden doorgesproken, waardoor de curator op het moment van faillietverklaring weet hoe te handelen.

Daarnaast kan de pre-pack natuurlijk dienen als middel om een soepele doorstart te realiseren. Voor de continuïteit van de zorg zou een doorstart het meest ideale scenario zijn. Nu door het HvJ-EU in de *Heiploeg*-zaak is besloten dat, in de meeste gevallen, de werknemersbescherming van de Richtlijn 2001/23/EG niet geldt bij de toepassing van een pre-pack is de kans op een succesvolle doorstart uit een pre-pack vergroot. Bijkomend voordeel van het realiseren van een doorstart is dat op het moment van faillietverklaring ook onmiddellijk de boodschap naar buiten kan worden gebracht dat er een doorstart komt; dit voorkomt veel maatschappelijke onrust.

Ten slotte kan de beoogd curator de periode voorafgaand aan het faillissement ook vooral gebruiken om de verantwoordelijkheden van alle betrokken partijen in kaart te brengen. Wie staat waar, draagt welke verantwoordelijkheid, en voor wie. In een ziekenhuisfaillissement waarbij veel verschillende partijen betrokken zijn is het belangrijk dat dit duidelijk in kaart is gebracht voordat de chaos na de faillietverklaring losbreekt. Als er op dat moment nog onderhandeld moet worden over deze zaken kost dit de curator kostbare tijd en aandacht, aandacht die hij ook in de zorgvuldige afwikkeling van het faillissement had kunnen stoppen.

3.2.5 Een wettelijke basis voor de pre-pack

Een succesvolle pre-pack praktijk binnen het Nederlandse faillissementsrecht wordt in principe door niks meer in de weg gestaan na de *Heiploeg*-uitspraak. Het HvJ-EU stelt in de *Heiploeg*-uitspraak aan de pre-pack praktijk de eis dat deze wettelijk geregeld wordt. Het is daarom van belang dat de pre-pack praktijk van een wettelijke basis wordt voorzien. Wanneer een duidelijk wettelijk kader wordt geschetst ten aanzien van de pre-pack komt dit ten goede aan de rechtszekerheid en rechtseenheid. De huidige praktijk waarin rechtbanken ten aanzien van de pre-pack een verschillend beleid plegen te voeren wordt dan immers de das om gedaan.²³⁷ Het wetsvoorstel WCO I dat al enige tijd op de plank ligt, kan door de wetgever dus worden afgestoft.

3.2.5.1 Biedt de Novelle WCO I uitkomst?

De wetgever heeft in de tijd tussen het *Smallsteps*-arrest en het *Heiploeg*-arrest niet stil gezeten. In reactie op de aanbeveling van de OVV tot de invoering van een periode van stil bewind voorafgaand

²³⁵ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 119.

²³⁶ Kampers & Lintel, *TvI* 2017/18, p. 120.

²³⁷ Van der Pijl, *TvI* 2021/30, p. 233.

aan het faillissement van een ziekenhuis heeft het kabinet de Novelle WCO I in consultatie gegeven.²³⁸ De Novelle zorgt voor een gefaseerde invoering van de WCO I, maar bevat ook belangrijke wijzigingen.²³⁹ De belangrijkste wijziging van de Novelle ten opzichte van de WCO I betreft de doelomschrijving van de pre-pack. Het doel van de stille voorbereidingsfase is aangepast in de Novelle WCO I. Het doel van de pre-pack wordt in de Novelle omschreven als een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming en daarmee van de activiteiten van maatschappelijk belang.²⁴⁰ Het uitgangspunt is dat via de pre-pack daardoor maatschappelijke schade kan worden voorkomen.²⁴¹

Een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan door de rechtbank slechts worden ingewilligd wanneer de schuldenaar aannemelijk maakt dat een stille voorbereidingsfase in de specifieke situatie meerwaarde heeft.²⁴² De Novelle WCO I geeft een duidelijke omschrijving van wat onder meerwaarde moet worden verstaan: van meerwaarde is slechts sprake als een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement een gecontroleerde afwikkeling mogelijk kan maken van de activiteiten van de schuldenaar en daardoor kan worden voorkomen dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht.²⁴³

Ook is het toepassingsbereik van de Novelle ingeperkt tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend.²⁴⁴ Deze inperking van het toepassingsbereik van de WCO I is echter tijdelijk. Wanneer de behandeling van de Wet overgang van onderneming in faillissement is afgerond, wordt de reikwijdte weer verbreed.²⁴⁵

Met de voorgestelde aanpassingen in de titel en het opschrift van de WCO I wordt benadrukt dat het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding is van een faillissement, met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn, en dus niet de continuering van de door de schuldenaar gedreven onderneming.²⁴⁶ Daarnaast valt uit de voorgestelde aanpassingen ook af te leiden dat de stille voorbereidingsfase is bedoeld om te voorkomen dat maatschappelijke belangen worden geschaad die de onderneming dient. De onderneming mag gebruik maken van een stille voorbereidingsfase omwille van een bepaalde groep betrokkene bij het faillissement: de afnemers van de activiteiten van de schuldenaar.²⁴⁷

Deze focus op de maatschappelijke belangen in de doelomschrijving van de pre-pack komt niet uit de lucht vallen. De ziekenhuisfaillissementen waren voor de wetgever aanleiding om het wetgevingstraject omtrent de pre-pack nieuw leven in te blazen en een nieuwe kleur te geven aan het instrument van de pre-pack. Waar de pre-pack eerst diende als een middel tot herstructurering, gericht op het behalen van een maximale opbrengst voor de failliete boedel, is de pre-pack in de Novelle WCO I geworden tot een middel om de maatschappelijke belangen die meespelen in een faillissement het hoofd te kunnen bieden en een gecontroleerde afwikkeling van het faillissement te kunnen garanderen.

De pre-pack sluit in deze vorm naadloos aan op het faillissement van een ziekenhuis; door de toepassing van een pre-pack kan het ziekenhuisfaillissement in rust worden voorbereid waardoor de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten op het moment van faillietverklaring gewaarborgd kan worden.

²³⁸ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²³⁹ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²⁴⁰ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²⁴¹ Novelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 2.

²⁴² Art. 363 lid 1 Wet Continuïteit Ondernemingen I.

²⁴³ Novelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 6.

²⁴⁴ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²⁴⁵ Van Zanten, *TvI* 2021/29, p. 227.

²⁴⁶ Novelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 2.

²⁴⁷ Novelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 2.

Bezien vanuit de ziekenhuisfaillissementen is de Novelle WCO I daarom een geschikte aanvulling op de WCO I en verleent de WCO I op deze manier een gewenste, wettelijke basis aan de pre-pack praktijk.

Een kritische noot ten aanzien van de Novelle WCO I is dat het karakter van de WCO I met de Novelle radicaal is veranderd. De WCO I maakt van meet af aan deel uit van het wetgevingsprogramma 'Herijking faillissementsrecht' en is gericht op versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.²⁴⁸ Met de Novelle komt de WCO I wel heel ver af te staan van waarvoor zij oorspronkelijk is ingediend; het bevorderen van continuïteit van ondernemingen. De pre-pack is in de Novelle geworden tot een instrument om de gecontroleerde afwikkeling van een faillissement te kunnen garanderen, de mogelijkheid van voortzetting van de onderneming of een doorstart is als doelomschrijving uit de WCO I verdwenen.²⁴⁹ Het karakter van de pre-pack wijkt nu echter zo sterk af van de pre-pack zoals voorgesteld in het oorspronkelijke wetsvoorstel WCO I dat de vraag kan worden gesteld of aan de pre-pack als middel tot een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen geen eigen wetgevingstraject zou moeten toekomen, in plaats van een Novelle tot wijziging van een al bestaand wetsvoorstel.

Echter is de realiteit dat de pre-pack in de faillissementspraktijk al zijn positie heeft verworven, en dat er met name behoefte is aan een wettelijke basis voor deze praktijk. De Novelle WCO I verleent deze en de pre-pack sluit in deze vorm naadloos aan op de periode van stil bewind zoals gewenst in de ziekenhuisfaillissementen. Door de Novelle kan sneller gebruik worden gemaakt van de voordelen van de pre-pack bij faillissementen, zodat een zorgvuldige(re) afwikkeling van het faillissement leed, schade en maatschappelijke onrust kan voorkomen. Het is belangrijk dat de Novelle spoedig na de consultatie wordt aangenomen, zodat in de faillissementspraktijk (weer) gebruik kan worden gemaakt van de voordelen van de pre-pack methode.

3.2.5.2 Is de Novelle een nuttige aanvulling op de WCO I?

De Novelle WCO I bezorgt de WCO I dus een kans op een doorstart nadat de behandeling van de WCO I bij de Eerste Kamer stil was komen te liggen. De wijzigingen die in de Novelle zijn doorgevoerd ten opzichte van de WCO I lijken voornamelijk een reactie van de wetgever op de ziekenhuisfaillissementen, maar ook op de het *Smallsteps*-arrest. Gepoogd wordt om binnen de door het HvJ-EU in deze uitspraak aangebrachte beperkingen toch tot een pre-pack praktijk te kunnen komen. Het HvJ-EU is in de *Heiploeg*-uitspraak echter grotendeels teruggekomen op de *Smallsteps*-uitspraak. Is de Novelle WCO I dan nog wel noodzakelijk of zou kunnen worden volstaan met de WCO I?

Strikt genomen is de Novelle WCO I niet noodzakelijk om tot een succesvolle pre-pack praktijk te komen, en zou de invoering van de WCO I als wettelijke basis voor de pre-pack kunnen volstaan. Echter, gezien vanuit de overwegingen van het HvJ-EU in de *Heiploeg*-zaak is deze Novelle een gewenste wijziging ten opzichte van de WCO I.

Het HvJ-EU overweegt in het *Heiploeg*-arrest dat 'wanneer het primaire doel van de pre-pack procedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, deze procedures voldoen aan de tweede cumulatieve voorwaarde uit art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG' en dus gericht zijn op liquidatie van de onderneming.²⁵⁰ Het HvJ-EU overweegt vervolgens dat wel van geval tot geval moet worden bekeken of de pre-pack in het specifieke geval ook daadwerkelijk dit doel heeft gediend. Met de gewijzigde doelomschrijving van de pre-pack in de Novelle WCO I wordt bij de doelomschrijving van het HvJ-EU aangesloten: 'het doel van de aanwijzing van een beoogd curator is de voorbereiding van een faillissement met het oog op een gecontroleerde

²⁴⁸ Van der Pijl, *TvI* 2021/30, p. 232.

²⁴⁹ Van der Pijl, *TvI* 2021/30, p. 232.

²⁵⁰ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 52.

afwikkeling van de onderneming'.²⁵¹ Door de doelomschrijving van de pre-pack zo te formuleren dat deze aansluit bij het doel dat de pre-pack in de ogen van het HvJ-EU moet hebben om te voldoen aan de voorwaarden uit art. 5 lid 1 van de Richtlijn zal ieder gebruik van de pre-pack worden ingeleid met het oog op de liquidatie van de onderneming, dat is nu immers het wettelijk verankerde doel van de pre-pack. Hierdoor zal in beginsel iedere toepassing van de pre-pack voldoen aan de tweede cumulatieve voorwaarde uit art. 5 lid 1 van de Richtlijn waardoor de bepalingen omtrent de werknemersbescherming buiten beeld blijven.

3.3 Stille curatele

Is voor de voorbereiding van het ziekenhuisfaillissement behoefte aan een iets krachtiger rechtsfiguur dan de beoogd curator, dan kan gedacht worden aan de invoering van een publiekrechtelijk rechtsfiguur vergelijkbaar met de stille curator uit de Wet financieel toezicht (Wft).²⁵²

3.3.1 De stille curator bij een noodlijdende instelling

Op grond van art. 1:76 lid 3 Wft kunnen de Nederlandse Bank (DNB) en de Autoriteit financieel toezicht (AFM), als financiële toezichthouders, een stille curator aanstellen om tijdig te kunnen ingrijpen als het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van een financiële onderneming in gevaar is.²⁵³ Om de reputatie van de desbetreffende financiële instelling niet onnodig te beschadigen wordt de benoeming van de curator niet publiekelijk bekend gemaakt, in de praktijk wordt daarom ook wel gesproken van een stille curator.²⁵⁴ Het benoemingsbesluit bevat een beschrijving van de belangen waardoor de curator zich moet laten leiden.²⁵⁵

De omvang van de bevoegdheden van de stille curator zijn in beginsel onduidelijk.²⁵⁶ De bevoegdheden kunnen worden gespecificeerd of begrensd in het benoemingsbesluit.²⁵⁷ Het oogmerk van de stille curatele, te weten het onderzoeken of er mogelijkheden zijn de instelling uit de financiële moeilijkheden te trekken en zo ja, deze mogelijkheden te benutten, is voor de stille curator leidraad bij het vervullen van zijn taak.²⁵⁸

Eenmaal benoemd dan ontnemt de stille curator de betrokken financiële instelling haar autonomie. Met ingang van het tijdstip waarop het besluit tot benoeming van de curator aan de beleggingsonderneming bekend is gemaakt, mogen de desbetreffende organen of vertegenwoordigers hun bevoegdheden slechts uitoefenen na goedkeuring door de curator.²⁵⁹ De wetgever heeft aan de stille curator een actieve, leidende bestuursfunctie toebedacht.²⁶⁰

3.3.2 De stille curator in een ziekenhuisfaillissement

In een ziekenhuisfaillissement zou de toepassing van een rechtsfiguur als de stille curatele uitkomst kunnen bieden om tot een goede, nauwkeurige voorbereiding van het faillissement te komen. De aanstelling van een stille curator biedt een aantal dezelfde voordelen als de pre-pack: tijdens de aanstelling van de stille curator kan deze in stilte het faillissement voorbereiden waarbij de benoeming van de stille curator niet publiekelijk bekend wordt gemaakt, waardoor maatschappelijke onrust wordt voorkomen.

²⁵¹ Novelle WCO I, Ontwerp MvT, p. 6.

²⁵² Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 191.

²⁵³ Asser/De Serière 2-IV 2017/849.

²⁵⁴ Busch 2014/13.2.4.

²⁵⁵ Busch 2014/13.2.4.

²⁵⁶ Asser/De Serière 2-IV 2017/849.

²⁵⁷ Asser/De Serière 2-IV 2017/849.

²⁵⁸ Asser/De Serière 2-IV 2017/849.

²⁵⁹ Busch 2014/13.2.4. Art. 1:76 lid 5 Wet op het financieel toezicht.

²⁶⁰ Asser/De Serière 2-IV 2017/849.

Er bestaat echter een belangrijk verschil met de pre-pack: de stille curator gaat de controle uitoefenen over het bestuur en het beleid van het ziekenhuis. De organen en vertegenwoordigers van het ziekenhuis verliezen niet hun bevoegdheden, maar moeten wel de instructies van de stille curator opvolgen en hun medewerking daaraan verlenen.²⁶¹ De stille curator kan het ziekenhuis dan voor het faillissement al bepaalde bevoegdheden ontnemen zodat hij in alle rust kan inventariseren wat de voorliggende opties zijn.²⁶² Anders dan bij de beoogd curator zou de stille curator dan ook bepaalde verplichtingen kunnen opleggen aan een noodlijdend ziekenhuis, mocht dit wenselijk zijn.²⁶³ Deze bevoegdheid kan gezien de belangen die op het spel staan in het ziekenhuisfaillissement wenselijk zijn.

3.3.3 De vormgeving

Om tot de aanstelling van een stille curator te komen zal er binnen de zorgsector een toezichthouder aangewezen moeten worden die hiertoe over kan gaan. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) lijken hiertoe de aangewezen partijen.

De NZa houdt toezicht op zorgaanbieders en zorgverzekeraars.²⁶⁴ De IGJ houdt toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorg, governance en bedrijfsvoering van zorginstellingen, geneesmiddelen en medische productie van zorgaanbieders en zorgverleners.²⁶⁵ Daarbij staan noodlijdende zorginstellingen doorgaans al onder verscherpt toezicht zowel de NZa als de IGJ.²⁶⁶ De NZa en de IGJ beschikken daarom al over de nodige informatie met betrekking tot de aard en de omvang van de (financiële) problemen bij het betreffende ziekenhuis.²⁶⁷ De NZa en de IGJ zijn dus al nauw betrokken bij het ziekenhuis, waardoor het logisch is deze toezichthouders de interventiebevoegdheid te geven.

Deze toezichthouders zouden dan op grond van financieel-economische afwegingen een stille curator moeten kunnen benoemen die wordt aangesteld zodra het ziekenhuis niet meer aan bepaalde financiële standaarden voldoet en de kwaliteit en continuïteit van de zorg onder druk komt te staan. De stille curator kan dan de regie nemen bij een dreigend faillissement van het ziekenhuis, bijvoorbeeld door onderzoek te doen naar de doorstartmogelijkheden en als dat niet lukt via een gefaseerde overplaatsing van patiënten en gecontroleerde afbouw van de zorg in het failliete ziekenhuis.

3.4 Pre-pack of stille curatele voor het ziekenhuis?

Duidelijk is dat een stille voorbereidingsfase uitkomst kan bieden voor de chaotische situatie die is ontstaan in de ziekenhuisfaillissementen na de faillietverklaring. Zowel de toepassing van een pre-pack als de benoeming van een stille curator kunnen in de behoefte voorzien om het faillissement van een ziekenhuis op een gecontroleerde manier af te wikkelen.

De pre-pack en de aanstelling van een stille curator verschillen qua aard behoorlijk van elkaar. Waar de aanstelling van een stille curator nog een reddingsmiddel lijkt om de onderneming er financieel weer bovenop te helpen is de pre-pack meer een middel dat wordt aangewend wanneer het faillissement onvermijdelijk lijkt. In het ziekenhuisfaillissement lijkt de pre-pack de beter passende figuur. De periode van stil bewind wordt in het ziekenhuisfaillissement ingesteld om in de periode voorafgaand aan faillissement de nodige voorbereidingen te treffen, het redden van de onderneming is dan vaak al te laat. Mocht het ziekenhuis zich nog in het stadium bevinden dat het faillissement kan worden voorkomen is

²⁶¹ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 194. Art. 1:76 lid 5 jo. lid 8 Wet op het financieel toezicht.

²⁶² Brand, *NJB* 2020/570, p. 608.

²⁶³ Schreurs, *TvI* 2020/25, p. 194.

²⁶⁴ Adringa & Driessen, *TvI* 2019/7, p. 48.

²⁶⁵ Adringa & Driessen, *TvI* 2019/7, p. 48.

²⁶⁶ Titel 5.2 Algemene wet bestuursrecht.

²⁶⁷ Adringa & Driessen, *TvI* 2019/7, p. 48.

de aanstelling van een stille curator bij dreigende financiële problemen, los van een eventueel dreigend faillissement, in de zorgsector gezien de maatschappelijke belangen die op het spel staan wenselijk.

De pre-pack past dus naar zijn aard beter bij het ziekenhuisfaillissement. De pre-pack kan voorkomen dat er een chaotische situatie ontstaat onmiddellijk na faillissement, door het faillissement in rust voor te bereiden onder toezicht van een beoogd curator. In de vormgeving van de pre-pack kan echter op twee punten wel aansluiting worden gezocht bij de rechtsfiguur van de stille curatele: de beoogd curator dient versterkt te worden in zijn positie en de aanvraag tot toepassing van de pre-pack moet ook gedaan kunnen worden door een toezichthouder, in de zorgsector de NZa of de IGJ.

3.4.1 De beoogd curator aan het roer

Een belangrijk verschil tussen de beoogd curator in de pre-pack in de stille curator is dat de stille curator door de wetgever een actieve, leidende bestuursfunctie toegediend heeft gekregen. De stille curator gaat controle uitoefenen over het bestuur van de onderneming. De beoogd curator daarentegen ontbreekt het aan dergelijke bevoegdheden en wordt aangesteld om voorbereidingen te treffen voor het faillissement en alvast werkzaamheden te verrichten welke hij anders pas in faillissement zou verrichten. De stille curator functioneert hierdoor meer als een soort toezichthouder op het bestuur van de onderneming. De beoogd curator wordt meer aangesteld vanuit een samenwerkingsgedachte; de beoogd curator bereidt het faillissement voor en werkt hierbinnen samen met het bestuur van de onderneming waar wenselijk. Gezien de maatschappelijke belangen die in het ziekenhuisfaillissement op het spel staan kan het wenselijk zijn dat de curator in de periode van stil bewind iets sterker in zijn schoenen komt te staan dan nu het geval is op grond van de WCO I. Hierin zou kunnen worden aangesloten bij de vereiste goedkeuring voor het handelen van het bestuur, zoals bij de stille curator het geval is.

3.4.2 Aanstelling van een beoogd curator door een toezichthouder

Voor de toepassing van de pre-pack dient de schuldenaar bij de rechtbank een verzoek in te stellen om de aanwijzing van een beoogd curator. De toepassing van de pre-pack hangt dus af van de schuldenaar en of de schuldenaar hier de meerwaarde van inziet. Bij de stille curator wordt door de aangewezen toezichthouder overgegaan tot zijn aanstelling. De schuldenaar heeft hierdoor zelf geen invloed op de aanstelling van een stille curator. In het ziekenhuisfaillissement lijkt het, gezien de maatschappelijke belangen die op het spel staan, ongewenst dat deze keuze volledig in de handen van de schuldenaar komt te liggen. De OVV lijkt dit standpunt te delen en doet daarom de aanbeveling om het hanteren van een periode van stil bewind, in het geval van een ziekenhuisfaillissement, verplicht te stellen. Mocht deze periode van stil bewind gegoten worden in de figuur van de pre-pack impliceert dit dat het bestuur van het ziekenhuis zich er bewust van moet zijn dat, wanneer een faillissement nadert, zij verplicht een verzoek tot toepassing van een pre-pack moeten indienen. Hierdoor is vrijwillige medewerking van de schuldenaar niet nodig. Ook bij de stille curatele geldt dat wanneer een periode van stil bewind wordt verplicht, er bij een naderend faillissement alert gereageerd moet worden, alleen ligt de verantwoordelijkheid voor de aanstelling van een stille curator bij de aangewezen toezichthouder in plaats van de schuldenaar. Gezien de taak en functie van de toezichthouder mag worden aangenomen dat indien de toepassing van een periode van stil bewind gunstig lijkt, de toezichthouder hier ook toe over gaat. Wanneer de periode van stil bewind wordt gegoten in de vorm van de aanstelling van een stille curator lijkt een dergelijke verplichting zoals voorgesteld door de OVV daarom onnodig.

3.5 Tussenconclusie

Een periode van stil bewind, voorafgaand aan de faillietverklaring in het ziekenhuisfaillissement, is het perfecte middel om het verassingseffect van het faillissement te ondermijnen en hiermee de kwaliteit, veiligheid en continuïteit van de zorg in het ziekenhuis te kunnen waarborgen.

Voor een lange tijd was de mogelijkheid om gebruik te maken van een pre-pack beperkt. Door het *Smallsteps*-arrest bestond de vrees dat bij een doorstart door middel van een pre-pack alle werknemers mee over zouden gaan, waardoor een duurzaam voortbestaan in de meeste faillissementen uitgesloten zou zijn en een doorstart weinig zin zou hebben. Het *Heiploeg*-arrest heeft hier verandering in gebracht en de weg vrij gemaakt voor de zo gewenste, brede toepassing van de pre-pack in de faillissementspraktijk. De Novelle WCO I beoogd aan de pre-pack praktijk een wettelijke basis te verlenen. In de Novelle WCO I is het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding van een faillissement, met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn. Hiermee sluit de pre-pack perfect aan op het ziekenhuisfaillissement. De curator wordt door de toepassing van de pre-pack eerder bij het (aanstaande) faillissement betrokken en kan hierdoor de nodige voorbereidingen treffen. Dit garandeert een zorgvuldigere afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement, waardoor de kwaliteit en continuïteit van de zorg gewaarborgd kunnen worden.

In de vormgeving van de pre-pack zou er op verschillende punten nog wel aansluiting gezocht kunnen worden bij de rechtsfiguur van de stille curator. Zo zou het wenselijk zijn als de beoogd curator een actievere rol krijgt toebedeeld en dat ernaast door de schuldenaar, ook door de toezichthouders uit de zorgsector om de aanstelling van een beoogd curator verzocht kan worden. In de Novelle WCO I zouden deze twee aanpassingen ook terug kunnen komen.

De faillissementspraktijk waarin ziekenhuizen failliet kunnen gaan heeft dus behoefte aan een mogelijkheid tot een zorgvuldige, stille voorbereiding van een faillissement door de curator om maatschappelijke onrust en gezondheidsrisico's te voorkomen.²⁶⁸ De pre-pack biedt deze mogelijkheid.

²⁶⁸ Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 227.

Conclusie

De onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal stond luidt:

Hoe zou de rol van de curator binnen de faillissementsprocedure van een ziekenhuis moeten worden vormgegeven om tot een gecontroleerde afwikkeling van dit ziekenhuisfaillissement te kunnen komen waarbinnen de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten voldoende wordt gewaarborgd?

Het ziekenhuisfaillissement is uniek in zijn soort en stelt de Nederlandse faillissementspraktijk voor uitdagingen. Het ziekenhuisfaillissement onderscheidt zich door de maatschappelijke functie van de failliet; het ziekenhuis is verantwoordelijk voor het leveren van gezondheidszorg aan patiënten. Het faillissement van een ziekenhuis zet deze verantwoordelijkheid onder druk waardoor de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten op het spel komt te staan. In een zorgstelsel waarbinnen ziekenhuizen kunnen failleren is het van belang dat de faillissementsprocedure is opgewassen tegen de realiteit van een ziekenhuisfaillissement.

De curator speelt binnen de faillissementsprocedure een doorslaggevende rol en heeft de controle over de afwikkeling van het faillissement. Juist de curator werd in het ziekenhuisfaillissement in een moeilijke positie geplaatst. Ten aanzien van de rol van de curator in het ziekenhuisfaillissement zijn door de OVV twee aanbevelingen gedaan teneinde de rol van de curator beter te laten aansluiten op de behoeftes in een ziekenhuisfaillissement.

Allereerst doet de OVV de aanbeveling dat het faillissementsrecht zodanig zou moeten worden aangepast dat de curator bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten zou moeten laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers. Deze aanbeveling vloeit voort uit de vrees van de OVV dat de curator, door de focus op het schuldeisersbelang in de Faillissementswet, de maatschappelijke belangen die op het spel staan in het ziekenhuisfaillissement onvoldoende gewicht toekent.

De maatschappelijke belangen nemen een bijzondere positie in binnen het faillissement en geven aanleiding voor discussie over het doel van faillissement en de rol van de curator hierbinnen. In de Faillissementswet is de curator door de wetgever ontworpen als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is ook nog steeds het uitgangspunt in faillissement; de curator wordt aangesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers om hun verhaalsrechten te effectueren. Echter heeft zich sinds het ontwerp van de Faillissementswet een ontwikkeling voorgedaan in de faillissementspraktijk, rechtspraak & maatschappij waarbinnen aan de curator een (meer) maatschappelijke functie wordt toebedeeld. Van de curator wordt verwacht dat hij verder kijkt dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat hij oog heeft voor de overige belangen die meespelen in faillissement, waaronder de maatschappelijke belangen.

Wrijving ontstaat voor de curator op het moment dat de belangen die meespelen in faillissement tegengesteld zijn aan elkaar. Het belang van een patiëntveilige, gecontroleerde afbouw van de zorg stond lijnrecht tegenover het streven naar boedelmaximalisatie, wat het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Wanneer de curator op dergelijke tegenstrijdige belangen stuit dient hij deze zorgvuldig tegen elkaar af te wegen. De Hoge Raad heeft in een reeds arresten invulling gegeven aan deze belangenafweging door de curator en welk gewicht hierbinnen toekomt aan de maatschappelijke belangen. Deze overwegingen van de Hoge Raad geven de curator in het ziekenhuisfaillissement de ruimte om de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard, te laten prevaleren boven de belangen van de individuele schuldeisers. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of de

maatschappelijke belangen ook kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Gezien de ontwikkeling die de curator in zijn taak doormaakt, en de toenemende aandacht voor de maatschappelijke belangen in de faillissementsprocedure lijkt dit een kwestie van tijd. Dat de Hoge Raad zich hier nog niet over heeft uitgelaten heeft de curatoren in de ziekenhuisfaillissementen er echter niet van weerhouden om het belang van de patiënten op een gecontroleerde afbouw van de zorg te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curatoren hebben hierin hun eigen afweging gemaakt, gestoeld op de aan hen toegekende beleidsvrijheid. De patiënten zijn aangewezen op de zorg in het ziekenhuis en zijn in hun belang sterk afhankelijk van het handelen van de curator. De curatoren zagen in de ziekenhuisfaillissementen de ernst van de maatschappelijke belangen in die op het spel stonden, en hebben deze in hun belangenafweging laten prevaleren.

Een wettelijke verankering van de wijze waarop de curator zijn belangenafweging dient uit te voeren zoals voorgesteld door de OVV is dan ook onnodig en gaat een stap te ver. Waar een verschuiving in de rol van de curator naar een meer maatschappelijk betrokken figuur in beginsel past bij een maatschappij waarbinnen steeds meer aandacht is voor maatschappelijke belangen, dient ervoor te worden gewaakt dat de curator niet steeds meer wordt tot een publiekrechtelijke figuur van wie het de eerste taak is om de maatschappelijke belangen in faillissement te behartigen. Het faillissement blijft een middel dat strekt tot verhaal van de gezamenlijke schuldeisers en naar dit doel dient de curator zich ook op te stellen. Binnen dit systeem past het niet om het crediteurenbelang per definitie ondergeschikt te maken aan het belang van de patiënten. De curator als behartiger van het maatschappelijk belang is een brug te ver.

De tweede aanbeveling die de OVV doet ten aanzien van de rol van de curator is dat het faillissementsrecht zodanig zou moeten worden aangepast dat een ziekenhuis alleen failliet kan gaan na een periode van stil bewind.

Binnen het ziekenhuisfaillissement is het aan de curator om alles in goede banen te leiden en overwogen beslissingen te maken. De curator wordt echter pas met het uitspreken van het faillissement door de rechtbank aangesteld. Dit leidt ertoe dat de curator pas in een vrij laat stadium bij het faillissement betrokken raakt. Wanneer de curator pas op het moment van faillietverklaring wordt aangesteld moet hij handelen onder grote (tijds)druk, wat gezien de complexiteit van een ziekenhuisfaillissement onwenselijk is. Bij een periode van stil bewind wordt de curator eerder bij het faillissement betrokken, waardoor de curator in die periode voorbereidingen kan treffen voor een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement. Zo kan de curator zich in deze periode oriënteren op alle betrokken partijen bij het ziekenhuisfaillissement, kan hij in deze periode gebruiken om de financiering voor de zorgkosten rond te krijgen en kan hij zich in deze periode voorbereiden op de aandacht die het ziekenhuisfaillissement zal krijgen in de politiek en de media.

Een periode van stil bewind zou dus uitkomst kunnen bieden in het ziekenhuisfaillissement om het verassingseffect van het ziekenhuisfaillissement te ondermijnen. De pre-pack biedt het ziekenhuisfaillissement hiertoe het perfecte kader.

Door de uitspraak van het HvJ-EU in het *Smallsteps*-arrest heeft het gebruik van de pre-pack in de Nederlandse faillissementspraktijk lange tijd stilgelegen. Naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest ontstond de vrees dat bij een doorstart door middel van een pre-pack alle werknemers mee over zouden gaan, waardoor een duurzaam voortbestaan in de meeste faillissementen uitgesloten zou zijn en een doorstart weinig zin zou hebben. Nu de *Heiploeg*-uitspraak deze door de *Smallsteps*-uitspraak ontstane onzekerheid heeft weggenomen staat niks meer in de weg aan een brede toepassing van de pre-pack in de faillissementspraktijk. De Novelle WCO I voorziet de pre-pack van een wettelijke basis en sluit naadloos aan op het ziekenhuisfaillissement; in de Novelle WCO I is het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding van een faillissement, met het oog op een gecontroleerde

afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn. De curator in een ziekenhuisfaillissement zou dankbaar gebruik kunnen maken deze periode voorafgaand aan het faillissement, waarin hij de gecontroleerde afbouw van de zorg voor patiënten in het (aanstaand) failliete ziekenhuis zorgvuldig zou kunnen voorbereiden.

In de regeling van de pre-pack in de Novelle WCO I zou, teneinde de pre-pack te optimaliseren voor het ziekenhuisfaillissement, op twee punten aansluiting gezocht kunnen worden bij de rechtsfiguur van de stille curatele. Zo zou het wenselijk zijn als de beoogd curator een actievare rol krijgt toebedeeld en dat naast door de schuldenaar, ook door de toezichthouders uit de zorgsector om de aanstelling van een beoogd curator verzocht kan worden.

Het gebruik van een periode van stil bewind in de vorm van een pre-pack bij de ziekenhuisfaillissementen maakt een zorgvuldigere afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement mogelijk doordat de curator eerder bij het (aanstaande) faillissement betrokken raakt. Hierdoor kan leed, schade en maatschappelijke onrust worden voorkomen. Het is daarom van belang dat de Novelle WCO I spoedig na consultatie wordt aangenomen.

De maatschappelijke functie van het ziekenhuis maakt het ziekenhuisfaillissement uniek en complex. De belangen van patiënten hebben het ziekenhuisfaillissement in bepaalde mate zeker gecompliceerd, maar deze complicaties vloeiden niet voort uit een onvermogen van de curator om aan deze belangen van maatschappelijke aard voldoende gewicht toe te kennen. De belangen van patiënten zijn uniek en indringend, waardoor de curator zich zal moeten oriënteren op wat het beste is voor de betrokken partijen, zonder daarbij uit het oog te verliezen dat hij is aangesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is een complexe taak, maar een taak waartoe de curator is aangesteld en welke hij in staat is uit te voeren. De curator zit dan ook goed in zijn rol en beschikt over het juiste instrumentarium, ook in het ziekenhuisfaillissement. Echter zou het wenselijk zijn dat de curator de ruimte geboden wordt om zich voor te bereiden op een complex faillissement, zoals het ziekenhuisfaillissement, door hem eerder aan te stellen. Op deze manier kan de curator zich in rustiger vaarwater oriënteren op zijn rol in het ziekenhuisfaillissement, om vervolgens tot een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement te komen waarbinnen de kwaliteit en continuïteit van de zorg voor patiënten wordt gewaarborgd.

Faillissement zullen niet kunnen worden voorkomen, ook niet in de zorg. Dit is het gevolg van de keuze voor marktwerking in de zorg. Door de rol van de curator binnen de faillissementsprocedure op een zodanige manier vorm te geven dat deze ook aansluiting heeft op de realiteit van een ziekenhuisfaillissement zouden veiligheidsrisico's voor de patiënten, en daarmee maatschappelijke onrust, in de toekomst moeten worden voorkomen.

Bibliografie

Literatuur

Adringa & Driessen, TvI 2019/7

J.W. Adringa & G.R.G. Driessen, 'De stille curator voor de kwakkelende zorginstelling', *TvI* 2019/7, p. 47-48.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2020

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Asser/De Serière 2-IV 2017

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bakkerus 1996

S.O.H. Bakkerus, 'De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator', in: W.E.J. Willink e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: Wolters Kluwer 1996.

Bentfort van Valkenburg & van de Wiel, TvI 2021/23

H.M.D. Bentfort van Valkenburg & J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator', *TvI* 2021/23, p. 178-190.

Brand, NJB 2020/570

L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement. Is het patiëntenbelang naar de huidige wetssystematiek voldoende gediend?', *NJB* 2020/570, afl. 9, p. 602-608.

Buchem-Spapens & Pouw 2018

A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering (Monografieën Privaatrecht nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Busch 2014

D. Busch, *Vermogensbeheer (Monografieën BW nr. B8)*, Deventer: Kluwer 2014.

De Ranitz 1996

S.H. de Ranitz 1996, 'Crediteurenbelang versus 'andere belangen': de taak van de curator nader bezien', in: W.E.J. Willink e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: Wolters Kluwer 1996.

Financiële outlook Nederlandse zorg, waarom nu investeren noodzakelijk is 2022

Deloitte The Netherlands, *Financiële outlook Nederlandse zorg, waarom nu investeren noodzakelijk is*, februari 2022.

Hendriks 2018

A.C. Hendriks, *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht (Mastermonografieën staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Hendriks & Krijnen, NJB 2009/964

A. Hendriks & B. Krijnen, 'Het recht op zorg op verschillende manieren geregeld – maar jegens wie heeft de zorgconsument nu eigenlijk rechten?', *NJB* 2009/964, p. 1264-1272.

Kampers & Lintel, TvI 2017/18

M.W.T. Kampers & I.M.A. Lintel, 'Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement', *TvI* 2017/18, p. 118-123.

Kortmann & Faber 1996

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: W.E.J. Willink e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: Wolters Kluwer 1996.

Meersma, Hekman & Rijken, O&F 2017/25

K. Meersma, T. Hekman & J. Rijken, 'De faillerende zorginstelling', *O&F* 2017/25, afl. 1, p. 69-80.

Onderzoeksraad voor de Veiligheid 2019

Onderzoeksraad voor de Veiligheid (OVV), *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid*, december 2019.

Pannevis 2022

N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Schaink, TvI 2017/22

P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie in zake *FNV c.s./Smallsteps*', *TvI* 2017/22, p. 140-147.

Schreurs, TvI 2020/25

M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiënten: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissement en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25, p. 178-196.

Toebes, AA 2021/70

B. Toebes, 'Gezondheid als mensenrecht', *AA* 2021/70, afl. 3, p. 225-233.

Tollenaar, TvI 2011/23

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack', *TvI* 2011/23.

Van den Bosch, TvOB 2018/4

S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB* 2018/4, p. 86-96.

Van der Pijl, TvI 2021/30

J. van der Pijl, 'Novelle WCO I: een verkeerde stap in de goede richting', *TvI* 2021/30, p. 231-234.

Van Galen, Ondernemingsrecht 2019/21

R. van Galen, 'Het ziekenhuis aan de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2019/21, p. 135-136.

Van Hees, TvI 2004/45

A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45, p. 200-203.

Van Hees, TvI 2015/1

A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1, afl.1, p. 1-4.

Van Zanten, TvI 2021/29

M.R. van Zanten, 'Novelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen', *TvI* 2021/29, p. 227-230.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen, *NJB* 2014/803

F. Verstijlen, 'Pre-packing in het Netherlands', *NJB* 2014/803, p. 1096-1104.

Vriesendorp, *TvI* 1996/5

R. D. Vriesendorp, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 1996/5, p. 140-145.

Wibier 2018

R.M. Wibier, *Het Nederlandse faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Zaal 2014

I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap (Monografieën Sociaal Recht nr. 63) (diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 2014.

Kamerstukken

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

Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT).

Kamerstukken II 2019/20, 31016 nr. 269 (Bijlage).

Kamerstukken II 2019/20, 31016, nr. 282 (Bijlage).

Kamerstukken II 2019/20, 31016 nr. 256 (Bijlage).

Kamerstukken II 2019/20, 31016 nr. 270 (Bijlage).

Handelingen I 2015/16, 34218, 98.

Novelle WCO I, Ontwerp Memorie van Toelichting.

Regelgeving

INSOLAD 2015

INSOLAD Praktijkregels voor beoogd curator, september 2015.

INSOLAD 2019

INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, april 2019.

Instellingsregeling commissie faillissementen ziekenhuizen 2019

Regeling van de Minister voor Medische Zorg en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 19 februari 2019, houdende instelling van de Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen (Instellingsregeling Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen) (*Stcrt.* 2019, 10955).

Jurisprudentie

Rechtbank

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

Hoge Raad

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacon II*).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*).

HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (*Curatoren Mobell/Interplan*).

HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*).

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*Berzona*).

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488 (*Säkaphen*).

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*).

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