

# Het faillissement van een zorginstelling

---

*In hoeverre kan de Nederlandse wetgever bij het aanpassen van de Faillissementswet teneinde de curator het maatschappelijk belang te laten dienen in het faillissement van Nederlandse zorginstellingen bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code als voorbeeld nemen?*

<b>1.</b>	<b>INTRODUCTIE</b>	<b>4</b>
1.1	<i>Inleiding</i>	4
1.2	<i>Hoofd- en deelvragen</i>	5
1.3	<i>Opbouw</i>	5
1.4	<i>Methodologie</i>	6
<b>2.</b>	<b>FAILLISSEMENT SLOTERVAARTZIEKENHUIS EN IJSELMEERZIEKENHUIZEN</b>	<b>8</b>
2.1	<i>Inleiding</i>	8
2.2	<i>Onderzoek naar aanleiding van ziekenhuisfaillissementen</i>	10
2.3	<i>De curator in het faillissement van een zorginstelling</i>	11
2.4	<i>Het maatschappelijk belang bij faillissement van een zorginstelling</i>	12
2.5	<i>Tussenconclusie</i>	16
<b>3.</b>	<b>BELANGEN IN DE FAILLISSEMENTSPROCEDURE</b>	<b>17</b>
3.1	<i>Inleiding</i>	17
3.2	<i>Het belang van de gezamenlijke schuldeisers</i>	18
3.3	<i>Het maatschappelijk belang</i>	22
3.4	<i>Tussenconclusie</i>	25
<b>4.</b>	<b>MAATSCHAPPELIJK BELANG IN FAILLISSEMENTEN VAN AMERIKAANSE ZORGINSTELLINGEN</b>	<b>26</b>
4.1	<i>Inleiding</i>	26
4.2	<i>Bankruptcy Code Chapter 3: Patient Care Ombudsman &amp; automatic stay</i>	28
4.3	<i>Bankruptcy Code Chapter 7: all reasonable and best efforts</i>	32
4.4	<i>Tussenconclusie</i>	35
<b>5.</b>	<b>IMPLEMENTATIE IN NEDERLANDSE FAILLISSEMENTSPROCEDURES</b>	<b>37</b>

5.1	<i>Inleiding</i>	37
5.2	<i>Implementatie van relevante bepalingen uit Amerikaanse Bankruptcy Code in de Nederlandse Faillissementswet</i>	38
<b>6.</b>	<b>CONCLUSIE</b>	<b>44</b>
6.1	<i>Conclusie</i>	44
<b>7.</b>	<b>LITERATUUR</b>	<b>47</b>
<b>8.</b>	<b>JURISPRUDENTIE</b>	<b>52</b>
<b>9.</b>	<b>PARLEMENTAIRE STUKKEN</b>	<b>53</b>
<b>10.</b>	<b>WEBSITE'S</b>	<b>54</b>
<b>11.</b>	<b>BIJLAGEN</b>	<b>55</b>

# 1. INLEIDING

## 1.1 Inleiding

Het ogenschijnlijk ongecontroleerde faillissement van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen in 2018 zorgde voor grote maatschappelijke verontwaardiging. Zorginstellingen zoals deze vervullen immers een cruciale rol en dienen ten aanzien van de zorg voor patiënten een groot maatschappelijk belang. Door het faillissement van deze ziekenhuizen leek het belang van patiënten niet langer op de eerste plek te staan, hetgeen tot een gevaar voor de patiëntveiligheid heeft geleid.<sup>1</sup> Financieel heeft de sector het nog steeds zwaar, winsten lopen terug terwijl het verzuim en verloop onder het personeel al jaren achter elkaar stijgt.<sup>2</sup> Ook de coronacrisis speelt de sector parten. De omzet is gedaald doordat reguliere zorg gedurende enkele maanden niet is aangeboden terwijl een compensatieregeling voor de kosten gemaakt ten behoeve van corona gerelateerde zorgverlening lang uitbleef.<sup>3</sup> Meer faillissementen in de zorgsector zijn dan ook niet ondenkbaar. Omdat faillissementen onderdeel uitmaken van het Nederlandse zorgstelsel – marktwerking moet de zorgsector beter laten presteren -<sup>4</sup> kunnen faillissementen evenmin in zijn geheel voorkomen worden.<sup>5</sup>

Bij toekomstige faillissementen van zorginstellingen dient het maatschappelijk belang beter gewaarborgd te worden dan nu op grond van de Faillissementswet het geval is, zo concludeert onder andere de Onderzoeksraad voor Veiligheid.<sup>6</sup> De Onderzoeksraad voor Veiligheid adviseert de Minister voor Rechtsbescherming tot het aanpassen van de Faillissementswet teneinde ook het maatschappelijk belang in het faillissement van een zorginstelling door de curator te laten dienen. Onduidelijk is echter of de Faillissementswet nu al voldoende ruimte biedt voor het dienen van het maatschappelijk belang bij faillierende zorginstellingen en hoe deze aangepast zou moeten worden. Amerikaanse faillissementswetgeving bevat wel reeds verschillende bepalingen die het maatschappelijk belang in het faillissement van een zorginstelling trachten te dienen. Het doel van deze scriptie is om te analyseren in hoeverre

---

<sup>1</sup> Rapport OvV 2019, p. 9-10 & 95.

<sup>2</sup> Van Lonkhuyzen, NRC 2019 over EY 2019 *Barometer Nederlandse Gezondheidszorg 2019*.

<sup>3</sup> Van Lonkhuyzen, NRC 2020.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2004/2005*, 30 186, 3

<sup>5</sup> Rapport OvV 2019, p. 11 & 13.

<sup>6</sup> Ook de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd pleit ervoor dat een belangenconflict bij de curator nooit in het nadeel van de goede en veilige zorg voor patiënten zou mogen uitpakken maar spreekt hierbij niet specifiek over de faillissementswet. Ook het kabinet doet onderzoek naar het aanpassen van de faillissementswet om het maatschappelijk belang te laten prevaleren. Voor beide zie Brief van de Minister voor Medische Zorg en Sport van 19 juni 2020, 1707265-207068-PZO, p. 1, 10-11, 16, 20-21

bepalingen uit de Amerikaanse faillissementswetgeving als voorbeeld kunnen dienen voor de Nederlandse wetgever bij het aanpassen van de Faillissementswet.

## **1.2 Hoofd- en deelvragen**

Hoofdvraag:

*In hoeverre kan de Nederlandse wetgever bij het aanpassen van de Faillissementswet teneinde de curator het maatschappelijk belang te laten dienen in het faillissement van Nederlandse zorginstellingen bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code als voorbeeld nemen?*

De hoofdvraag bestaat uit vijf deelvragen:

- 1. Hoe wordt omgegaan met de patiëntveiligheid bij faillissementen van Nederlandse zorginstellingen?*
- 2. Wat wordt onder het 'maatschappelijk belang' bij faillissementen van Nederlandse zorginstellingen verstaan?*
- 3. Wat is de verhouding tussen het maatschappelijk belang en het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de Nederlandse faillissementsprocedure?*
- 4. Welke bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code kunnen voor de Nederlandse wetgever als voorbeeld dienen ter aanpassing van de Faillissementswet om het maatschappelijk belang bij faillissementen van zorginstellingen te laten prevaleren?*
- 5. Op welke wijze kunnen aspecten van de relevante bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code geïmplementeerd worden in de Faillissementswet?*

## **1.3 Opbouw**

In hoofdstuk twee beantwoord ik aan de hand van het faillissement van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen de eerste deelvraag. Tevens licht ik in hoofdstuk twee toe wat precies onder het maatschappelijk belang in het geval van een failliete zorginstelling valt en beantwoord ik de tweede deelvraag.

Aan de hand van de Faillissementswet, de wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur zet ik in hoofdstuk drie uiteen in hoeverre op dit moment voor de curator voldoende ruimte bestaat om het maatschappelijk belang in faillissementsprocedures te dienen of deze zelfs te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In dit hoofdstuk beantwoord ik de derde deelvraag.

In hoofdstuk vier bespreek ik bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code die in het teken staan van het maatschappelijk belang bij faillerende zorginstellingen. Aan de hand van de Amerikaanse faillissementswet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur leg ik uit hoe deze bepalingen als voorbeeld kunnen dienen bij aanpassing van de Faillissementswet om het maatschappelijk belang bij faillissementen van zorginstellingen te laten prevaleren. In hoofdstuk vier geef ik antwoord op de vierde deelvraag.

Op grond hiervan zet ik in hoofdstuk vijf uiteen hoe deze bepalingen door de Nederlandse wetgever in de Faillissementswet geïmplementeerd kunnen worden en bespreek ik of dit aan het advies van de Onderzoeksraad voor Veiligheid voldoet. Deelvraag vijf beantwoord ik in dit hoofdstuk.

Ten slotte geef ik in de conclusie antwoord op de vraag in hoeverre de Nederlandse wetgever bij aanpassing van de Faillissementswet bepalingen uit de Amerikaanse Bankruptcy Code als voorbeeld kan nemen om de curator het maatschappelijk belang in het geval van Nederlandse faillerende zorginstellingen beter te laten dienen.

## **1.4 Methodologie**

De rapporten van de Onderzoeksraad voor Veiligheid en Commissie van Manen vormen het startpunt van deze scriptie en gebruik ik voor het beantwoorden van de eerste en tweede deelvraag.<sup>7</sup> De rapporten zijn zeer uitgebreid en gedetailleerd ten aanzien van de wijze waarop met de patiëntveiligheid in de faillissementsprocedure van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen is omgegaan. Daarnaast bevatten de rapporten verwijzingen naar de

---

<sup>7</sup> Rapport OvV 2019; Rapport CvM 2020.

meest relevante kamerstukken (onder andere dossier 31 016 ‘*Ziekenhuiszorg*’) en toepasselijke wetgeving nodig voor het schrijven van deze scriptie. Op basis van de rapporten van de Onderzoeksraad voor Veiligheid en Commissie van Manen en de kamerstukken uit dossier 31 016 wil ik definiëren wat onder het maatschappelijk belang bij het faillissement van zorginstellingen verstaan wordt. Voor het beantwoorden van de derde deelvraag bestudeer ik hoofdzakelijk de Faillissementswet zelf alsmede de wetsgeschiedenis uit de pen van Van der Feltz.<sup>8</sup> Aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad analyseer ik hoe de heersende leer ten aanzien van het maatschappelijk belang zich ontwikkelt. De voor deelvraag drie relevante literatuur wil ik via legal intelligence en de universiteitsbibliotheek vinden door gebruik te maken van wisselende trefwoorden. Op gevonden literatuur pas ik ook de sneeuwbalmethode toe. Deelvragen vier en vijf zijn rechtsvergelijkend van aard. Het rapport NJHA 2009 is de basis voor mijn kennis over het Amerikaanse faillissementsrecht ten aanzien van faillerende zorginstellingen<sup>9</sup>. Dit rapport verwijst naar de meest relevante, te bestuderen bepalingen uit de Bankruptcy Code. Amerikaanse literatuur zoek ik via SSRN, HeinOnline en de universiteitsbibliotheek aan de hand van wisselende trefwoorden. Op gevonden Amerikaanse literatuur pas ik ook de sneeuwbalmethode toe. Naar aanleiding van het bestuderen van de literatuur zoek ik gericht naar de relevante Amerikaanse jurisprudentie.

---

<sup>8</sup> Van der Feltz I; Van der Feltz II.

<sup>9</sup> NJHA 2009.

## **2. FAILLISSEMENT SLOTERVAARTZIEKENHUIS EN IJSSELMEERZIEKENHUIZEN**

### **2.1 Inleiding**

Op 23 oktober 2018 vroegen zowel het Slotervaartziekenhuis als de IJsselmeerziekenhuizen (tezamen: de Ziekenhuizen) surseance van betaling aan. Diezelfde dag werden bewindvoerders aangesteld. Al geruime tijd hadden de Ziekenhuizen te maken met een terugloop van patiëntenaantallen, hetgeen zorgde voor een financieel instabiele situatie. Ook speelde bestuurlijke en personele onrust de Ziekenhuizen parten. De bestuurlijke onrust werd mede veroorzaakt door het feit dat twee van de drie aandeelhouders van de Ziekenhuizen zitting hadden in de beide ziekenhuisbesturen. Hoewel de aandelen werden gehouden door verschillende holdings, waren de Ziekenhuizen uiteindelijk in handen van dezelfde personen.<sup>10</sup> De maanden voor het aanvragen van surseance onderhandelden de besturen van de Ziekenhuizen met het Zilveren Kruis (de Zorgverzekeraar), die binnen de Ziekenhuizen een marktaandeel had van bijna 60%. Hiermee hoopte de besturen een uitweg uit de financieel benarde situatie te vinden en surseance dan wel faillissement te voorkomen. De penibele (financiële)situatie is in de maanden voorafgaand aan het aanvragen van surseance niet onopgemerkt gebleven. Zo werd de Zorgverzekeraar benaderd door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) om uitleg te geven over hoe de Zorgverzekeraar invulling gaf aan zijn zorgplicht jegens de verzekerden in de Ziekenhuizen, en kwamen de Ziekenhuizen zelf onder verscherpt toezicht van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) te staan.<sup>11</sup>

In de maanden voorafgaand aan het aanvragen van surseance hebben de besturen van de Ziekenhuizen altijd bedrijfscontinuïteit als uitgangspunt genomen. De focus lag op de transitie naar een financieel gezonde bedrijfsvoering en dit was dan ook het uitgangspunt dat de besturen uitdroegen in gesprekken met de betrokken stakeholders zoals de Zorgverzekeraar, de IGJ en ING (huisbankier).<sup>12</sup> Op 12 oktober 2018 – elf dagen voor het aanvragen van surseance – meldde de besturen nog aan de IGJ dat zij in goed gesprek waren met de Zorgverzekeraar en dat zij niet uitgingen van een faillissement dan wel surseance.<sup>13</sup> Mede omdat er aan de kant van de Ziekenhuizen nog hoop was op transitie naar een financieel gezonde toekomst, werd met de

---

<sup>10</sup> Rapport CvM 2020, p. 5.

<sup>11</sup> Rapport OvV 2019, p. 61-62 & 67-68.

<sup>12</sup> Rapport OvV 2019, p. 7, 50, 53 & 56.

<sup>13</sup> Rapport OvV 2019, p. 62.



media en omliggende ziekenhuizen nauwelijks informatie gedeeld over de financiële problemen.<sup>14</sup> Geluiden over de financiële problematiek zouden de kans op een succesvolle transitie immers verkleinen. Ook werd, mede vanwege de nagestreefde bedrijfscontinuïteit, slechts zeer beperkt voorbereid op de situatie waarin faillissement of surseance wel zou intreden.<sup>15</sup>

Helaas bleek de realiteit voor de Ziekenhuizen minder positief dan gehoopt. Nadat de Zorgverzekeraar voor een tweede maal het verzoek om financiële ondersteuning van de Ziekenhuizen had afgewezen, bleek de nagestreefde doelstelling van bedrijfscontinuïteit niet haalbaar.<sup>16</sup> Op 17 oktober 2018, slechts vijf dagen nadat aan de IGJ was medegedeeld dat bedrijfscontinuïteit nog steeds het uitgangspunt was, werd aan de Zorgverzekeraar gevraagd om (financieel) mee te werken aan een vier maanden durend afbouwplan van de zorg in de Ziekenhuizen. In ieder geval de zorg in het Slotervaartziekenhuis zou volgens dit plan volledig worden afgebouwd zodat uiteindelijk kon worden overgegaan tot liquidatie van de vermogensbestanddelen. De Zorgverzekeraar had tegen dit plan echter verschillende bezwaren en achtte een faillissement voordeliger voor zowel zichzelf als de premiebetaler.<sup>17</sup> Het afbouwplan werd dan ook afgewezen. Daarbovenop besloot de Zorgverzekeraar over te gaan tot verrekening van de openstaande vorderingen met de door de Ziekenhuizen ingediende declaraties. Hierdoor zouden de Ziekenhuizen gedurende twee maanden van de Zorgverzekeraar geen inkomsten ontvangen terwijl de zorg die aan de basis stond van deze declaraties nog wel verleend moest worden. Hierdoor zagen de besturen op 23 oktober 2018 geen andere oplossing dan het aanvragen van surseance. De periode van surseance duurde echter niet lang, twee dagen later verzochten de bewindvoerders om de surseance om te zetten in een faillissement. Er waren onvoldoende liquide middelen beschikbaar en onder andere de salarissen van personeelsleden konden niet langer betaald worden. Er was geen vooruitzicht dat de gezamenlijke crediteuren binnen redelijke tijd voldaan konden worden.<sup>18</sup> Op 25 oktober 2018 worden de Ziekenhuizen door de Rechtbank Amsterdam respectievelijk Midden-Nederland failliet verklaard.

---

<sup>14</sup> Rapport OvV 2019, p. 59-60.

<sup>15</sup> Rapport OvV 2019, p. 55-56.

<sup>16</sup> Rapport OvV 2019, p. 50-51.

<sup>17</sup> Rapport OvV 2019, p. 50-51.

<sup>18</sup> Het vooruitzicht dat de schuldenaar na verloop van tijd niet in staat zal zijn om zijn schuldeisers te bevredigen is een van de redenen voor intrekking van de surseance, zie artikel 242 lid 1 onder 5 Fw.

## 2.2 Onderzoek naar aanleiding van ziekenhuisfaillissementen

Het faillissement van de Ziekenhuizen zorgde voor veel maatschappelijke onrust. Personeelsleden en patiënten hadden het gevoel ‘hun’ ziekenhuis kwijt te raken waar zij vaak al tientallen jaren werkten of kwamen.<sup>19</sup> Veel essentiëler was echter de onzekerheid op het gebied van de continuering van zorg en patiëntveiligheid, de belangrijkste factoren in het veroorzaken van de grote maatschappelijke onrust.<sup>20</sup> Om te achterhalen waarom nauwelijks was voorbereid op het faillissement alsmede om de feitelijke oorzaak hiervan te onderzoeken, zijn naar aanleiding van het faillissement - buiten het faillissementsonderzoek van de twee verschillende curatoren - drie verschillende onderzoeken ingesteld.<sup>21</sup> Allereerst heeft de Minister voor Medische Zorg en Sport op verzoek van de Tweede Kamer een onafhankelijke onderzoekscommissie aangesteld, de Commissie Van Manen (CvM), om de gang van zaken rond het faillissement te onderzoeken en hierop voortbordurend aanbevelingen te doen. Daarnaast besloot ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV) een onderzoek in te stellen naar de patiëntveiligheid in de periode voorafgaand aan en na het uitspreken van het faillissement. Tot slot heeft ook de IGJ een onderzoek uitgevoerd naar de kwaliteit van zorgverlening nadat faillissement was ingetreden. Inmiddels zijn de drie onderzoeken afgerond en de daarop gebaseerde rapporten openbaar gemaakt.<sup>22</sup>

Zowel de CvM, OvV als de IGJ komen in hun rapport tot de conclusie dat er bij het faillissement van de Ziekenhuizen veel fout is gegaan.<sup>23</sup> Voorafgaand aan het faillissement is er te lang gewacht met het uitwerken van faillissementsscenario's doordat betrokken partijen zich niet op tijd realiseerden – dan wel wilden realiseren - dat het niet goed zou komen. Hierbij focusten alle betrokkenen te veel op hun eigen verantwoordelijkheid in plaats van dat zij het bredere maatschappelijk belang probeerden te dienen en mogelijk zelfs oog hadden voor de verantwoordelijkheden van andere betrokkenen. Terwijl de Ziekenhuizen en de Zorgverzekeraar zich moesten voorbereiden op de afbouw van de zorg werden voornamelijk plannen gemaakt die zagen op bedrijfscontinuering. Door het intreden van het faillissement ontstond derhalve bij de afbouw van zorg een chaotische situatie die resulteerde in een verhoogd risico voor de patiëntveiligheid.

---

<sup>19</sup> Van den Brink, NOS 2019

<sup>20</sup> Rapport OvV 2019, p. 18.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 2018, 31 016, 175.

<sup>22</sup> Zie Rapport CvM 2020; Rapport OvV 2019; Rapport IGJ 2019.

<sup>23</sup> Voor samenvatting zie Rapport CvM 2020, p. 117-123; Rapport OvV 2019, p. 93-97; Rapport IGJ 2019, p. 38-43.

### 2.3 De curator in het faillissement van een zorginstelling

Door het intreden van het faillissement doet zich een bijzondere situatie voor: van de één op de andere dag nemen de curatoren in de Ziekenhuizen de leiding over van het bestuur. Zowel de CvM als OvV constateren dat hierdoor een spanningsveld is ontstaan.<sup>24</sup> Aan de ene kant dient de curator - op grond van artikel 68 Fw - het belang van de gezamenlijke crediteuren, terwijl aan de andere kant het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Ministerie VWS) en de IGJ concluderen dat de curator tevens verantwoordelijk is voor de kwaliteit en veiligheid van (de afbouw van) patiëntenzorg.<sup>25</sup> Dat de curator door het Ministerie VWS en de IGJ een dergelijke verantwoordelijkheid krijgt toebedeeld is op zijn zachtst gezegd opmerkelijk te noemen omdat hiervoor geen wettelijke basis bestaat. Mocht een wettelijke verantwoordelijkheid bestaan die de curator ertoe verplicht beide belangen te behartigen, ontstaan problemen gezien de conflicterende aard van beide belangen. Het belang van de gezamenlijke crediteuren zal mogelijk directe stopzetting van alle zorgactiviteiten vereisen zodat verdere uitgaven worden voorkomen en kan worden overgegaan tot liquidatie van de vermogensbestanddelen. Alleen als de kans op een doorstart wordt vergroot zal voortzetting van de activiteiten mogelijk in het belang van de gezamenlijke crediteuren zijn. De curatoren kunnen patiënten echter niet zomaar dezelfde dag nog op straat zetten en stoppen met het leveren van zorg omdat benodigde middelen niet (kunnen) worden aangeschaft of inmiddels ten behoeve van de boedel geliquideerd zijn.

De OvV constateert in zijn rapport dat de curatoren in het faillissement van de Ziekenhuizen niet slechts in het belang van de gezamenlijke crediteuren hebben gehandeld maar zich ook hebben ingezet voor de veilige zorg voor patiënten. Tegelijkertijd stelt de OvV vast dat het allesbehalve een zekerheid is dat curatoren in een faillissement zoals dat van de Ziekenhuizen, het maatschappelijk belang laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>26</sup> Er bestaat daartoe immers geen wettelijke verplichting, integendeel zelfs. Indien crediteuren van mening zijn dat hun belang onvoldoende door de curatoren is gediend kunnen zij hen op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) persoonlijk aansprakelijk stellen.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Rapport CvM 2020, p. 95-97 & 112; Rapport OvV 2019, p. 76-87, 95 & 97.

<sup>25</sup> Rapport Ministerie VWS 2017, p. 15; Rapport IGJ 2019, p. 39.

<sup>26</sup> Rapport OvV 2019, p. 95.

<sup>27</sup> Voor persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren gelden andere rechtsregels dan voor een 'normale onrechtmatige daad'; HR 19 april 1996, NJ 1996/727.

Hoewel veel curatoren de morele verplichting zullen voelen om in het geval van het faillissement van een zorginstelling het maatschappelijk belang zwaarder te laten wegen dan het belang van de gezamenlijke crediteuren, is het ontbreken van een wettelijke verplichting daartoe problematisch. De OvV erkent dit probleem en adviseert in zijn rapport de Minister voor Rechtsbescherming om het faillissementsrecht op dit gebied aan te passen: in het geval van het faillissement van een ziekenhuis dient de curator het maatschappelijk belang te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, niet op grond van een morele overweging maar op grond van een wettelijke verplichting.<sup>28</sup> Maar op welk maatschappelijk belang doelt de OvV hier precies? En hoe kunnen curatoren daartoe – onder meer financieel – in staat worden gesteld?

## 2.4 Het maatschappelijk belang bij faillissement van een zorginstelling

De curator is op grond van de Faillissementswet primair belast met het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers; door maximale boedelomvang te realiseren kan de curator de gezamenlijke schuldeisers naar rato zo veel mogelijk uitkeren.<sup>29</sup> Bij het faillissement van een zorginstelling wordt de curator echter ook geconfronteerd met een zwaarwegend maatschappelijk belang. Zorginstellingen zijn immers vitale dienstverleners en vervullen in die hoedanigheid – jegens (potentiële) patiënten - een belangrijke maatschappelijke functie.<sup>30</sup> Het maatschappelijk belang ten aanzien van patiënten bij een faillerende zorginstelling bestaat uit twee onderdelen: allereerst de toegankelijkheid en continuïteit van zorgverlening in de regio van de gefailleerde zorginstelling, en ten tweede de verantwoordelijkheid voor de kwalitatief goede zorg voor patiënten van de gefailleerde zorginstelling.<sup>31</sup> Ondanks dit zwaarwegende maatschappelijk belang kunnen faillissementen onder zorginstellingen niet in zijn geheel voorkomen worden. Sinds marktwerking in de zorgsector in 2006 het uitgangspunt werd, zijn zorginstellingen immers zelf verantwoordelijk voor hun financiële beleid.<sup>32</sup> Ook de Tweede Kamer erkent dat zorginstellingen die in financiële problemen verkeren, ondanks het spelende

---

<sup>28</sup> Rapport OvV 2019, p. 15-16 & 96-97.

<sup>29</sup> HR 8 november 1963, NJ 1964/144; HR 8 juni 1971, NJ 1971/414.

<sup>30</sup> Er is (ook bij een faillerende zorginstelling) een groot scala aan (mogelijke) spelende maatschappelijke belangen, zie hiervoor Van Zanten 2012, p. 31-32. Voorbeelden zijn behoud cultureel erfgoed, stimuleren plaatselijke/regionale ontwikkeling en werkgelegenheid (zie ook HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643). Al deze (overige) onderdelen van het maatschappelijk belang worden in deze scriptie niet besproken. Deze scriptie focust op het aspect van het maatschappelijk belang dat het meest uniek is aan het faillissement van een zorginstelling, het belang van de patiënt. Als ik over het maatschappelijk belang spreek wordt hiermee louter het maatschappelijk belang ten aanzien van patiënten bedoeld. Zie hierover ook Rapport OvV 2019, p. 16: *'het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten'*.

<sup>31</sup> Dat het maatschappelijk belang ten aanzien van patiënten bij faillerende zorginstellingen uit deze twee aspecten bestaat baseer ik op analyse van meerdere bronnen; zie Rapport OvV 2019, p. 16, 23-25 & Bijlage C, p. 106-110; Rapport CvM 2020, p. 101-102; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, 10, onder 4; bevestiging van deze analyse vind ik in Schreurs TvI 2020/25, p. 179.

<sup>32</sup> *Kamerstukken II* 2004/2005, 30 186, 3.

zwaarwegende maatschappelijk belang, niet van faillissement gered moeten worden. Dit zou immers ontwikkeling in de sector tegengaan, concurrentievervalsing werken, en ten koste gaan van de belastingbetaler.<sup>33</sup> Wel moeten faillissementen in de zorgsector zo veel mogelijk voorkomen worden, en indien faillissement wel intreedt dient het maatschappelijk belang zo min mogelijk beschadigd te raken. Indien dit maatschappelijk belang in het geval van een failliete zorginstelling niet (voldoende) gediend wordt levert dit voor de patiënten mogelijk een gevaar op;<sup>34</sup> een dergelijk verstrekking gevolg speelt in andere faillissementen in beginsel niet.

Zoals hierboven beschreven bestaat het eerste aspect van het maatschappelijk belang bij een faillierende zorginstelling uit de toegankelijkheid en continuïteit van zorgverlening in de regio waar de faillierende zorginstelling zich bevindt.<sup>35</sup> De continuïteit en toegankelijkheid van zorgverlening ziet niet primair op het voortbestaan van een specifieke zorginstelling, zoals in dit geval de Ziekenhuizen, maar op de continuïteit en toegankelijkheid van de gezondheidszorg in de regio waar de faillierende zorginstelling is gevestigd.<sup>36</sup> Hierbij hanteert het Ministerie VWS de 45-minuten-norm: patiënten moeten binnen 45 minuten toegang hebben tot cruciale zorg bestaande uit onder andere spoedeisende eerste hulp en acute verloskunde.<sup>37</sup> Indien een specifieke zorginstelling ten aanzien van het leveren van cruciale zorg binnen die 45-minuten-norm niet essentieel is, kan deze zorginstelling in beginsel failliet gaan zonder dat daarbij het eerste aspect van het maatschappelijk belang wordt geschaad.<sup>38</sup>

*Ter illustratie, in de regio Amsterdam komt dit aspect van het maatschappelijk belang minder snel in gevaar door de aanwezigheid van dertien andere zorginstellingen die de zorg van het Slotervaartziekenhuis konden overnemen, terwijl dit in regio Flevoland met slechts vijf zorginstellingen die zorg overnamen van de IJsselmeerziekenhuizen waarschijnlijk eerder een probleem zal zijn.<sup>39</sup>*

De verantwoordelijkheid voor dit aspect van het maatschappelijk belang bij faillierende zorginstellingen lijkt niet bij de curator te liggen. Hoewel de Rijksoverheid – door het scheppen van randvoorwaarden en het houden van toezicht op de zorgverzekeraars –<sup>40</sup> theoretisch

---

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2004/2005, 30 186, 3; Kamerstukken II 2010/11, 32 620, 10.

<sup>34</sup> Rapport OvV 2019, p. 13-14.

<sup>35</sup> Zie Rapport OvV 2019, p. 23-25 & Bijlage C, p. 106-110; Rapport CvM 2020, p. 101-102; Kamerstukken II 2010/11, 32 620, 10, onder 4; Schreurs TvI 2020/25, p. 179.

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2018/19, 31 016, 146.

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2018/19, 31 016, 146.

<sup>38</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 620, 10.

<sup>39</sup> Rapport OvV 2019, p. 20-21.

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32 620, 10.

eindverantwoordelijk is voor dit aspect van het maatschappelijk belang, lijkt de verantwoordelijkheid in de praktijk hoofdzakelijk bij de zorgverzekeraars te liggen.<sup>41</sup> Artikel 11 lid 1 Zorgverzekeringswet geeft invulling aan de verantwoordelijkheid van zorgverzekeraars ten aanzien van de toegankelijkheid en continuïteit van zorgverlening door het wettelijk vastleggen van een zorgplicht.<sup>42</sup>

*Artikel 11 lid 1 Zorgverzekeringswet:*

*De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:*

*a. de zorg of de overige diensten waaraan hij behoefte heeft, of*

*b. vergoeding van de kosten van deze zorg of overige diensten alsmede, desgevraagd, activiteiten gericht op het verkrijgen van deze zorg of diensten.*

Zorgverzekeraars hebben op grond van sub a van deze bepaling jegens de bij hen verzekerde patiënten de verantwoordelijkheid om zorg te dragen voor de toegankelijkheid van de benodigde zorg. Aan de zorgplicht van zorgverzekeraars wordt door verschillende regelingen verder inhoudelijk invulling gegeven.<sup>43</sup> Het al dan niet laten voortbestaan van zorginstellingen, zoals de Ziekenhuizen, is voor het invullen van deze zorgplicht op zichzelf irrelevant. Zorgverzekeraars dienen te zorgen voor de toegankelijkheid en continuïteit van zorg, ongeacht door welke instelling deze zorg geboden wordt. De Zorgverzekeraar heeft in het geval van de Ziekenhuizen zijn zorgplicht getracht te vervullen door voorafgaand aan het faillissement de capaciteit van het zorgaanbod in de betreffende regio's te ramen. Toen de Zorgverzekeraar tot de conclusie kwam dat er in de desbetreffende regio's ook zonder de Ziekenhuizen voldoende zorgcapaciteit was, zag de Zorgverzekeraar voor zichzelf geen rol ten aanzien van de afbouw of voortzetting van de zorg in de Ziekenhuizen. Ondanks het faillissement van de Ziekenhuizen kwam de toegankelijkheid en continuïteit van zorg in de regio's immers niet in het geding en kon de Zorgverzekeraar gewoon aan zijn zorgplicht jegens patiënten blijven voldoen.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 763, 3, p. 28-34; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, 10; ook zorgaanbieders hebben overigens een verantwoordelijkheid voor de continuïteit van zorgverlening op grond van afdeling 5 boek 7 BW en de wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz); zie Rapport OvV 2019, p. 11-12; zie voor zowel verantwoordelijkheid zorgverzekeraars als zorgaanbieders ook Schreurs TvI 2020/25, p. 179-180.

<sup>42</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, 10.

<sup>43</sup> Zie hiervoor Schreurs TvI 2020/25, p. 179-180 over artikel 2.1(2) Besluit zorgverzekering en artikel 13(5) en 14 Zorgverzekeringswet.

<sup>44</sup> Rapport OvV 2019, p. 11-12.

Het tweede aspect van het maatschappelijk belang is de verantwoordelijkheid voor de kwalitatief goede zorg voor patiënten die zich op het moment van faillietverklaring in de faillierende zorginstelling bevinden (ik spreek ook wel over de patiëntveiligheid).<sup>45</sup> Deze verantwoordelijkheid bestaat uit het zorgdragen voor een zorgvuldige en veilige afbouw dan wel voortzetting van de zorg in de failliete zorginstelling. De verantwoordelijkheid voor dit tweede aspect van het maatschappelijk belang bij faillierende zorginstellingen wordt, in tegenstelling tot het eerste aspect, door het Ministerie VWS, IGJ, de Commissie CvM, en de OvV wél bij de curator neergelegd.<sup>46</sup> De instanties laten daarbij echter na om de (juridische) grond te benoemen waarop ze deze verantwoordelijkheid van de curator baseren. Zo moet de curator volgens het Ministerie VWS *‘acht slaan op belangen van maatschappelijke aard’* en *‘zich er van vergewissen dat voortzetting dan wel afbouw op een voor de patiënt veilige en verantwoorde wijze plaatsvindt’*. De OvV zegt hierover *‘Tegelijkertijd moesten de curatoren ervoor zorgen dat de afbouw, dan wel doorstart van de zorg, op een voor de patiënt veilige en verantwoorde wijze plaatsvond.’* Niet alleen laten het Ministerie VWS en de OvV na om enige (rechts)bron te noemen en aan te geven op welke bepalingen uit de Faillissementswet ze deze verantwoordelijkheid baseren, ook maken ze gebruik van zeer vage terminologie. Want wat houdt *‘op verantwoorde wijze’* precies in? Dat de curator – mits in het belang van de boedel -<sup>47</sup> de bevoegdheid heeft om de zorginstelling voort te zetten klopt, dit blijkt ook uit artikel 98 Fw. Bij het nemen van deze beslissing zal de curator zich echter niet laten leiden door de belangen van patiënten, hij zal een afweging maken aan de hand van de verlieslatendheid van de exploitatie en het zicht op een rendabele doorstart van de zorginstelling.<sup>48</sup> Uit artikel 98 Fw blijkt ook geen aanvullende verantwoordelijkheid ten aanzien van een ander belang dan dat van de gezamenlijke schuldeisers. Indien de curator er inderdaad voor kiest om de activiteiten voort te zetten, dan wordt hij volgens het Ministerie VWS eindverantwoordelijk voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg en is hij tevens eerste aanspreekpunt voor toezichthouders.<sup>49</sup> Een dergelijke verantwoordelijkheid is echter niet in artikel 98 Fw - noch enig ander artikel - terug te vinden.

---

<sup>45</sup> Zie Rapport OvV 2019, p. 23-25 & Bijlage C, p. 106-110; Rapport CvM 2020, p. 101-102; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, 10, onder 4; de verantwoordelijkheid voor kwalitatief goede zorg bestaat ook al voor het intreden van faillissement en ligt – o.a. op grond van artikel 2 Wkkgz en 7:453 BW - hoofdzakelijk bij de zorgaanbieders; zie voor beide ook Schreurs TvI 2020/25, p. 179-180.

<sup>46</sup> Ministerie VWS 2017, p. 15-16; Rapport IGJ 2019, p. 7; Rapport CvM 2020, p. 72-74; Rapport OvV 2019, p. 77; let op: CvM en OvV verwijzen naar Ministerie VWS en IGJ als bron.

<sup>47</sup> Verstijlen 2019-3.

<sup>48</sup> Ministerie VWS 2017, p. 15

<sup>49</sup> Ministerie VWS 2017, p. 15-16.

## 2.5 Tussenconclusie

Het maatschappelijk belang bij het faillissement van een zorginstelling bestaat uit twee onderdelen: allereerst de toegankelijkheid en continuïteit van zorgverlening in de regio van de gefailleerde zorginstelling, en ten tweede de verantwoordelijkheid voor de kwalitatief goede zorg voor patiënten van de gefailleerde zorginstelling. De verantwoordelijkheid voor het tweede aspect van het maatschappelijk belang wordt, door het Ministerie VWS, IGJ, de Commissie CvM, en de OvV, bij de curator neergelegd. De curatoren lijken in het geval van de Ziekenhuizen in hun belangenafweging het maatschappelijk belang – in ieder geval in de eerste maanden – voorop te hebben gesteld.<sup>50</sup> Het Ministerie VWS en de OvV zijn van mening dat curatoren bij het faillissement van zorginstellingen tot het maken van een dergelijke belangenafweging verplicht zijn. Waar zij deze verplichting op baseren – anders dan een morele overweging - blijkt echter niet. Op grond van de Faillissementswet lijkt een dergelijke verplichting niet te bestaan. In het geval van een faillerende zorginstelling zouden curatoren mijns inziens het maatschappelijk belang moeten laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Indien curatoren dit niet zouden doen en in het belang van de gezamenlijke schuldeisers over zouden gaan tot plotselinge sluiting van de zorginstelling, zou dit letterlijk fatale gevolgen kunnen hebben.

---

<sup>50</sup> Rapport OvV 2019, p. 95; Rapport IGJ 2019, p. 39.



### 3. BELANGEN IN DE FAILLISEMENTSPROCEDURE

#### 3.1 Inleiding

Naar aanleiding van het advies van de OvV rijst de vraag of er in de huidige Nederlandse Faillissementswet ruimte is om het maatschappelijk belang te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het oorspronkelijke doel van de Faillissementswet zag immers alleen op het dienen van het schuldeisersbelang. Dit blijkt uit de geschiedenis van de in 1896 inwerking getreden Faillissementswet: de instelling van de Faillissementswet beoogt bij de staking van betaling door de schuldenaar, zijn vermogen op een eerlijke wijze en met eerbiediging van ieders recht onder zijn schuldeisers te verdelen. Het gehele samenstel van bepalingen in de Faillissementswet heeft geen ander doel dan deze eerlijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen of te bewerkstelligen.<sup>51</sup> Anders gezegd: de oorspronkelijke faillissementsprocedure is erop gericht het vermogen van de schuldenaar te liquideren en de opbrengst hiervan te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers overeenkomstig ieders rang. Het dienen van het maatschappelijk belang speelde in de doelstelling van de oorspronkelijke Faillissementswet geen rol.<sup>52</sup>

Rechtsopvattingen kunnen in de loop der jaren echter veranderen, zo ook de rechtsopvatting ten aanzien van de Faillissementswet.<sup>53</sup> Hetgeen de Nederlandse wetgever (Wetgever) in 1893 voor ogen had hoeft niet hetzelfde te zijn als de rol die de Faillissementswet in 2020 speelt. De faillissementsprocedure lijkt de laatste jaren een steeds uitgebreidere rol te vervullen en wordt niet langer slechts voor de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers gebruikt.<sup>54</sup> Deze ontwikkeling manifesteert zich bijvoorbeeld in het wetgevingsprogramma ‘Herijking faillissementsrecht’ dat onder andere wil voorzien in ‘*tijdige herstructurering*’.<sup>55</sup> Steeds vaker wordt het faillissement ingezet als middel om te saneren, reorganiseren en herstructureren. Hierbij wordt getracht door liquidatie van de schuldenaar de levensvatbare onderdelen in een andere juridische entiteit weer mee te laten doen aan het economisch verkeer.<sup>56</sup> Tevens is er steeds meer aandacht voor sanering aan de passiefzijde, waar door het sluiten van akkoorden met schuldeisers schulden worden geherstructureerd. Een

---

<sup>51</sup> Van der Feltz I, p. 27.

<sup>52</sup> Getuige het feit dat het maatschappelijk belang niet wordt genoemd op essentiële punten in de memorie van toelichting; Van der Feltz I, p. 27, 302, 339; Van der Feltz II, p. 9.

<sup>53</sup> Kortmann 1999, p. 9-11.

<sup>54</sup> Verstijlen 1998, p. 29-30.

<sup>55</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, 18.

<sup>56</sup> Vriesendorp 2013, p. 136-138.

voorbeeld hiervan is het zeer recente (en inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen) Wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA).<sup>57</sup>

Ook jurisprudentie ten aanzien van het maatschappelijk belang in faillissementsprocedures is in ontwikkeling: in verschillende faillissementszaken was het al dan niet laten prevaleren van het maatschappelijk belang boven het belang van de individuele schuldeiser(s) het onderwerp van geschil.<sup>58</sup> Hoewel de Faillissementswet nog niet concreet voorziet in het dienen van het maatschappelijk belang, blijkt het maatschappelijk belang toch al in enkele arresten van de Hoge Raad bij de taakuitoefening door de curator als uitgangspunt te zijn genomen.<sup>59</sup> Het oorspronkelijke absolute primaat van het belang van de gezamenlijke schuldeisers lijkt de tand des tijds dan ook niet volledig doorstaan te hebben. Het maatschappelijk belang is in de belangenafweging van de curator door de jaren heen steeds belangrijker geworden.

### **3.2 Het belang van de gezamenlijke schuldeisers**

De curator is op grond van artikel 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Met het beheer van de failliete boedel behartigt de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers, zo bevestigt de memorie van toelichting (MvT), het beheer heeft immers altijd tot doel om de rechten van de schuldeisers te handhaven.<sup>60</sup> Belangrijk is om hierbij op te merken dat de curator niet de belangen behartigt van de individuele schuldeisers doch slechts van hen als collectief.<sup>61</sup> De curator tracht de vorderingen van de individuele schuldeisers overeenkomstig ieders rang tot een zo hoog mogelijk bedrag te voldoen. Indien de curator naast het belang van de gezamenlijke schuldeisers ook andere belangen dient, zoals maatschappelijke of die van de schuldenaar, moeten deze ondergeschikt blijven aan, en leiden tot, het grootste voordeel voor de boedel (die weer de gezamenlijke schuldeisers ten goede komt).<sup>62</sup> De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn daarmee dus uitgangspunt.

---

<sup>57</sup> Het wetsvoorstel is inmiddels in behandeling in de Eerste Kamer, *Kamerstukken I* 2019/2020, 35 249, B; zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, 18.

<sup>58</sup> Van Zanten 2012, p. 31-32.

<sup>59</sup> Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472; HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727; HR 4 oktober 2019, *RvdW* 2019/1028; HR 17 april 2020, *NJ* 2020/234.

<sup>60</sup> Van der Feltz I, p. 374.

<sup>61</sup> Verstijlen 1998, p. 104.

<sup>62</sup> Verstijlen 1998, p. 104-105; Bevestiging in Verstijlen 2019.

Uit de Faillissementswet valt ook af te leiden dat de curator zich moet bezighouden met het behartigen van specifieke schuldeisersbelangen. Op basis van artikel 57 lid 3 Fw behartigt de curator de belangen van schuldeisers die op grond van artikel 3:284/285 BW of artikel 21 lid 2 Invorderingswet 1990 een voorrecht hebben dat boven dat van de pand- en hypotheekhouders gaat. Nergens in de Faillissementswet vind ik een vergelijkbare wettelijke bepaling die de curator verplicht enig maatschappelijk belang te ‘*behartigen*’.<sup>63</sup> Op grond van de Faillissementswet bestaat er voor de curator geen ruimte om in het geval van het faillissement van een zorginstelling het maatschappelijk belang van patiëntveiligheid boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te plaatsen.

Bovenstaande constatering wordt na lezing van de MvT over het doel van de oorspronkelijke Faillissementswet bevestigd: “*het faillissement is een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeisers.*”, “*Van benadeeling of tegenstrijdig belang van dezen of genen schuldeischer kan dus geen sprake zijn.*”.<sup>64</sup> Het faillissement is een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar en heeft als doel dit vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst overeenkomstig ieders rang te verdelen, zo blijkt uit de MvT.<sup>65</sup> Het faillissementsrecht tracht alle verhaalsacties bij één functionaris te collectivieren, zo bevestigt artikel 25 Fw. Omdat individueel optredende schuldeisers volgens de MvT voor “*moeilijkheden*” zouden zorgen, is de curator op grond van dit artikel degene die de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt. Hoewel wettelijk gezien de curator slechts de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen, brengt dit volgens de MvT de facto wel mee dat hij vanaf het moment van faillietverklaring ook de belangen van de schuldenaar behartigt.<sup>66</sup>

Dat de curator zich bij het vervullen van zijn taak dient te richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers – zoals is gebleken uit de Faillissementswet en de wetsgeschiedenis - is ook in de rechtspraak meermaals bevestigd. Reeds in 1910 oordeelde de Hoge Raad over het feit dat de curator het faillissement overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak moet

---

<sup>63</sup> Verstijlen 1998, p. 149; Verstijlen concludeert dat de wetgever de curator geen taak heeft ‘*toebedacht op het terrein van de maatschappelijke belangen*’. Inmiddels heeft de curator op grond van artikel 68 lid 2 sub a-c Fw wel enige maatschappelijke verantwoordelijkheid, deze bepaling spreekt echter niet over het ‘*behartigen*’ van een maatschappelijk belang, laat staan het laten prevaleren daarvan; zie verder paragraaf 3.3.

<sup>64</sup> Van der Feltz I, p. 339 & 302

<sup>65</sup> Van der Feltz I, p. 27 & 29.

<sup>66</sup> Van der Feltz I, p. 371-372.

behandelen en in het voordeel van de boedel moet optreden.<sup>67</sup> Hoewel aanvankelijk enigszins in het midden bleef in wiens belang dit boedelveordeel zou werken, werd hier in 1913 duidelijkheid over geschapen: de tot de boedel behorende vermogensbestanddelen dienen door de curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te worden beheerd.<sup>68</sup> In 1963 bevestigde de Hoge Raad dat álle vermogensbestanddelen van de schuldenaar aan de schuldeisers toekomen en dat hen geen van de daartoe behorende voordelen ontzegd kunnen worden.<sup>69</sup> Op grond van de hierboven aangehaalde jurisprudentie lijkt het beeld uit de wetsgeschiedenis te worden bevestigd en de doelstelling van de Faillissementswet duidelijk: een collectieve verhaalsmogelijkheid bieden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, hetgeen door de Hoge Raad in 1971 nogmaals werd bevestigd.<sup>70</sup> Aanvankelijk lijkt de jurisprudentie dan ook geen ruimte te bieden voor de curatoren om de patiëntveiligheid in faillierende zorginstellingen te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>71</sup>

Uit de Faillissementswet, wetsgeschiedenis en de jurisprudentie volgt dat het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers het uitgangspunt is van de faillissementsprocedure. Ook in de literatuur is uitgebreid gesproken over welke belangen de curator in de faillissementsprocedure moet dienen; hierbij lijken vele auteurs het met bovengenoemd uitgangspunt eens te zijn.<sup>72</sup> Onder andere Vriesendorp constateert dat de curator niet mag worden opgezadeld met de verplichting om het maatschappelijk belang te dienen ten koste van de gezamenlijke schuldeisers, een dergelijke uitbreiding van zijn takenpakket valt – gezien het ontbreken van een wettelijke grondslag daartoe – niet binnen zijn bevoegdheden.<sup>73</sup> De Ranitz sluit zich bij Vriesendorp aan, het is volgens hem niet wenselijk om de curator het maatschappelijk belang te laten dienen indien dit ten koste gaat van de gezamenlijke schuldeisers; de curator dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers juist voorop te stellen. Indien daarbij (en dus ondergeschikt aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers)

---

<sup>67</sup> Zo blijkt uit Wessels 2013, p. 22 over HR 21 januari 1910, W 8970.

<sup>68</sup> HR 5 december 1913, NJ 1914/257.

<sup>69</sup> HR 8 november 1963, NJ 1964/144.

<sup>70</sup> HR 8 juni 1971, NJ 1971/414; dat de Faillissementswet als doelstelling heeft het vermogen onder de gezamenlijke schuldeisers te verdelen is daarna onder meer bevestigd in HR 22 maart 1985, NJ 1985/548, r.o. 3.1; HR 22 juli 1988, NJ 1988/912, r.o. 1.2; HR 13 oktober 1989, NJ 1989/897, r.o. 3.2.

<sup>71</sup> Na 1971 verschuift de heersende leer, deze jurisprudentie bespreek ik in paragraaf 3.3.

<sup>72</sup> Onder andere Vriesendorp 1995/5, p. 117; De Ranitz 1996, p. 190; Verstijlen 1998, p. 152; Van Zanten 2012, p. 35.

<sup>73</sup> Vriesendorp 1995/5, p. 117; Vriesendorp 1996/7, p. 142.

ook ruimte bestaat voor het dienen van andere belangen, moet de curator deze belangen vooral nastreven.<sup>74</sup>

Ook Verstijlen is van mening dat de Faillissementswet onvoldoende ruimte biedt voor het laten prevaleren van het maatschappelijk belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, de faillissementsprocedure is volgens hem vrijwel geheel op het belang van de gezamenlijke schuldeisers gericht.<sup>75</sup> Slechts in uitzonderlijke gevallen - wanneer het belang van de schuldeisers niet in verhouding staat tot het bedreigde maatschappelijk belang (of dat van de schuldenaar) - bestaat er de mogelijkheid om deze belangenafweging in het voordeel van het maatschappelijk belang te laten uitvallen.<sup>76</sup> De ruimte hiertoe is volgens hem echter beperkt; indien de belangen van schuldeisers meer dan slechts marginaal geschaad worden, is van een mogelijke uitzondering al geen sprake. Deze uitzondering zal bij het zorgdragen voor de patiëntveiligheid in het faillissement van een zorginstelling dan ook geen toepassing vinden; het dienen van dit belang zal de omvang van de boedel (lees: het belang van de gezamenlijke schuldeisers) meer dan marginaal schaden. Van Zanten sluit zich bij bovenstaand standpunt van Verstijlen aan, maar voegt hieraan nog een uitzondering toe. Indien het maatschappelijk belang vóór faillietverklaring prevaleert boven het belang van de schuldenaar, dient deze ná faillissement voorrang te krijgen boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>77</sup> Hoewel het maatschappelijk belang bij zorginstellingen voorafgaand aan faillissement als zeer belangrijk te bestempelen is, kan hier – mede gezien het feit zorginstellingen sinds 2006 aan marktwerking onderworpen zijn en dus verantwoordelijkheid dragen voor hun eigen financiële gezondheid - niet van worden gezegd dat dit belang áltijd voorrang dient te krijgen boven het belang van de zorginstelling zelf. De door Van Zanten genoemde uitzondering is voor het probleem rondom het maatschappelijk belang in het geval van faillerende zorginstellingen dan ook geen oplossing.<sup>78</sup>

De aangehaalde literatuur biedt voor het laten prevaleren van de patiëntveiligheid in een faillerende zorginstelling onvoldoende ruimte, het maatschappelijk belang speelt binnen de

---

<sup>74</sup> De Ranitz 1996, p. 190 & 199.

<sup>75</sup> Verstijlen 1998, p. 152; zie ook Verstijlen 1999, p. 13-25.

<sup>76</sup> Verstijlen 1998, p. 153.

<sup>77</sup> Van Zanten 2012, p. 35; hij geeft hierbij zelf uit milieureggeving voortvloeiende objectieve rechtsplichten zoals het verontreinigen van een vervuilde bodem als voorbeeld.

<sup>78</sup> Voor een analoge toepassing van de uitzondering van Van Zanten op het faillissement van zorginstellingen zie ik geen ruimte, verbintenisrechtelijke rechtsplichten (zoals die uit een behandelingsovereenkomst tussen zorginstelling en patiënt, artikel 7:446 BW) sluit Van Zanten immers expliciet uit. Het is niet in lijn met zijn betoog om de reikwijdte van de door hem geschetste uitzondering te vergroten.

faillissementsprocedure slechts een zeer beperkte rol. Dit uitgangspunt hoeft echter niet absoluut te zijn. Zowel Vriesendorp, Verstijlen als Van Zanten constateren dat indien een verandering van dit uitgangspunt gewenst is - wat in het geval van faillierende zorginstellingen mijns inziens inderdaad het geval is – deze verandering door de Wetgever in gang gezet zou moeten worden.<sup>79</sup> Alleen indien het maatschappelijk belang op grond van faillissementswetgeving voorrang dient te krijgen boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, bestaat er voor de curator ruimte om hier bij de uitoefening van zijn taak rekening mee te houden.

### 3.3 Het maatschappelijk belang

De recente wetswijziging ‘Wet versterking positie curator’ heeft de functie van de curator met een fraudesignalerende taak uitgebreid (artikel 68 lid 2 sub a-c Fw). Voor het eerst lijkt de curator daarmee een wettelijke verantwoordelijkheid te hebben voor een maatschappelijk belang (hetgeen niet hetzelfde is als de verplichting een maatschappelijk belang te behartigen of te laten prevaleren zoals besproken in paragraaf 3.2). Ook in de MvT van deze wetswijziging is de ontwikkeling ten aanzien van de verantwoordelijkheid voor een maatschappelijk belang terug te vinden: de fraudesignalerende taak brengt een “*bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid*” voor de curator met zich.<sup>80</sup> De Wetgever heeft de fraudesignalerende taak van de curator blijkbaar belangrijk genoeg geacht om deze in de Faillissementswet vast te leggen. Indien de Wetgever het laten prevaleren van de patiëntveiligheid als maatschappelijk belang in het geval van faillierende zorginstellingen van overeenkomstig belang acht, dient daartoe eenzelfde uitdrukkelijke verplichting in de Faillissementswet te worden opgenomen. De door Vriesendorp, Verstijlen en Van Zanten gedane constatering worden hiermee bevestigd.

Ook in de MvT zijn aanwijzingen te vinden dat soms in een ander belang dan dat van de gezamenlijke schuldeisers gehandeld wordt. Zo wordt het vonnis van faillietverklaring volgens artikel 14 Fw zo spoedig mogelijk openbaar gemaakt vanwege de belangen van derden die daarbij spelen.<sup>81</sup> Tevens is het moment waarop faillissement aanvangt, zoals bepaald in artikel

---

<sup>79</sup> Vriesendorp 1995/5, p. 117; Verstijlen 1998, p. 153-154; Van Zanten 2012, p. 35.

<sup>80</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3, p. 3.

<sup>81</sup> Van der Feltz I, p. 324.

23 Fw, door de Wetgever opzettelijk veranderd ten opzichte van het daarvoor geldende artikel 769 Wetboek van Koophandel. De MvT zegt hierover dat de oude regeling geen oog had voor de belangen van derden en hen daarmee teveel benadeelde.<sup>82</sup> De genoemde wetsartikelen hebben echter weinig betrekking op concreet handelen door de curator. Toch zijn er ook artikelen die – net als artikel 68 lid 2 sub a-c Fw - wél zien op concrete taken van de curator waarbij rekening is gehouden met andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Zo mag de curator op grond van artikel 40 Fw arbeidsovereenkomsten opzeggen. Hierbij dient de curator rekening te houden met een opzegtermijn van 6 weken omdat anders door de rechtsonzekerheid de belangen van de werknemers te erg geschaad zouden worden.<sup>83</sup> Indien alleen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou zijn gehandeld zou een dergelijke termijn niet hebben bestaan.<sup>84</sup> De Wetgever heeft hier echter bewust gekozen om rekening te houden met de (maatschappelijke) belangen van werknemers, en dit daarom uitdrukkelijk in de Faillissementswet geregeld.<sup>85</sup> Tegelijkertijd mag de boedel niet met een “*te hoog bedrag aan salarissen*”<sup>86</sup> belast worden, daarmee wordt het schuldeisersbelang dan ook niet volledig uit het oog verloren. Overigens kan ook het tegenovergestelde beredeneerd worden: de opzegtermijn in artikel 40 Fw is opzettelijk heel kort gehouden en hiermee worden alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend.<sup>87</sup>

Zoals besproken in paragraaf 3.2 stond de jurisprudentie gedurende het grootste gedeelte van de 20<sup>e</sup> eeuw in het teken van het dienen van het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Gedurende de afgelopen drie decennia begint zich echter ook jurisprudentie te ontwikkelen ten aanzien van het dienen van het maatschappelijk belang als onderdeel van de taak van de curator. In het Sigmacon II-arrest oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat de curator ook maatschappelijke belangen in zijn overwegingen dient te betrekken.<sup>88</sup> Dit onderdeel van de taak van de curator heeft zich door de jaren heen ontwikkeld en volgens dit arrest mag de curator rekening houden met maatschappelijke belangen zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Juist waar de curator op grond van de Faillissementswet veel beleidsvrijheid heeft en zijn taak in artikel 68 Fw slechts summierlijk is beschreven, kan hij deze maatschappelijke belangen in zijn afweging meenemen. Deze ontwikkeling zette zich een

---

<sup>82</sup> Van der Feltz I, p. 358-359.

<sup>83</sup> Van der Feltz I, p. 428.

<sup>84</sup> Zie ook Van der Feltz I, p. 419; hetzelfde geldt immers voor de opzeggingstermijn van huurovereenkomsten op grond van artikel 39 Fw.

<sup>85</sup> Hierin zie ik wederom bevestiging voor de door Vriesendorp, Verstijlen en Van Zanten gedane constatering.

<sup>86</sup> Van der Feltz I, p. 428.

<sup>87</sup> Zoals beredeneerd door De Ranitz 1996, p. 192; Van der Feltz I, p. 428.

<sup>88</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996/472.

jaar later voort in het Maclou-arrest. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de curator niet alleen met maatschappelijke belangen rekening mag houden, maar deze onder omstandigheden zelfs voorrang mag verlenen boven de belangen van één of meer individuele schuldeisers.<sup>89</sup> Het maatschappelijk belang voorrang geven boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers kwam in deze zaak niet aan bod. In het later gewezen Mobell-arrest wordt enigszins verduidelijkt wanneer een dergelijk maatschappelijk belang (geen) voorrang krijgt boven het belang van een individuele schuldeiser. De Hoge Raad oordeelde allereerst dat er sprake moet zijn van zwaarwegende belangen, hetgeen uit het Maclou-arrest nog niet bleek. Bovendien bleek dat de “*doelmatige afwikkeling van het faillissement*” niet onder een dermate zwaarwegend belang van maatschappelijke aard kan worden geschaard, dat deze voorrang krijgt boven het belang van de individuele schuldeiser.<sup>90</sup> Wellicht dat de patiëntveiligheid wel als zwaarwegend belang van maatschappelijke aard kwalificeert. De arresten Sigmacon II, Maclou en Mobell beperken zich echter allen op het laten prevaleren van het maatschappelijk belang boven het belang van de individuele schuldeiser(s).<sup>91</sup> Het laten prevaleren van de patiëntveiligheid als maatschappelijk belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan op grond van deze jurisprudentie niet.

Ook in de literatuur is steun te vinden voor de verdere ontwikkeling van het dienen van het maatschappelijk belang door de curator. Zo pleit Klein in zijn noot bij het Sigmacon II-arrest voor de beleidsvrijheid van de curator en vertegenwoordigt het feit dat de curator rekening kan houden met het maatschappelijk belang volgens hem de maatschappelijke visie over dit onderwerp.<sup>92</sup> Naar aanleiding van het Sigmacon II-arrest en het Maclou-arrest heeft Klein bijval gekregen van Kortmann en Faber. Zij zijn van mening dat – hoewel het beheer en de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers de primaire taak van de curator blijft – de curator hierbij rekening moet houden met maatschappelijke belangen (en die van de schuldenaar).<sup>93</sup> Meer recent pleitte ook Kemp voor een maatschappelijk meer betrokken curator. Deze dient volgens hem zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid te ‘*omarmen*’ en hij heeft de plicht om op te komen voor de maatschappelijke belangen in een faillissementsprocedure.<sup>94</sup> Hoewel dit uit moreel oogpunt en maatschappelijke visie bezien

---

<sup>89</sup> HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.

<sup>90</sup> HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293.

<sup>91</sup> Van Zanten 2012, p. 31-32.

<sup>92</sup> Klein, annotatie bij HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472.

<sup>93</sup> Kortmann e.a. 1996, p. 146

<sup>94</sup> Kemp 2015, p. 503-504 & 514.



wellicht wenselijk is, volg ik zijn conclusie niet: een dergelijke plicht voor de curator ontbreekt immers. Indien de Wetgever het laten prevaleren van het maatschappelijk belang belangrijk genoeg acht, dient daartoe – net als de in paragraaf 3.2 en 3.3 besproken voorbeelden en in navolging op de door Vriesendorp, Verstijlen en Van Zanten gedane constatering – een uitdrukkelijke verplichting te worden opgenomen in de Faillissementswet.

### **3.4 Tussenconclusie**

De Faillissementswet biedt weinig tot geen ruimte voor de curator om een ander belang voorop te stellen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit uitgangspunt wordt door de inhoud van de Faillissementswet, de wetsgeschiedenis alsmede de jurisprudentie en literatuur van voor de eeuwwisseling onderschreven. De wetwijziging ‘Wet versterking positie curator’ heeft de curator wel maatschappelijke verantwoordelijkheid gegeven in de hoedanigheid van een fraudesignalerende taak. Daarnaast heeft (recentere) jurisprudentie – zie de arresten Sigmacon II, Maclou en Mobell – verduidelijkt dat een maatschappelijk belang kán prevaleren boven de belangen van de individuele schuldeiser(s). Ook in de literatuur is steun te vinden voor een verdere ontwikkeling van het dienen van het maatschappelijk belang door de curator.

Voor het laten prevaleren van het belang van patiëntveiligheid boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers is op grond van de Faillissementswet, de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie echter geen ruimte. Omdat ik van mening ben dat het maatschappelijk belang in het faillissement van een zorginstelling wel een dergelijke voorrang zou moeten krijgen, sluit ik mij aan bij Vriesendorp, Verstijlen en Van Zanten: de Wetgever is aan zet. Een dergelijke verstrekkende, maar in mijn opinie essentiële, bevoegdheid onderdeel laten uitmaken van de taak van de curator, zou – net zoals de fraudesignalerende taak van de curator en het feit dat rekening gehouden wordt met de belangen van werknemers - uit de Faillissementswet moeten volgen. Het is dan ook aan de Wetgever om de verplichting van de curator tot het laten prevaleren van het maatschappelijk belang – zorgdragen voor de kwalitatief goede zorg voor patiënten - in het geval van een faillerende zorginstelling, op te nemen in de Faillissementswet. Bij het aanpassen van de Faillissementswet kan de Wetgever mogelijk bestaande Amerikaanse faillissementswetgeving omtrent faillerende zorginstellingen als voorbeeld nemen.

## 4. MAATSCHAPPELIJK BELANG IN FAILLISSEMENTEN VAN AMERIKAANSE ZORGINSTELLINGEN

### 4.1 Inleiding

Amerikaanse faillissementswetgeving is op het gebied van faillerende zorginstellingen al aanmerkelijk verder ontwikkeld dan de Faillissementswet. De gezondheidszorgsector is (in verhouding tot Nederland) veel omvangrijker en het aantal zorginstellingen dat in Amerika in financiële problemen verkeert is groot.<sup>95</sup> Hoewel deze problemen versterkt worden vanwege corona gerelateerde investeringen is het al jaren financieel onrustig in de gezondheidszorgsector.<sup>96</sup> Zo gingen in 2019 minstens 30 zorginstellingen failliet.<sup>97</sup> Ook de Amerikaanse literatuur constateert een probleem in het geval van het faillissement van een zorginstelling: er ontstaat een spanningsveld tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers aan de ene kant en het maatschappelijk belang aan de andere kant.<sup>98</sup> De verplichting van de staten en de federale overheid om zorg te dragen voor publieke gezondheidszorg en de uitgaven die nodig zijn om patiëntveiligheid in faillerende zorginstellingen te waarborgen, conflicteren direct met de doelstelling van de Bankruptcy Code om zoveel mogelijk waarde te creëren voor de gezamenlijke schuldeisers.<sup>99</sup> Amerika is met het ontwikkelen van wetgeving die een balans probeert te vinden tussen beide belangen - en in sommige gevallen het maatschappelijk belang voorrang geeft - aanmerkelijk verder dan Nederland. Wellicht dat dit komt doordat het probleem vanwege de omvangrijkere gezondheidszorgsector alsmede het hogere aantal faillerende zorginstellingen meer impact heeft (gehad) dan in Nederland en de noodzaak tot het vinden van een oplossing simpelweg groter is (geweest).

Dat de Amerikaanse Bankruptcy Code inmiddels verschillende bepalingen bevat die het maatschappelijk belang dienen in het geval van faillerende zorginstellingen, is hoofdzakelijk te danken aan de introductie van de *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act* (2005) (BAPCPA). De BAPCPA heeft onder andere als doel om het maatschappelijk belang in

---

<sup>95</sup> Coordes 2020, p. 2-4 en <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/24/zorguitgaven-stegen-in-2019-met-5-2-procent> (let op, cijfers Nederland zijn van 2019); omvang gezondheidszorgsector is \$3.4 trillion (ongeveer €2,9 biljoen) en \$11,172 per capita (ongeveer €9900) in Amerika ten opzichte van €106,2 miljard en €6120 per capita in Nederland.

<sup>96</sup> Coordes 2020, p. 2-4; Kaluzny 2010, p. 343-344.

<sup>97</sup> Let op, onder sommige holdings vallen verschillende zelfstandige ziekenhuizen; <https://www.beckershospitalreview.com/finance/19-hospital-bankruptcies-state-by-state.html>; <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-09/hospital-bankruptcies-leave-sick-and-injured-nowhere-to-go>.

<sup>98</sup> Voor constatering van dit probleem zie Stern & Fragomeni 2017, p. 147-148; Coordes 2020, p. 422-423.

<sup>99</sup> Guice 2017, p. 128, 130-131; Kaluzny 2010, p. 344.

faillissementen van zorginstellingen tegemoet te komen.<sup>100</sup> Dit is gedaan door bepalingen in de Bankruptcy Code te introduceren die specifiek van toepassing zijn op zorginstellingen en hun patiënten (in de Bankruptcy Code *health care business* en *patient*). Allereerst zijn *health care business* en *patient* in section 101 (27A) en (40 A/B) Bankruptcy Code (BC)<sup>101</sup> als definitie opgenomen, zodat duidelijk is op welke partijen in faillissement de aangepaste wettelijke bepalingen van toepassing zijn. Alle privaot- en publiekrechtelijke instanties die zich bezighouden met het verlenen van zorg in de meest brede zin van het woord (dus bijvoorbeeld ook verzorgingshuizen), worden als *health care business* aangemerkt. Iedereen die van deze partijen zorg geniet kwalificeert officieel als *patient*. Uit sections 101 (27A) en (40 A/B) BC valt dan ook op te maken dat de Amerikaanse wetgever ervoor heeft gekozen sectorspecifieke wetgeving te introduceren (namelijk slechts van toepassing op de *health care business* en *patient*), en bewust niet een bepaling heeft geïntroduceerd die de curator de algemene bevoegdheid geeft om in faillissementsprocedures het maatschappelijk belang boven dat van de gezamenlijke schuldeisers te plaatsen.

Verschillende onderdelen van de Amerikaanse faillissementswetgeving plaatsen het maatschappelijk belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers of trachten het voor de curator (of andersoortig faillissementsfunctionaris) mogelijk te maken om dit belang te behartigen. Allereerst zien we het maatschappelijk belang terugkomen in Chapter 3 BC. Op basis van section 333 (a)(1) BC wordt in het geval van een faillerende zorginstelling een *Patient Care Ombudsman* aangesteld terwijl op grond van section 362 BC in geval van faillissement van rechtswege een *automatic stay* in werking treedt. Daarnaast krijgt de curator op grond van section 704 (12) BC uit Chapter 7 de concrete verantwoordelijkheid toebedeeld om zorg te dragen voor het overplaatsen van patiënten in het geval dat een zorginstelling sluit ten gevolge van faillissement.

Het behoeft geen uitleg dat de gezondheidszorgsector in Amerika niet vergelijkbaar is met die in Nederland. Het Amerikaanse systeem verschilt enorm op vlakken zoals publieke ziekenhuizen, basis- en aanvullende verzekeringen en (potentiële)overheidssteun. Er zal in dit hoofdstuk geen inhoudelijke vergelijking worden gemaakt tussen beide systemen. Ook het feit

---

<sup>100</sup> BAPCPA zag op een veel bredere hervorming van het Amerikaanse faillissementsrecht. Slechts een onderdeel daarvan trachtte het maatschappelijk belang – de patiëntveiligheid – te dienen. Zie *Congressional Senate record*, 1 maart 2005, vol. 151 No. 21, p. 1814 & 1857.

<sup>101</sup> Zie Bijlage A voor section 101 (27A) en (40 A/B) BC.

dat de Amerikaanse faillissementswetgeving anders in elkaar steekt, schuldenaren kunnen immers zelf kiezen voor welke Chapter van de Bankruptcy Code zij opteren, wordt in deze scriptie niet besproken. Toch kan de Wetgever - los van de vele verschillen met het Amerikaanse zorgstelsel en van het feit dat de Bankruptcy Code anders in elkaar steekt dan de Nederlandse Faillissementswet – verschillende bepalingen uit de Bankruptcy Code die het maatschappelijk belang in het geval van het faillissement van een zorginstelling dienen als voorbeeld nemen.

#### 4.2 Chapter 3 Bankruptcy Code: Patient Care Ombudsman & automatic stay

Net als in Nederland waren ook in Amerika zorgen over de patiëntveiligheid in faillissementsprocedures van zorginstellingen.<sup>102</sup> Daarom introduceerde de BAPCPA section 333 BC om de veiligheid van patiënten beter te garanderen:

*Section 333 (a)(1) & (a)(2)(A) Bankruptcy Code.<sup>103</sup>*

*(a)(1) If the debtor in a case under chapter 7, 9, or 11 is a health care business, the court shall order, not later than 30 days after the commencement of the case, the appointment of an ombudsman to monitor the quality of patient care and to represent the interests of the patients of the health care business unless the court finds that the appointment of such ombudsman is not necessary for the protection of patients under the specific facts of the case.*

*(a)(2)(A) If the court orders the appointment of an ombudsman under paragraph (1), the United States trustee shall appoint 1 disinterested person (other than the United States trustee) to serve as such ombudsman.*

Op grond van section 333 (a)(1) jo. 333 (a)(2)(A) BC moet de Amerikaanse curator op aanwijzing van de faillissementsrechter een *Patient Care Ombudsman* (PCO) aanstellen indien er sprake is van een Chapter 7, 9 of 11 procedure. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de taak van de PCO om gedurende de faillissementsprocedure de kwaliteit van de geleverde zorg te monitoren alsmede de belangen van de patiënten in de procedure te behartigen.<sup>104</sup> Hij hoeft daarbij geen oog te hebben voor eventuele belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>105</sup> De PCO oefent zijn taak onder andere uit door te onderzoeken in hoeverre potentiële overname kandidaten zorg kunnen dragen voor de veiligheid van en de zorg voor patiënten, in de gaten te

---

<sup>102</sup> *Congressional Senate record*, 1 maart 2005, vol. 151 No. 21, p. 1857.

<sup>103</sup> Zie Bijlage A voor volledige section 333 BC.

<sup>104</sup> *Congressional House report*, 8 april 2005, 109th congress, H. Rept. 109-31, p. 139.

<sup>105</sup> Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 31 december 2008, Renaissance Hosp.-Grand Prairie Case No.: 08-43775-11, p. 5-6.

houden of de boedel nog voldoende middelen bevat om de continuïteit van de zorg te kunnen bekostigen en bovenal in het geval van de afbouw van zorg aanbevelingen te doen over het veilig doen verlopen daarvan.<sup>106</sup> Zijn takenpakket lijkt dan ook uit twee delen te bestaan. Allereerst een toezichthoudende en monitorende functie ten aanzien van de belangen van patiënten in de faillissementsprocedure in het algemeen. Daarnaast een meer adviserende rol ten aanzien van toekomstige aspecten zoals de afbouw dan wel voortzetting van zorgverlening.

In beginsel wordt de PCO binnen 30 dagen na het uitspreken van faillissement aangesteld. Slechts indien dat volgens de faillissementsrechter overbodig is, kan de aanstelling van een PCO achterwege blijven. Om te bepalen of het aanstellen van een PCO nodig is kan de faillissementsrechter rekening houden met een uit jurisprudentie voortgekomen niet-limitatieve lijst van negen factoren waaronder: is het ziekenhuis nog actief, is er voldoende geld om de zorg voor patiënten te kunnen voortzetten en heeft het ziekenhuis nog voldoende personeel in dienst?<sup>107</sup> Na zijn aanstelling rapporteert de PCO uiterlijk elke 60 dagen aan de faillissementsrechter. Op het moment dat de PCO echter constateert dat de patiëntveiligheid of kwaliteit van zorg in het geding is of dreigt te raken, meldt hij dat op grond van section 333 (b)(3) BC onmiddellijk aan de faillissementsrechter. In de praktijk blijkt echter dat een dergelijke melding vaak uitblijft omdat het dreigen met een melding al het gewenste effect sorteert.<sup>108</sup>

In de eerste twee jaar na de introductie van section 333 BC werd in meer dan 49 faillissementsprocedures een PCO aangesteld, in zestien van deze procedures ging het om een ziekenhuisfaillissement.<sup>109</sup> Het aanstellen van PCO's lijkt op het eerste gezicht dan ook voortvarend gedaan te zijn en in de literatuur zijn instemmende en positieve geluiden te vinden ten aanzien van de aanstelling van de PCO.<sup>110</sup> Toch is de maatregel niet zo effectief als het aantal aanstellingen doet vermoeden. Het aantal *health care business* faillissementen waarbij geen PCO werd aangesteld was in dezelfde periode namelijk aanmerkelijk hoger. In de 261

---

<sup>106</sup> Kaluzny 2010, p. 348-349.

<sup>107</sup> Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 30 oktober 2007, Alternate Family Care Case No.: 07-18203-BKC-RBR; zie Bijlage B voor overzicht van alle factoren.

<sup>108</sup> Troop 2011, p. 2-3.

<sup>109</sup> DeAngelis & Bridenhagen 2008, p. 2.

<sup>110</sup> Troop 2011, p. 3

procedures die in de periode 2005-2007 in aanmerking kwamen voor de aanstelling van een PCO werd in slechts 49 gevallen daadwerkelijk een PCO aangesteld.<sup>111</sup>

Niet alleen het beperkt aantal aangestelde PCO's baart zorgen, ook de wijze waarop de PCO beloning voor zijn werkzaamheden ontvangt zorgt voor de nodige discussie. Op grond van section 330 (1) BC heeft hij recht op compensatie voor zijn werkzaamheden en onkosten. In beginsel worden deze kosten betaald uit de boedel.<sup>112</sup> De gezamenlijke schuldeisers draaien dus direct op voor de kosten die de PCO maakt ten behoeve van het maatschappelijk belang terwijl al het geld in de boedel aan hen als schuldeisers uitgekeerd zou moeten worden. Bovendien zorgt zijn aanstelling er tegelijkertijd voor dat er minder geld overblijft om voor de zorg voor patiënten te betalen. *Bankruptcy Courts* zien de kosten van de aanstelling van een PCO dan ook als een nadeel.<sup>113</sup> Ook zijn er gevallen geweest waarin voorafgaand aan de aanstelling van een PCO door middel van bijvoorbeeld een carve out – het afstoten van een (waardevol) onderdeel van de onderneming - opzettelijk onvoldoende middelen in de boedel achterbleven om zo de aanstelling van een PCO te voorkomen.<sup>114</sup> Tot slot lijkt de PCO enigszins een papieren tijger te zijn; naast het schrijven van verslagen voor de faillissementsrechter en het maken van een officiële melding indien hij enige dreiging constateert, heeft hij weinig bevoegdheden en is hij grotendeels afhankelijk van wat de faillissementsrechter met zijn constatering doet.<sup>115</sup>

Indien een zorginstelling een Chapter 7 procedure begint, treedt ook onmiddellijk de *automatic stay* uit section 362 BC in werking.

*Section 362 Bankruptcy Code:*<sup>116</sup>

*(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section 301, 302, or 303 of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the Securities Investor Protection Act of 1970, operates as a stay, applicable to all entities, of—*

*(1) the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could*

<sup>111</sup> DeAngelis & Bridenhagen 2008, p. 2; let op, het betreft minimaal 49 maximaal 66 gevallen. Omdat onduidelijk is hoeveel precies heb ik 49 (dat is immers gegeven) aangehouden. Helaas kan ik geen recentere (betrouwbare) gegevens vinden omtrent de aanstelling van PCO's.

<sup>112</sup> Bohm & Chang 2012/IV.

<sup>113</sup> Bohm & Chang 2012/III.

<sup>114</sup> DeAngelis & Bridenhagen 2008, p. 5; cash collateral (geld gereserveerd voor de uitkering aan schuldeisers) dat met een verkoop verdiend wordt, kan daarbij niet gebruikt worden voor het betalen van de PCO. Hierdoor blijven onvoldoende middelen over voor zijn vergoeding.

<sup>115</sup> Dit baseer ik op de bevoegdheden van de PCO; zie Kaluzny 2010, p. 348-349.

<sup>116</sup> Zie Bijlage A voor volledige section 362 BC.

*have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title;*

*(2) the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title;*

*(3) any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate;*

Door het inwerkingtreden van de *automatic stay* worden verhaalsrechten en handelingen van de schuldeisers jegens de zorginstelling en haar vermogensbestanddelen tijdelijk opgeschort.<sup>117</sup> Zo kunnen schuldeisers gedurende deze periode in beginsel geen vorderingen op de zorginstelling verhalen en worden ook rechtszaken tegen de gefailleerde geschorst. Daarnaast mogen contracten, zoals die van verzekeraars, artsen en leveranciers, door het intreden van de *automatic stay* in beginsel niet door de betreffende wederpartijen worden opgezegd. Deze partijen kunnen verplicht worden om te blijven presteren, in ieder geval gedurende een redelijke termijn die de failliete zorginstelling nodig heeft om over voortzetting van de betreffende overeenkomst na te denken.<sup>118</sup> Dat contracten niet opgezegd mogen worden en partijen verplicht blijven presteren, moet de schuldenaar voldoende ruimte geven om zijn financiële problemen op te lossen.<sup>119</sup> Op deze manier kan de *automatic stay* dan ook direct het maatschappelijk belang dienen; leveranciers van de zorginstelling mogen niet stoppen met het leveren van medische voorraden ondanks het feit dat de zorginstelling inmiddels wellicht niet over voldoende middelen beschikt om te betalen.<sup>120</sup> Via deze weg kunnen ook uitzendbureaus verplicht worden om personeel te blijven leveren (het stopzetten van de levering van personeel niet in loondienst (PNIL) was in het geval van de Ziekenhuizen een groot probleem). Met dit aspect van de *automatic stay* wordt het maatschappelijk belang direct boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers geplaatst, vorderingen op de boedel zullen hiermee immers oplopen.

Vanwege bovenstaande redenen wordt de *automatic stay* in Amerikaanse jurisprudentie ook wel aangeduid als de meest verregaande vorm van bescherming die de Bankruptcy Code de schuldenaar te bieden heeft.<sup>121</sup> Het effect van section 362 BC lijkt enigszins op het effect dat

---

<sup>117</sup> Guice 2017, p. 133-135.

<sup>118</sup> NJHA 2009, p. 16; voor bevestiging van deze regel zie o.a. Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 7 november 2001, Board of Directors of Compania General de Combustibles S.A. Case No.: 00-B-16083; Court of Appeals for the Ninth Circuit (Verenigde Staten) 7 augustus 1987, Computer Communications Case No.: 824 F.2d 725.

<sup>119</sup> Court of Appeals for the Ninth Circuit (Verenigde Staten) 7 augustus 1987, Computer Communications Case No.: 824 F.2d 725.

<sup>120</sup> NJHA 2009, p. 16.

<sup>121</sup> Bijvoorbeeld in Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 3 maart 2004, McMullen v. Sevigny Case No.: 03-2444.

de afkoelingsperiode heeft in de Nederlandse faillissementsprocedure indien deze op grond van artikel 63a Fw door de rechter-commissaris wordt afgekondigd.<sup>122</sup> De *automatic stay* heeft net als de afkoelingsperiode een schorsend karakter ten aanzien van bijvoorbeeld onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken maar treedt – in tegenstelling tot de afkoelingsperiode – van rechtswege in werking.<sup>123</sup> Daarnaast lijkt er ook een aspect van de doorleveringsverplichting uit artikel 37b Fw in te zitten.<sup>124</sup> Groot verschil met de doorleveringsverplichting is echter dat deze slechts het opschorten van (nuts)leveringen vanwege niet nagekomen overeenkomsten van vóór faillissement verbiedt.<sup>125</sup> De *automatic stay* uit de Amerikaanse faillissementsprocedure kan vanwege bovengenoemde twee verschillen het maatschappelijk belang bij het faillissement van een zorginstelling aanmerkelijker beter dienen dan de afkoelingsperiode en doorleveringsverplichting uit de Faillissementswet. Ten aanzien van de *automatic stay* in het geval van een zorginstelling is echter belangrijk om op te merken dat deze geen absolute bescherming biedt. Op grond van section 362 (b)(28) BC kan deelname aan het *Medicare* programma en/of andere federale gezondheidszorgprogramma's wél door de wederpartij (in dit geval de *Secretary of Health and Human Services* of de federale overheid) beëindigd worden. Een dergelijke beëindiging valt niet onder de bescherming van de *automatic stay* en zal voor de meeste zorginstellingen verstrekkende gevolgen hebben en vaak – vanwege de financiële afhankelijkheid van zorginstellingen van het *Medicare* programma –<sup>126</sup> tot onmiddellijke sluiting leiden.<sup>127</sup> Hoewel het maatschappelijk belang van de patiënten hiermee op het eerste gezicht niet gediend lijkt te zijn, blijkt dat tot een dergelijke intrekking alleen wordt overgegaan in geval van ernstige overtredingen bij de zorginstelling. Voorbeelden hiervan zijn criminele veroordelingen, fraude of mishandeling van patiënten.<sup>128</sup> Deze uitzondering blijkt dus ook het maatschappelijk belang te dienen, terwijl dit op het eerste gezicht niet zo lijkt te zijn.

### 4.3 Chapter 7 Bankruptcy Code: all reasonable and best efforts

---

<sup>122</sup> Naast de afkoelingsperiode uit artikel 63a Fw zijn in de *automatic stay* ook aspecten terug te vinden uit artikel 23 Fw met betrekking tot de onbevoegdheid tot vervreemding van activa (zie ook Verstijlen 2019-2).

<sup>123</sup> De afkoelingsperiode wordt in de praktijk op het verzoek van de curator vrij gemakkelijk toegewezen, er lijkt zelfs sprake te zijn van een 'stempelbeslissing' (zie Van der Aa, p. 185-187). Toch moet wel éérst een afkoelingsperiode verzocht worden en is toewijzing geen absolute zekerheid.

<sup>124</sup> Zie hierover Zetteler & Vermaire 2012; verder paragraaf 5.2.

<sup>125</sup> Wederkerige overeenkomsten blijven in de Nederlandse faillissementsprocedure in beginsel gewoon geldig maar kunnen op grond van artikel 37 Fw opgezegd worden indien de curator niet binnen een redelijke termijn de overeenkomst gestand heeft gedaan en daartoe zekerheid heeft gesteld. Zie over artikel 37 en 37b Fw ook Zetteler & Vermaire 2012.

<sup>126</sup> Coordes 2020, p. 426

<sup>127</sup> NJHA 2009, p. 17-21.

<sup>128</sup> NJHA 2009, p. 17.



Indien de schuldenaar ervoor kiest om een Chapter 7 procedure te starten zal dit in beginsel leiden tot sluiting of verkoop van de zorginstelling.<sup>129</sup> In dit geval krijgt de curator volgens section 704 (12) BC een grote maatschappelijke verantwoordelijkheid toebedeeld.

*Section 704 (12) Bankruptcy Code:*<sup>130</sup>

*(a)The trustee shall—*

*(12)use all reasonable and best efforts to transfer patients from a health care business that is in the process of being closed to an appropriate health care business that—*

*(A) is in the vicinity of the health care business that is closing;*

*(B) provides the patient with services that are substantially similar to those provided by the health care business that is in the process of being closed; and*

*(C) maintains a reasonable quality of care.*

Deze door de BAPCPA geïntroduceerde bepaling benadrukt dat de curator zijn uiterste best moet doen het belang van patiënten te dienen en zich moet inzetten om patiënten die zich in een *health care business* bevinden, welke als gevolg van faillissement gesloten gaat worden, over te plaatsen naar een nabijgelegen en vergelijkbare zorginstelling.<sup>131</sup> Hierbij mogen de patiënten er ten aanzien van de kwaliteit van zorg niet op achteruit gaan. Deze bepaling dient te voorkomen dat een curator in het geval van het faillissement van een *health care business* bij gebrek aan voldoende middelen overgaat tot sluiting van de instelling - en alle aanwezige patiënten daarbij op straat zet - dan wel de gefailleerde op grond van section 554 (a) BC aan zijn lot overlaat vanwege een gebrek aan baten in de boedel.<sup>132</sup> Het maatschappelijk belang lijkt in section 704 (12) BC in de taakuitoefening van de curator dan ook een prominente plaats in te nemen.

De verantwoordelijkheid die de curator heeft tegenover de patiënten van een instelling die hij gaat sluiten is ook in Amerikaanse jurisprudentie bevestigd. In de Anderson-zaak<sup>133</sup> is aangeduid hoe ver de verantwoordelijkheid van de curator jegens deze patiënten precies gaat. Section 704 (12) BC geeft immers geen uitsluitel over hoe zwaar aan deze

---

<sup>129</sup> NJHA 2009, p. 15.

<sup>130</sup> Zie Bijlage A voor volledige section 704 BC.

<sup>131</sup> *Congressional House report*, 8 april 2005, 109th congress, H. Rept. 109-31, p. 140.

<sup>132</sup> Zie Bijlage A voor section 554 BC.

<sup>133</sup> Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 23 juni 2008, Anderson Case No.: 08-11136.

inspanningsverplichting getild wordt, “*all reasonable and best efforts*” is vage en onduidelijke terminologie en lijkt weinig tot geen concrete verplichtingen met zich te brengen. Uit de Anderson-zaak blijkt dat deze verantwoordelijkheid van de curator ver gaat: “*Locke* (lees: de curator) *has a continuing responsibility to the patients he may not abandon the facility, notwithstanding lack of funds to operate it and notwithstanding any possible personal liability*”. De verantwoordelijkheid van de curator gaat dusdanig ver, dat als blijkt dat er onvoldoende middelen in de boedel zitten en mogelijk sprake kan zijn van persoonlijke aansprakelijkheid, de curator de patiënten toch niet aan hun lot mag overlaten. Uit Section 704 (12) BC blijkt evenmin of het maatschappelijk belang van de patiënten voorrang krijgt boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers, of dat de curator met beide belangen rekening dient te houden. Ook hierover verschaft de Anderson-zaak duidelijkheid: “*The court finds that where there are any assets at all-in a bankruptcy estate they must be devoted to the health and welfare of patients in a health care facility*” en “*Locke will still be charged with using reasonable and best efforts to effect the transfer ... Such efforts will include the expenditure of estate funds, even if that means a reduced dividend to creditors.*”. Bij de belangenafweging van de curator blijkt het primaat op grond van section 704 (12) BC dus inderdaad bij het maatschappelijk belang te liggen: vermogen in de boedel dient in de eerste plaats aangewend te worden om de veilige afwikkeling van de zorg voor patiënten te bewerkstelligen. Pas als patiëntveiligheid is gewaarborgd en de zorg op een goede wijze is afgebouwd, komt het vermogen uit de boedel de gezamenlijke schuldeisers ten goede. Section 503 (8)(a/b) BC bevestigt dit beeld.<sup>134</sup> Op grond van deze section mogen kosten worden gemaakt ten behoeve van het overplaatsen van patiënten en het sluiten van de zorginstelling, hetgeen de uit section 704 (12) BC voortvloeiende verplichting bevestigt. Hoewel section 503 BC daar zelf weinig duidelijkheid over geeft, blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat deze kosten voorrang krijgen ten opzichte van andere boedel uitgaven.<sup>135</sup>

Uit de tekst van section 704 (12) BC blijkt niet overduidelijk dat in het geval van een faillerende zorginstelling aan het maatschappelijk belang voorrang moet worden gegeven. Wanneer section 704 (12) BC in samenhang met de aangehaalde jurisprudentie en parlementaire geschiedenis wordt gelezen, kan worden geconcludeerd dat in het geval van een faillerende zorginstelling de

---

<sup>134</sup> Zie Bijlage A voor section 503 BC.

<sup>135</sup> “*the bill includes a provision according administrative expense priority to the actual, necessary costs and expenses of closing a health care business (including the disposal of patient records or transferral of patients)*” *Congressional House report*, 8 april 2005, 109th congress, H. Rept. 109-31, p. 21.

verplichting tot het verlenen van een dergelijke voorrang wel degelijk bestaat. Het laten prevaleren van het maatschappelijk belang in dergelijke situaties is precies hetgeen in de Faillissementswet geïntroduceerd zou moeten worden om er zeker van te zijn dat de patiëntveiligheid bij het faillissement van een zorginstelling gegarandeerd is. Hoewel het goed is dat sections 704 (12) en 503 (8)(a/b) BC – in samenhang met jurisprudentie en parlementaire geschiedenis - een dergelijke verplichte belangenafweging met zich brengen en hiermee het primaat van de faillissementsprocedure bij het maatschappelijk belang wordt gelegd, is het mijns inziens onwenselijk dat deze wetsbepalingen de concrete invulling van de verplichting aan jurisprudentie en parlementaire geschiedenis overlaat.

#### **4.4 Tussenconclusie**

De Amerikaanse faillissementswetgeving is met betrekking tot het dienen van het maatschappelijk belang door de curator in faillerende zorginstellingen aanmerkelijk verder ontwikkeld dan de Nederlandse Faillissementswet. De sections 333, 362 & 704 BC kunnen voor de Wetgever als voorbeeld dienen om het maatschappelijk belang bij faillerende zorginstellingen in de Nederlandse Faillissementswet te verankeren. Op grond van section 333 (a)(1) jo. 333 (a)(2)(A) BC wordt een speciale functionaris (PCO) aangesteld die zich exclusief bezighoudt met de veiligheid van en zorg voor patiënten en in die hoedanigheid het maatschappelijk belang in de faillissementsprocedure vertegenwoordigt. Wanneer de curator het maatschappelijk belang in de faillissementsprocedure van een zorginstelling onvoldoende dient, kan hiervan door deze speciale functionaris melding gemaakt worden bij de faillissementsrechter.

Doordat de *automatic stay* uit section 362 BC leveranciers en andere contractspartijen verplicht om te blijven leveren, hoeven patiënten en zorgverleners niet bang te zijn dat zij zonder zorg respectievelijk medische voorraden komen te zitten. In het geval van de Ziekenhuizen zou een dergelijke bepaling in de Faillissementswet het maatschappelijk belang hebben gediend, stoppende leveranciers werden als reëel risico aangemerkt en er was zelfs enige tijd sprake van een tekort aan bloed.<sup>136</sup> Bovendien zouden uitzendbureaus niet zomaar mogen stoppen met het leveren van PNIL, hetgeen bij de Ziekenhuizen voor grote problemen zorgde en zelfs mede ten

---

<sup>136</sup> Rapport OvV 2019, p. 54, 61, 79-80.

grondslag lag aan de gedeeltelijke sluiting van het Slotervaartziekenhuis.<sup>137</sup> De meest verstrekkende behartiging van het maatschappelijk belang staat in section 704 (12) BC. Deze bepaling verplicht de curator in het faillissement van een zorginstelling, bij sluiting daarvan, de belangen van patiënten te waarborgen. Onduidelijk blijft echter hoe verstrekkend de bepaling is. Amerikaanse jurisprudentie en parlementaire geschiedenis verschaft hierover duidelijkheid: de curator dient het maatschappelijk belang in het geval van faillerende zorginstellingen boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te plaatsen. Hetgeen ook bevestigd wordt in section 503 (8)(a/b) BC.

---

<sup>137</sup> Doordat veel personeel bij het Slotervaartziekenhuis niet in loondienst was (PNIL) en uitzendbureaus na de surseance stopte met het leveren van personeel, kon vanwege een personeelstekort de veiligheid van patiënten niet langer worden gewaarborgd; zie Rapport OvV 2019, p. 26 & 79-80.

## 5. IMPLEMENTATIE IN NEDERLANDSE FAILLISSEMENTSPROCEDURE

### 5.1 Inleiding

De aanbeveling van de OvV aan de Minister van Rechtsbescherming was duidelijk: het moet wettelijk worden vastgelegd dat de curator in het geval van faillierende zorginstellingen bij conflicterende belangen, het maatschappelijk belang moet laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>138</sup> De Wetgever kan hiertoe drie bepalingen uit de Amerikaanse faillissementswetgeving als voorbeeld nemen: sections 333, 362 en 704 BC. De Amerikaanse wetgever heeft gekozen voor sectorspecifieke wetgeving die louter van toepassing is op het faillissement van zorginstellingen, getuige het feit dat *health care business* en *patient* als definitie in de Bankruptcy Code zijn opgenomen. De taak van de curator blijft in overige faillissementsprocedures dan ook ongewijzigd en gericht op het uitgangspunt om zoveel mogelijk waarde te creëren voor de gezamenlijke schuldeisers.<sup>139</sup> Het bieden van een niet sectorspecifieke en breed inzetbare bevoegdheid van de curator tot het laten prevaleren van het maatschappelijk belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou de functie van de curator arbitrair maken; hij zou in elke faillissementsprocedure het maatschappelijk belang moeten vaststellen en vervolgens de afweging moeten maken of dit maatschappelijk belang essentieel genoeg is om voorrang te verlenen boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De invulling van deze afweging zou zich vervolgens weer in jurisprudentie moeten uitkristalliseren. Dit, terwijl het laten prevaleren van het maatschappelijk belang – zoals verwoord door Vriesendorp, Verstijlen en Van Zanten – juist volledig in wetgeving geregeld zou moeten worden.<sup>140</sup>

Ik pleit er dan ook voor om in de Nederlandse faillissementswetgeving eveneens sectorspecifieke wetgeving te introduceren die alleen van toepassing is op het faillissement van zorginstellingen. Deze sectorspecifieke wetgeving zou mijns inziens op twee verschillende manieren in de Faillissementswet verwerkt kunnen worden. Allereerst zou de Wetgever ervoor kunnen kiezen om – net zoals afdelingen 11A en 11B Fw voor banken respectievelijk verzekeraars zijn opgetuigd – één afdeling in de Faillissementswet te introduceren die louter

---

<sup>138</sup> Rapport OvV 2019, p. 16.

<sup>139</sup> Guice 2017, p. 128, 130-131; Kaluzny 2010, p. 344.

<sup>140</sup> Zie hiervoor paragraaf 3.2 & 3.3.

van toepassing is op de faillissementsprocedure van zorginstellingen. Omdat het hier slechts om enkele (kleine) bepalingen gaat die niet de introductie van een gehele afdeling rechtvaardigen, pleit ik ervoor om de sectorspecifieke wetgeving verspreid over verschillende wetsartikelen van de Faillissementswet te introduceren naar gelang bestaande bepalingen zich hier goed voor lenen. Aspecten van sections 333, 362 en 704 BC zouden kunnen worden verwerkt in – zo zal in paragraaf 5.2 blijken - artikelen 37b, 63a, 68, 69 en 98 Fw.

## **5.2 Implementatie van relevante bepalingen uit Amerikaanse Bankruptcy Code in de Nederlandse Faillissementswet**

Section 704 (12) BC lijkt het beste aan te sluiten op het advies van de OvV en brengt de meest concrete veranderingen met zich ten aanzien van de verantwoordelijkheden van de curator. De Wetgever zou een door section 704 (12) BC geïnspireerde bepaling het beste in artikel 68 (lid 2 sub d) Fw kunnen introduceren daar artikel 68 Fw de taken van de curator – waaronder zijn (maatschappelijke) fraudesignalerende verantwoordelijkheid – definieert. Hiermee krijgt de curator de wettelijke verantwoordelijkheid om zich in te spannen voor het overplaatsen van patiënten in het geval de zorginstelling ten gevolge van faillissement zijn deuren moet sluiten. Een dergelijke bepaling in de Faillissementswet zou al een vooruitgang zijn, doch slechts voor een gedeelte in de door de OvV verwoorde behoefte voorzien; ik zie twee verbeterpunten. Allereerst zegt Section 704 (12) BC niks over de zorg voor patiënten en patiëntveiligheid bij tijdelijke voortzetting van de zorginstelling gedurende een faillissement of over de periode voorafgaand aan de sluiting.<sup>141</sup> Omdat de curator zich in alle fasen van de failliete zorginstelling dient in te zetten voor de veiligheid van en zorg voor patiënten, zou de Wetgever er goed aan doen om de reikwijdte van de in artikel 68 Fw te introduceren bepaling te vergroten. Vanaf het moment van faillietverklaring zou de curator in alle fasen van zorgverlening het maatschappelijk belang moeten laten prevaleren, niet slechts bij de afbouw van de zorgverlening.

Ten tweede, en wellicht nog belangrijker, dient in de nieuwe bepaling tevens te worden aangegeven hoe ver de inspanningsverplichting en verantwoordelijkheid van de curator precies gaat; er moet blijken dat hij in zijn taakvervulling verplicht is het maatschappelijk belang

---

<sup>141</sup> Ook voor deze periode is het garanderen hiervan nodig, zie Rapport OvV 2019, p. 14.

voorrang te geven boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Section 704 (12) BC is op dat vlak niet duidelijk waardoor Amerikaanse jurisprudentie deze duidelijkheid moest verschaffen.<sup>142</sup> Omdat het ten aanzien van het laten prevaleren van het maatschappelijk belang juist draait om het creëren van een wettelijke verplichting daartoe, waarbij het niet wenselijk is dat jurisprudentie nog een grote rol speelt, dient hetgeen uit de Anderson-zaak is gebleken in de in artikel 68 Fw te introduceren bepaling gecodificeerd te worden. Alleen indien de Wetgever bij het introduceren van een door section 704 (12) BC geïnspireerde bepaling bovenstaande twee verbeterpunten meeneemt, zal de Wetgever voldaan hebben aan het advies dat door de OvV verstrekt is.

Om het voor de curator gemakkelijker te maken om aan zijn nieuwe – in artikel 68 lid 2 sub d Fw geïntroduceerde - verantwoordelijkheden jegens het maatschappelijk belang te voldoen, kan de Wetgever twee aspecten van de *automatic stay* uit section 362 BC introduceren in de Faillissementswet. Mijns inziens zouden deze aspecten het best geïntroduceerd kunnen worden in een uitbreiding van de artikelen 63a en 37b Fw. Allereerst dient de afkoelingsperiode, die nu pas na toewijzing door de rechter-commissaris in werking treedt, in het vervolg voor faillierende zorginstellingen van rechtswege in werking te treden. Deze aanpassing kan worden vastgelegd in artikel 63a (lid 5) Fw. Dit voorkomt de mogelijkheid dat enige vertraging ontstaat tussen het moment van faillietverklaring en afkondiging van de afkoelingsperiode door de rechter-commissaris, of dat zelfs geen afkoelingsperiode wordt afgekondigd. Ten tweede, en nog belangrijker, moeten essentiële contractspartijen, zoals uitzendbureaus van PNIL of leveranciers van medische voorraden, verplicht kunnen worden om door te gaan met het leveren van hun diensten en producten, ook indien onduidelijkheid bestaat over de toekomst van de samenwerking of eventuele tegenprestaties ná faillietverklaring.<sup>143</sup> Hiertoe dient de doorleveringsverplichting van artikel 37b Fw uitgebreid te worden met een vierde lid en voor faillierende zorginstellingen ook de opschorting van nakoming ten aanzien van niet nagekomen verbintenissen van ná de faillietverklaring te verbieden. Door deze maatregel te introduceren wordt voorkomen dat bijvoorbeeld uitzendbureaus stoppen met het leveren van PNIL waardoor de continuïteit van zorgverlening in de knel raakt.<sup>144</sup> Het verwerken van bovenstaande twee aspecten van de *automatic stay* in de Faillissementswet zou de curator handvatten bieden om

---

<sup>142</sup> Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 23 juni 2008, Anderson Case No.: 08-11136; zie paragraaf 4.3.

<sup>143</sup> NJHA 2009, p. 16; voor bevestiging van deze regel zie o.a. Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 7 november 2001, Board of Directors of Compania General de Combustibles S.A. Case No.: 00-B-16083; en Court of Appeals for the Ninth Circuit (Verenigde Staten) 7 augustus 1987, Computer Communications Case No.: 824 F.2d 725.

<sup>144</sup> Hetgeen in het geval van de Ziekenhuizen voor problemen zorgde, Rapport OvV 2019, p. 26, 79-80.

invulling te geven aan de nieuwe verplichting die hij op grond van artikel 68 lid 2 sub d Fw gekregen heeft.

Belangrijk is om op te merken dat de introductie van artikelen 68 lid 2 sub d, 63a lid 5 en 37b lid 4 Fw kosten met zich brengen. Het voortzetten van zorgverlening dan wel langzamer en voorzichter afbouwen van zorg is immers duur.<sup>145</sup> Ook zullen doorleveringsverplichtingen vorderingen op de boedel verhogen. Wie voor deze kosten moet opdraaien is onduidelijk en onderwerp van geschil, de curatoren leggen de verantwoordelijkheid bij de Zorgverzekeraar terwijl de Zorgverzekeraar juist naar de curatoren wijst.<sup>146</sup> Vanwege de in paragraaf 2.4 besproken zorgplicht van de Zorgverzekeraar lijkt het voor de hand te liggen dat de Zorgverzekeraar deze kosten dekt, dit is in wet- en regelgeving echter niet expliciet vastgelegd.<sup>147</sup> Uiteindelijk hebben de bij het Slotervaartziekenhuis betrokken zorgverzekeraars tezamen €8,55 miljoen aan de boedel verstrekt om de voortzetting en afbouw van zorgverlening te bekostigen, dit was echter geen zekerheid vooraf.<sup>148</sup> De oprichting van een collectief crisisfonds - gefinancierd door alle Nederlandse zorgverzekeraars – dat ingezet kan worden om de kosten van zorg na faillissement te dekken, zou mogelijk oplossing kunnen bieden.<sup>149</sup> Een dergelijk crisisfonds – of andere financieringsmogelijkheden die het prevaleren van het maatschappelijk belang mogelijk maken – zou(den) een goed onderwerp zijn voor een vervolg onderzoek.

Artikel 68 lid 2 sub d Fw heeft de curator verantwoordelijk gemaakt om het maatschappelijk belang te dienen en de verplichting opgelegd om dit belang boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te plaatsen. Daarnaast bieden artikelen 63a lid 5 en 37b lid 4 Fw de curator handvatten om invulling te geven aan deze nieuwe verantwoordelijkheid. Dit raakt aan een derde aspect dat de Wetgever kan leren van de vergelijking met het Amerikaanse faillissementsrecht: een manier om te monitoren of aan deze nieuwe verplichting wel voldaan wordt. De introductie van het takenpakket van de PCO uit section 333 BC in de Faillissementswet zou een goede ontwikkeling zijn om de patiëntveiligheid in het faillissement

---

<sup>145</sup> Curatoren bevestigen dat hiermee hoge kosten gemoeid zijn; Faillissementsverslag 1 Slotervaartziekenhuis, p. 16-17.

<sup>146</sup> Rapport OvV 2019, p. 82-83.

<sup>147</sup> Rapport OvV 2019, p. 72-73; zie hierover ook Schreurs TvI 2020/25, p. 187-188 & 192.

<sup>148</sup> Faillissementsverslag 1 Slotervaartziekenhuis, p. 16-17.

<sup>149</sup> Zoals voorgesteld in *Kamerstukken II* 2018/19, 31 016, 129; inmiddels wordt deze mogelijkheid onderzocht, zie brief van de Minister voor Medische Zorg en Sport van 19 juni 2020, 1707265-207068-PZO, p. 9-10 & 15. Deze constructie lijkt overigens sterk op de al vóór het faillissement van de Ziekenhuizen voorgestelde ‘*vangnetstichting*’, Ministerie VWS 2017, p. 8-10, maar wordt gefinancierd door de zorgverzekeraars zelf.



van een zorginstelling te waarborgen. Dergelijke waarborgen zijn essentieel maar ontbreken binnen het huidige faillissementsrecht.<sup>150</sup> Hoewel de rechter-commissaris op grond van artikel 64 Fw belast is met het houden van toezicht op de failliete boedel, ontbreekt het hem aan de benodigde inhoudelijke kennis op het gebied van zorgverlening. Dergelijke kennis zal een PCO wel hebben. Niet alleen heeft de PCO de wettelijke verplichting om de belangen van patiënten in het faillissement van een zorginstelling in de gaten te houden, ook bij de afbouw van de zorg in de zorginstellingen is hij betrokken. De PCO vervult voornamelijk een toezichthoudende functie; indien de belangen van patiënten in de faillissementsprocedure door de curator onvoldoende worden behartigd maakt hij daarvan melding bij de faillissementsrechter.<sup>151</sup> In Amerika is gekozen om voor deze taak een aparte functionaris aan te stellen. Het grootste probleem dat hierbij ontstaat is het feit dat de PCO voor zijn werkzaamheden een beloning vanuit de boedel moet ontvangen waardoor minder boedel actief overblijft voor schuldeisers alsmede de zorg voor patiënten.<sup>152</sup> Het aanstellen van een aparte functionaris acht ik voor het uitoefenen van de taken van de PCO in de Nederlandse faillissementsprocedure niet nodig, de werkzaamheden van de PCO kunnen op een andere wijze in de Faillissementswet worden geïntroduceerd.

De toezichthoudende en monitorende aspecten van de taak van de PCO kunnen door inspecteurs van een reeds bestaande toezichthouder, de IGJ, op grond van een uitbreiding van artikel 69 Fw (lid 3) worden uitgevoerd. Het toezicht van de IGJ richt zich al op de kwaliteit van zorg die in de betreffende (inmiddels gefailleerde) zorginstelling aangeboden wordt.<sup>153</sup> Hierbij zijn de rechten en de belangen van patiënten al twee van de factoren en wordt onder andere gekeken of patiënten de hulp hebben gekregen die nodig was en of deze aangeboden zorg op veilige wijze is verleend.<sup>154</sup> Bovendien bezit de IGJ – in tegenstelling tot de rechter-commissaris – wel de benodigde inhoudelijke kennis op het gebied van zorgverlening. Het waarborgen van en toezicht houden op het maatschappelijk belang in de faillissementsprocedure maakt de facto dan ook al onderdeel uit van de taak van de IGJ. Door aanpassing van de Faillissementswet krijgt de IGJ de wettelijke verantwoordelijkheid om in de faillissementsprocedure van een

---

<sup>150</sup> Rapport OvV 2019, p. 13-14.

<sup>151</sup> *Congressional House report*, 8 april 2005, 109th congress, H. Rept. 109-31, p. 139.

<sup>152</sup> In Nederland speelt met betrekking tot de kosten die de curator maakt ten aanzien van zijn fraudesignalerende taken eenzelfde discussie. Zie hiervoor Adams 2017/3.4.

<sup>153</sup> Artikel 72 jo. artikel 16 Wmg; Rapport IGJ 2019, p. 5; Rapport OvV 2019, p. 23.

<sup>154</sup> Rapport IGJ 2019, p. 5; zie over de taken en verantwoordelijkheden van de IGJ ook <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-van-de-zorg/toezicht-in-de-zorg>.

zorginstelling voor de belangen van patiënten op te komen en bevindingen op grond van de reeds bestaande toezichthoudende verplichtingen te melden aan de rechter-commissaris.

Naast het meer toezichthoudende en monitorende aspect bestaat het takenpakket van de PCO uit het geven van advies ten aanzien van toekomstige factoren zoals de afbouw, voortzetting of overname van de zorginstelling.<sup>155</sup> Ook hiervoor is het aanstellen van een extra functionaris mijns inziens overbodig omdat deze taak – op grond van een aangepast artikel 98 (lid 2) Fw - bij de NZa kan worden ondergebracht. De NZa kan ten aanzien van het verstrekken van dit advies een rol spelen gezien de reeds bestaande verantwoordelijkheid die de NZa heeft ten aanzien van markttoezicht en marktontwikkeling alsmede de toegankelijkheid van het zorgaanbod.<sup>156</sup> Doordat de NZa zich vanuit deze verantwoordelijkheid toch al bezig houdt met het in kaart brengen van de toekomstige zorgmarkt als gevolg van het faillissement van de zorginstelling, is het advies geven hierover nauwelijks een uitbreiding van reeds bestaande taken.

Hoewel de IGJ en NZa op grond van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) reeds een toezichthoudende verplichting hebben, wordt door bovengenoemde taken in de Faillissementswet vast te leggen de wettelijke verplichting geschapen om het maatschappelijk belang in faillissementsprocedures te waarborgen.<sup>157</sup> De verantwoordelijkheid van de IGJ en NZa jegens de patiëntveiligheid in faillissementsprocedures wordt hiermee benadrukt.<sup>158</sup> Bovendien zou het de IGJ en NZa een platform bieden om tussentijds – in plaats van achteraf door middel van het schrijven van een onderzoeksrapport – bij de rechter-commissaris op te komen voor de belangen van patiënten in de faillissementsprocedure indien zij van mening zijn dat deze belangen onvoldoende door de curator worden behartigd. Hiermee kan eerder worden ingegrepen en worden mogelijke problemen en risico's voorkomen. Het bestaan van een dergelijk extra wettelijk controlemechanisme in de Faillissementswet, ten behoeve van de belangen van patiënten in faillerende zorginstellingen, zal hopelijk een corrigerende werking hebben op de taakuitoefening van curatoren en garanderen dat zij hun nieuwe

---

<sup>155</sup> Kaluzny 2010, p. 348-349.

<sup>156</sup> Artikel 16 Wmg; Rapport OvV 2019, p. 23. Naast aanpassing van artikel 98 Fw zou deze nieuwe verantwoordelijkheid ook in artikel 16 Wmg verwerkt kunnen worden.

<sup>157</sup> Dit geeft de toezichthouders ook meer (wettelijke) mogelijkheden zich met (de afbouw van) de zorginstelling in faillissement te bemoeien; Rapport OvV 2019, p. 13-14, 70 & 73-74.

<sup>158</sup> Een dergelijke specifieke verantwoordelijkheid gedurende faillissementsprocedures ontbreekt in artikel 72 jo. artikel 16 Wmg.

verantwoordelijkheden jegens het maatschappelijk belang in faillierende zorginstellingen naar behoren uitvoeren. Een dergelijk effect is in Amerikaanse faillissementsprocedures van zorginstellingen reeds geconstateerd.<sup>159</sup> Door de taken van de PCO bij reeds bestaande toezichthouders onder te brengen wordt één van de grootste bezwaren die in Amerika jegens de aanstelling van de PCO speelt opgelost: de inspecteurs van de IGJ en NZa, die voor hun werkzaamheden al een salaris ontvangen, krijgen geen vergoeding vanuit de boedel.<sup>160</sup>

Tenslotte is het belangrijk dat duidelijk is voor welke partijen de aangepaste artikelen 37b, 63a, 68, 69 en 98 Fw van toepassing zijn. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de reeds bestaande definities van zorg, zorginstelling en patiënt in artikel 1 Wmg en artikel 1 Wkkgz (zie onder ‘*zorg*’, ‘*zorgaanbieder*’, ‘*instelling*’ en ‘*cliënt*’). Omdat een afdeling met definities in de Faillissementswet ontbreekt, dient het eerste nieuwe artikel dat specifieke op de faillierende zorginstelling toegepaste wetgeving bevat – artikel 37b lid 4 Fw – tevens een verwijzing naar de van toepassing zijnde definities van zorg, zorginstelling en patiënt te bevatten.

---

<sup>159</sup> Troop 2011, p. 2-3.

<sup>160</sup> Deze oplossing lijkt overigens enigszins op het aanstellen van een SLTCO in Amerikaanse faillissementsprocedures; zie Kaluzny 2009, p. 351-357.

## **6. CONCLUSIE**

### **6.1 Conclusie**

Het oorspronkelijke doel van de Faillissementswet is het liquideren van het vermogen van de schuldenaar en de opbrengst hiervan te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers overeenkomstig ieders rang. In het geval van faillierende zorginstellingen is het daarbij spelende maatschappelijk belang echter aanmerkelijk groter dan in andere faillissementsprocedures. Het maatschappelijk belang bij het faillissement van een zorginstelling bestaat immers uit de toegankelijkheid en continuïteit van zorgverlening en de verantwoordelijkheid voor de kwalitatief goede zorg voor patiënten. Omdat vasthouden aan het primaat van het belang van de gezamenlijke schuldeisers in het geval van faillierende zorginstellingen verstrekkende – en in het ergste geval zelfs dodelijke - gevolgen kan hebben, dient het maatschappelijk belang te prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hiervoor biedt de huidige Faillissementswet of jurisprudentie echter (nog) onvoldoende ruimte. Omdat een dergelijke verstrekkende bevoegdheid slechts uit de wet zou moeten volgen, is de Wetgever aan zet.

Bij het aanpassen van de Faillissementswet teneinde de curator het maatschappelijk belang te laten dienen in het faillissement van Nederlandse zorginstellingen, kan de Wetgever de Amerikaanse sections 333, 362 en 704 BC als voorbeeld nemen:

1. De uit section 704 (12) BC voortvloeiende verregaande verantwoordelijkheid ten aanzien van de zorg voor patiënten bij de afbouw van een faillierende zorginstelling kan de Wetgever vastleggen in artikel 68 lid 2 sub d Fw. Hierbij dient de Wetgever de reikwijdte van artikel 68 lid 2 sub d Fw te vergroten ten opzichte van die uit section 704 (12) BC: in alle fasen van zorgverlening moet het maatschappelijk belang prevaleren, niet slechts bij de afbouw daarvan. Eveneens moet artikel 68 lid 2 sub d Fw duidelijk zijn over hoe ver de inspanningsverplichting en verantwoordelijkheid van de curator gaat, uitleg hiervan aan jurisprudentie overlaten acht ik onwenselijk. Met bovenstaande twee verbeterpunten biedt een op section 704 (12) BC geïnspireerd artikel 68 lid 2 sub d Fw de curator een wettelijke grondslag om het maatschappelijk belang in het geval van een faillierende zorginstelling te laten prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hiermee wordt aan het advies van de OvV voldaan.

2. De Wetgever kan aspecten van de *automatic stay* uit section 362 BC in artikelen 63a lid 5 en 37b lid 4 Fw introduceren. Allereerst treedt de afkoelingsperiode voor faillierende zorginstellingen in het vervolg op grond van artikel 63a lid 5 Fw van rechtswege in werking. Dit voorkomt de mogelijkheid dat enige vertraging ontstaat tussen het moment van faillietverklaring en afkondiging van de afkoelingsperiode door de rechter-commissaris, of dat zelfs geen afkoelingsperiode wordt afgekondigd. Ten tweede moeten contractspartijen van zorginstellingen gedwongen worden om te blijven presteren, ook bij het uitblijven van een eventuele tegenprestatie ná faillietverklaring. Deze doorleveringsverplichting kan de Wetgever vastleggen in artikel 37b lid 4 Fw. Hierdoor komt de continuïteit van zorgverlening niet in gevaar als gevolg van een plotseling gebrek aan PNIL of enige essentiële medische voorraad. Door beide aspecten van de *automatic stay* in de Faillissementswet te verwerken geeft de Wetgever de curator handvatten om het maatschappelijk belang bij faillierende zorginstellingen te laten prevaleren.
  
3. Om beter toezicht te houden op het belang van patiënten in de faillissementsprocedure van een zorginstelling kan de Wetgever zich laten inspireren door de bevoegdheden van de PCO uit section 333 BC. De toezichthoudende verantwoordelijkheden van de PCO kunnen op grond van artikel 69 lid 3 Fw bij de IGJ neergelegd worden. De IGJ krijgt dan de wettelijke verantwoordelijkheid om bij de rechter-commissaris op te komen voor de belangen van patiënten indien de IGJ constateert dat deze door de curator onvoldoende behartigd worden. De adviserende verantwoordelijkheden van de PCO komen op grond van artikel 98 lid 2 Fw bij de NZa te liggen. De NZa krijgt de wettelijke verantwoordelijkheid advies te geven ten aanzien van de afbouw, voortzetting of overname van de zorginstelling. Doordat zowel de IGJ als NZa vroegtijdig melding kunnen maken van mogelijke risico's ten aanzien van het maatschappelijk belang bij een failliete zorginstelling, zal van hun nieuwe functie hopelijk een preventieve werking uitgaan. Reeds bestaande toezichthoudende verplichtingen worden op deze manier beter ingezet om het maatschappelijk belang in de faillissementsprocedure van een zorginstelling te waarborgen.

De Wetgever kan bij het aanpassen van de Faillissementswet aspecten van sections 333, 362 en 704 BC als voorbeeld nemen en introduceren in artikelen 37b lid 4, 63a lid 5, 68 lid 2 sub d, 69 lid 3 en 98 lid 2 Fw. Deze artikelen zouden moeten waarborgen dat het maatschappelijk belang bij het faillissement van een zorginstelling prevaleert en oncontroleerbare situaties zoals het faillissement van de Ziekenhuizen voorkomen worden. Gezien de instabiele financiële situatie van veel Nederlandse zorginstellingen zal deze nieuwe wetgeving mogelijk eerder van toepassing komen dan gehoopt, hetgeen de noodzaak tot verandering alleen maar benadrukt. Om bovenstaande maatregelen te financieren is duidelijkheid over een op te zetten crisisfonds – of andersoortige financieringsmaatregel – noodzakelijk.

## 7. Literatuur

### *Boeken*

#### A

Aa, van der, 2007

M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen).

#### F

Feltz, Van der, I

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet heruitgave Van der Feltz I*, Eerste deel, Deventer: Kluwer 2016

Feltz, Van der, II

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet heruitgave Van der Feltz II*, Tweede deel, Deventer: Kluwer 2016.

#### K

Kemp 2015

F. Kemp, ‘Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef’, in: Ph. W. Schreurs e.a., *De Gereedschapskist van de curator*, Deventer: Kluwer 2015.

Kortmann e.a. 1996

S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996.

Kortmann e.a. 1999

S.C.J.J. Kortmann e.a., *Herijking van het faillissementsrecht*, Den Haag: Kluwer 1999.

#### R

Ranitz, de 1996

S.H. de Ranitz, ‘Crediteurenbelang versus “andere belangen”’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996.

## V

### Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

### Verstijlen 1999

F.M.J. Verstijlen, 'De curator als maatschappelijk werker', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *Herijking van het faillissementsrecht*, Den Haag: Kluwer 1999.

### Verstijlen 2019

F.M.J. Verstijlen, 'Taak curator', in: Groenewegen e.a., *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2019 (boek en online).

### Verstijlen 2019-2

F.M.J. Verstijlen, 'Verlies beschikking en beheer', in: Groenewegen e.a., *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2019 (boek en online).

### Verstijlen 2019-3

F.M.J. Verstijlen, 'Voortzetting bedrijf', in: Groenewegen e.a., *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2019 (boek en online).

### Vriesendorp 2013

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

## W

### Wessels 2013

B. Wessels, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator*, Zutphen: Paris 2013.

(CONCEPTVERSIE), te raadplegen op:

<http://christenjuristen.nl/wp-content/uploads/2015/09/2013-05-15CJVconcept-preadvies.pdf>

## Z

### Zanten, van 2012

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012.



Zetteler & Vermaire 2012

E.L. Zetteler & R.M. Vermaire, 'Doorlevering tijdens faillissement', in: Faber, van Hees & Vermunt, *Overeenkomsten en Insolventie*, Deventer: Kluwer 2012 (boek en online).

### Artikelen

#### A

Adams 2017/3.4

A.T.M. Adams, 'Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?', *MvO* 2017/3.4, afl. 3-4, p. 81-87.

#### B

Bohm & Chang 2012

J. Bohm & J. Chang, 'Proper Protection of Patients in Health Care Businesses in Bankruptcy: Continuing Development And Application of Section 333 of the Bankruptcy Code', *Uniform Commercial Code Law Journal* (44) 2012.

#### C

Coordes 2020

L.N. Coordes, 'Reorganizing Health Care Bankruptcy', *Boston College Law Review* (61) 2020.

#### D

DeAngelis & Bridenhagen 2008

R.A. DeAngelis & P.W. Bridenhagen, 'The United States Trustee Program Administers BAPCPA's Patient Care Ombudsman Requirements', *Executive Office for United States Trustees* 2008, p. 1-7.

#### G

Guice 2017

M. Guice, 'Government Recovery of Medicare Overpayments and the Automatic Stay', *Emory Bankruptcy Developments Journal* (34) 2017, p. 128-163.

## K

### Kaluzny 2010

A. Kaluzny, 'The Patient Care Ombudsman: Who Should It Be?', *The Elder Law Journal* (17) 2010, p. 343-373.

## S

### Schreurs TvI 2020/25

M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25, afl. 3, p. 178-196.

### Stern & Fragomeni 2017

B.P. Stern & C.J. Fragomeni, 'The Triage and Treatment of Healthcare Institutions in Distress: How to Involve State Regulators in Healthcare Bankruptcies and Receiverships', *Roger Williams University Law Review* (22) 2017, p. 147-208.

## T

### Troop 2011

A. Troop, 'Issues Facing Patient Care Ombudsmen', *American Bankruptcy Institute Journal* (XXX) 2011, p. 1-3.

## V

### Vriesendorp TvI 1995/5

R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *TvI* 1995/5, afl. 5, p. 117.

### Vriesendorp TvI 1996/7

R.D. Vriesendorp, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 1996/7, afl. 7, p. 140-145.

## Rapporten

## E

### EY 2019

Ernst & Young Accountants, *Barometer Nederlandse Gezondheidszorg 2019*, 2019.

## F

### Faillissementsverslag 1 Slotervaartziekenhuis

Faillissementsverslag 1 Slotervaartziekenhuis, 9 januari 2019, te raadplegen op: <https://cms.law/nl/nld/publication/bankruptcycies/slotervaartziekenhuis-b.v> .

## M

### Ministerie VWS 2017

Beleidsstuk Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017.

## N

### NJHA 2009

New Jersey Hospital Association, *Hospital Closure Guidelines A Bankruptcy Primer*, New Jersey 2009.

## R

### Rapport CvM 2020

Rapport Commissie van Manen (Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen), *De aangekondigde ondergang Onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019, 31 016, 282.

### Rapport IGJ 2019

Rapport Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschot november 2019*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019, 31 016, 256.

### Rapport OvV 2019

Rapport Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico's voor patiëntveiligheid*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019, 31 016, 269.

### *Krantenartikelen*

## B

### Brink, Van den, NOS 2019

R. van den Brink, 'Slotervaartziekenhuis is jaar na sluiting nog niet vergeten', NOS website 2019, te raadplegen op: <https://nos.nl/artikel/2307555-slotervaartziekenhuis-is-jaar-na-sluiting-nog-niet-vergeten.html>.

## L

Lonkhuyzen, Van, NRC 2019

L. van Lonkhuyzen, 'Zorgsector wankelt door dalende winsten en vertrekkend personeel', NRC website 2019, te raadplegen op: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/09/03/zorgsector-wankelt-door-dalende-winsten-en-vertrekkend-personeel-a3971989>

Lonkhuyzen, Van, NRC 2020

L. van Lonkhuyzen, 'Akkoord tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen over rekening coronacrisis', NRC website 2020, te raadplegen op: <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/07/03/akkoord-tussen-zorgverzekeraars-en-ziekenhuizen-over-rekening-coronacrisis-a4004925>

## 8. JURISPRUDENTIE

### Hoge Raad

HR 21 januari 1910, W 8970.

HR 5 december 1913, ECLI:NL:HR:1913:156, *NJ* 1914/257.

HR 8 november 1963, ECLI:NL:HR:1963:53, *NJ* 1964/144.

HR 8 juni 1971, ECLI:NL:PHR:1971:AB4152, *NJ* 1971/414.

HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980, *NJ* 1985/548.

HR 22 juli 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3883, *NJ* 1988/912.

HR 13 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AC3227, *NJ* 1989/897.

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

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Klein (*Maclou-arrest*).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *TVVS* 1996/113, m.nt. H.P.J. Ophof (*Maclou-arrest*).

HR 19 december 2003, ECLI:NL:PHR:AN7817, *NJ* 2004/293, m.nt. P. Schilfgaarde (*Mobell-arrest*).

HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, *RvdW* 2019/1028 (*Ruwaard van Putten-arrest*)

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 (*Heiploeg-arrest*)

### **Bankruptcy Court**

Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 7 november 2001, Board of Directors of Compania General de Combustibles S.A. Case No.: 00-B-16083.

Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 3 maart 2004, McMullen v. Sevigny Case No.: 03-2444.

Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 30 oktober 2007, Alternate Family Care Case No.: 07-18203-BKC-RBR.

Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 23 juni 2008, Anderson Case No.: 08-11136.

Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 31 december 2008, Renaissance Hosp.-Grand Prairie Case No.: 08-43775-11.

### **Court of Appeals**

Court of Appeals for the Ninth Circuit (Verenigde Staten) 7 augustus 1987, Computer Communications Case No.: 824 F.2d 725.

## **9. PARLEMENTAIRE STUKKEN**

### **Brieven**

Brief van de Minister voor Medische Zorg en Sport van 19 juni 2020, 1707265-207068-PZO

### **Eerste Kamer**

*Kamerstukken I* 2019/2020, 35 249, B

### **Tweede Kamer**

*Kamerstukken II* 2003/2004, 29 763, 3.

*Kamerstukken II* 2004/2005, 30 186, 3.

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, 10.

*Kamerstukken II* 2014/15, 34 253, 3.

*Kamerstukken II* 2018/19, 31 016, 129.

*Kamerstukken II* 2018/19, 31 016, 146.

*Kamerstukken II* 2018/19, 31 016, 175.

*Kamerstukken II* 2018/19, 33 695, 18.

### **Amerikaanse Senaat**

*Congressional Senate record*, 1 maart 2005, vol. 151 No. 21.

### **Amerikaanse Huis van afgevaardigden**

*Congressional House report*, 8 april 2005, 109th congress, Rept. 109-31.

## **10. WEBSITES**

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-09/hospital-bankruptcies-leave-sick-and-injured-nowhere-to-go>

<https://www.beckershospitalreview.com/finance/19-hospital-bankruptcies-state-by-state.html>

<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2020/24/zorguitgaven-stegen-in-2019-met-5-2-procent>

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/333>

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/kwaliteit-van-de-zorg/toezicht-in-de-zorg>

## 11. BIJLAGEN

### BIJLAGE A

#### Section 101 (27A) Bankruptcy Code

(27A)The term “[health care business](#)”—

(A)means any public or private [entity](#) (without regard to whether that [entity](#) is organized for profit or not for profit) that is primarily engaged in offering to the general public facilities and services for—

(i)the diagnosis or treatment of injury, deformity, or disease; and

(ii)surgical, drug treatment, psychiatric, or obstetric care; and

(B)[includes](#)—

(i)any—

(I)general or specialized hospital;

(II)ancillary ambulatory, emergency, or surgical treatment facility;

(III)hospice;

(IV)home health agency; and

(V)other health care institution that is similar to an [entity](#) referred to in subclause (I), (II), (III), or (IV); and

(ii)any long-term care facility, [including](#) any—

(I)skilled nursing facility;

(II)intermediate care facility;

(III)assisted living facility;

(IV)home for the aged;

(V)domiciliary care facility; and

(VI)health care institution that is related to a facility referred to in subclause (I), (II), (III), (IV), or (V), if that institution is primarily engaged in offering room, board, laundry, or personal assistance with activities of daily living and incidentals to activities of daily living.

#### Section 101 (40 A/B) Bankruptcy Code

(40A)The term “[patient](#)” means any individual who obtains or receives services from a [health care business](#).

(40B)The term “[patient records](#)” means any record relating to a [patient](#), [including](#) a written document or a record recorded in a magnetic, optical, or other form of electronic medium.

#### Section 330 Bankruptcy Code

(a)(1)After notice to the parties in interest and the United States Trustee and a hearing, and subject to sections 326, 328, and 329, the court may award to a trustee, a consumer privacy ombudsman appointed under section 332, an examiner, an ombudsman appointed under section 333, or a professional person employed under section [327](#) or [1103](#)—

(A)reasonable compensation for actual, necessary services rendered by the trustee, examiner, ombudsman, professional person, or attorney and by any paraprofessional person employed by any such person; and

(B) reimbursement for actual, necessary expenses.

(2) The court may, on its own motion or on the motion of the United States Trustee, the United States Trustee for the District or Region, the trustee for the estate, or any other party in interest, award compensation that is less than the amount of compensation that is requested.

(3) In determining the amount of reasonable compensation to be awarded to an examiner, trustee under chapter 11, or professional person, the court shall consider the nature, the extent, and the value of such services, taking into account all relevant factors, including—

(A) the time spent on such services;

(B) the rates charged for such services;

(C) whether the services were necessary to the administration of, or beneficial at the time at which the service was rendered toward the completion of, a case under this title;

(D) whether the services were performed within a reasonable amount of time commensurate with the complexity, importance, and nature of the problem, issue, or task addressed;

(E) with respect to a professional person, whether the person is board certified or otherwise has demonstrated skill and experience in the bankruptcy field; and

(F) whether the compensation is reasonable based on the customary compensation charged by comparably skilled practitioners in cases other than cases under this title.

(4)(A) Except as provided in subparagraph (B), the court shall not allow compensation for—

(i) unnecessary duplication of services; or

(ii) services that were not—

(I) reasonably likely to benefit the debtor's estate; or

(II) necessary to the administration of the case.

(B) In a chapter 12 or chapter 13 case in which the debtor is an individual, the court may allow reasonable compensation to the debtor's attorney for representing the interests of the debtor in connection with the bankruptcy case based on a consideration of the benefit and necessity of such services to the debtor and the other factors set forth in this section.

(5) The court shall reduce the amount of compensation awarded under this section by the amount of any interim compensation awarded under section 331, and, if the amount of such interim compensation exceeds the amount of compensation awarded under this section, may order the return of the excess to the estate.

(6) Any compensation awarded for the preparation of a fee application shall be based on the level and skill reasonably required to prepare the application.

(7) In determining the amount of reasonable compensation to be awarded to a trustee, the court shall treat such compensation as a commission, based on section 326.

(b)(1) There shall be paid from the filing fee in a case under [chapter 7 of this title](#) \$45 to the trustee serving in such case, after such trustee's services are rendered.

(2) The Judicial Conference of the United States—

(A) shall prescribe additional fees of the same kind as prescribed under [section 1914\(b\) of title 28](#); and

(B) may prescribe notice of appearance fees and fees charged against distributions in cases under this title;

to pay \$15 to trustees serving in cases after such trustees' services are rendered. Beginning 1 year after the date of the enactment of the [Bankruptcy Reform Act of 1994](#), such \$15 shall be paid in addition to the amount paid under paragraph (1).

(c) Unless the court orders otherwise, in a case under chapter [12](#) or [13](#) of this title the compensation paid to the trustee serving in the case shall not be less than \$5 per month from any distribution under the plan during the administration of the plan.

(d) In a case in which the United States trustee serves as trustee, the compensation of the trustee under this section shall be paid to the clerk of the bankruptcy court and deposited by the clerk into the United States Trustee System Fund established by [section 589a of title 28](#).

([Pub. L. 95-598](#), Nov. 6, 1978, [92 Stat. 2564](#); [Pub. L. 98-353, title III](#), §§ 433, 434, July 10, 1984, [98 Stat. 370](#); [Pub. L. 99-554, title II](#), §§ 211, 257(f), Oct. 27, 1986, [100 Stat. 3099](#), 3114; [Pub. L. 103-394, title I, § 117](#), title II, § 224(b), Oct. 22, 1994, [108 Stat. 4119](#), 4130; [Pub. L. 109-8, title II, § 232\(b\)](#), title IV, §§ 407, 415, title XI, § 1104(b), Apr. 20, 2005, [119 Stat. 74](#), 106, 107, 192.)

## Section 333 Bankruptcy Code



(a)(1) If the debtor in a case under chapter 7, 9, or 11 is a health care business, the court shall order, not later than 30 days after the commencement of the case, the appointment of an ombudsman to monitor the quality of patient care and to represent the interests of the patients of the health care business unless the court finds that the appointment of such ombudsman is not necessary for the protection of patients under the specific facts of the case.

(2)(A) If the court orders the appointment of an ombudsman under paragraph (1), the United States trustee shall appoint 1 disinterested person (other than the United States trustee) to serve as such ombudsman.

(B) If the debtor is a health care business that provides long-term care, then the United States trustee may appoint the State Long-Term Care Ombudsman appointed under the [Older Americans Act of 1965](#) for the State in which the case is pending to serve as the ombudsman required by paragraph (1).

(C) If the United States trustee does not appoint a State Long-Term Care Ombudsman under subparagraph (B), the court shall notify the State Long-Term Care Ombudsman appointed under the [Older Americans Act of 1965](#) for the State in which the case is pending, of the name and address of the person who is appointed under subparagraph (A).

(b) An ombudsman appointed under subsection (a) shall—

(1) monitor the quality of patient care provided to patients of the debtor, to the extent necessary under the circumstances, including interviewing patients and physicians;

(2) not later than 60 days after the date of appointment, and not less frequently than at 60-day intervals thereafter, report to the court after notice to the parties in interest, at a hearing or in writing, regarding the quality of patient care provided to patients of the debtor; and

(3) if such ombudsman determines that the quality of patient care provided to patients of the debtor is declining significantly or is otherwise being materially compromised, file with the court a motion or a written report, with notice to the parties in interest immediately upon making such determination.

(c)(1) An ombudsman appointed under subsection (a) shall maintain any information obtained by such ombudsman under this section that relates to patients (including information relating to patient records) as confidential information. Such ombudsman may not review confidential patient records unless the court approves such review in advance and imposes restrictions on such ombudsman to protect the confidentiality of such records.

(2) An ombudsman appointed under subsection (a)(2)(B) shall have access to patient records consistent with authority of such ombudsman under the [Older Americans Act of 1965](#) and under non-Federal laws governing the State Long-Term Care Ombudsman program.

(Added [Pub. L. 109–8, title XI, § 1104\(a\)\(1\)](#), Apr. 20, 2005, [119 Stat. 191](#).)

## Section 362 Bankruptcy Code

(a) Except as provided in subsection (b) of this section, a petition filed under section [301](#), [302](#), or [303](#) of this title, or an application filed under section 5(a)(3) of the [Securities Investor Protection Act of 1970](#), operates as a stay, applicable to all entities, of—

(1) the commencement or continuation, including the issuance or employment of process, of a judicial, administrative, or other action or proceeding against the debtor that was or could have been commenced before the commencement of the case under this title, or to recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title;

(2) the enforcement, against the debtor or against property of the estate, of a judgment obtained before the commencement of the case under this title;

(3) any act to obtain possession of property of the estate or of property from the estate or to exercise control over property of the estate;

(4) any act to create, perfect, or enforce any lien against property of the estate;

(5) any act to create, perfect, or enforce against property of the debtor any lien to the extent that such lien secures a claim that arose before the commencement of the case under this title;

(6) any act to collect, assess, or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case under this title;

(7) the setoff of any debt owing to the debtor that arose before the commencement of the case under this title against any claim against the debtor; and

(8) the commencement or continuation of a proceeding before the United States Tax Court concerning a tax liability of a debtor that is a corporation for a taxable period the bankruptcy court may determine or concerning the tax liability of a debtor who is an individual for a taxable period ending before the date of the order for relief under this title.

(b) The filing of a petition under section [301](#), [302](#), or [303](#) of this title, or of an application under section 5(a)(3) of the [Securities Investor Protection Act of 1970](#), does not operate as a stay—

(1) under subsection (a) of this section, of the commencement or continuation of a criminal action or proceeding against the debtor;

(2) under subsection (a)—

(A) of the commencement or continuation of a civil action or proceeding—

- (i) for the establishment of paternity;
- (ii) for the establishment or modification of an order for domestic support obligations;
- (iii) concerning child custody or visitation;
- (iv) for the dissolution of a marriage, except to the extent that such proceeding seeks to determine the division of property that is property of the estate; or
- (v) regarding domestic violence;
- (B) of the collection of a domestic support obligation from property that is not property of the estate;
- (C) with respect to the withholding of income that is property of the estate or property of the debtor for payment of a domestic support obligation under a judicial or administrative order or a statute;
- (D) of the withholding, suspension, or restriction of a driver's license, a professional or occupational license, or a recreational license, under State law, as specified in section 466(a)(16) of the [Social Security Act](#);
- (E) of the reporting of overdue support owed by a parent to any consumer reporting agency as specified in section 466(a)(7) of the [Social Security Act](#);
- (F) of the interception of a tax refund, as specified in sections 464 and 466(a)(3) of the [Social Security Act](#) or under an analogous State law; or
- (G) of the enforcement of a medical obligation, as specified under title IV of the [Social Security Act](#);
- (3) under subsection (a) of this section, of any act to perfect, or to maintain or continue the perfection of, an interest in property to the extent that the trustee's rights and powers are subject to such perfection under [section 546\(b\) of this title](#) or to the extent that such act is accomplished within the period provided under [section 547\(e\)\(2\)\(A\) of this title](#);
- (4) under paragraph (1), (2), (3), or (6) of subsection (a) of this section, of the commencement or continuation of an action or proceeding by a governmental unit or any organization exercising authority under the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, opened for signature on January 13, 1993, to enforce such governmental unit's or organization's police and regulatory power, including the enforcement of a judgment other than a money judgment, obtained in an action or proceeding by the governmental unit to enforce such governmental unit's or organization's police or regulatory power;
- [(5) Repealed. [Pub. L. 105-277, div. I, title VI, § 603\(1\)](#), Oct. 21, 1998, [112 Stat. 2681-866](#);
- (6) under subsection (a) of this section, of the exercise by a commodity broker, forward contract merchant, stockbroker, financial institution, financial participant, or securities clearing agency of any contractual right (as defined in section 555 or 556) under any security agreement or arrangement or other credit enhancement forming a part of or related to any commodity contract, forward contract or securities contract, or of any contractual right (as defined in section 555 or 556) to offset or net out any termination value, payment amount, or other transfer obligation arising under or in connection with 1 or more such contracts, including any master agreement for such contracts;
- (7) under subsection (a) of this section, of the exercise by a repo participant or financial participant of any contractual right (as defined in [section 559](#)) under any security agreement or arrangement or other credit enhancement forming a part of or related to any repurchase agreement, or of any contractual right (as defined in section 559) to offset or net out any termination value, payment amount, or other transfer obligation arising under or in connection with 1 or more such agreements, including any master agreement for such agreements;
- (8) under subsection (a) of this section, of the commencement of any action by the Secretary of Housing and Urban Development to foreclose a mortgage or deed of trust in any case in which the mortgage or deed of trust held by the Secretary is insured or was formerly insured under the [National Housing Act](#) and covers property, or combinations of property, consisting of five or more living units;
- (9) under subsection (a), of—
  - (A) an audit by a governmental unit to determine tax liability;
  - (B) the issuance to the debtor by a governmental unit of a notice of tax deficiency;
  - (C) a demand for tax returns; or
  - (D) the making of an assessment for any tax and issuance of a notice and demand for payment of such an assessment (but any tax lien that would otherwise attach to property of the estate by reason of such an assessment shall not take effect unless such tax is a debt of the debtor that will not be discharged in the case and such property or its proceeds are transferred out of the estate to, or otherwise revested in, the debtor).
- (10) under subsection (a) of this section, of any act by a lessor to the debtor under a lease of nonresidential real property that has terminated by the expiration of the stated term of the lease before the commencement of or during a case under this title to obtain possession of such property;
- (11) under subsection (a) of this section, of the presentment of a negotiable instrument and the giving of notice of and protesting dishonor of such an instrument;
- (12) under subsection (a) of this section, after the date which is 90 days after the filing of such petition, of the commencement or continuation, and conclusion to the entry of final judgment, of an action which involves a debtor subject to reorganization pursuant to [chapter 11 of this title](#) and which was brought by the Secretary of Transportation under [section 31325 of title 46](#) (including distribution of any

proceeds of sale) to foreclose a preferred ship or fleet mortgage, or a security interest in or relating to a vessel or vessel under construction, held by the Secretary of Transportation under chapter 537 of title 46 or [section 109\(h\) of title 49](#), or under applicable State law;

(13) under subsection (a) of this section, after the date which is 90 days after the filing of such petition, of the commencement or continuation, and conclusion to the entry of final judgment, of an action which involves a debtor subject to reorganization pursuant to [chapter 11 of this title](#) and which was brought by the Secretary of Commerce under [section 31325 of title 46](#) (including distribution of any proceeds of sale) to foreclose a preferred ship or fleet mortgage in a vessel or a mortgage, deed of trust, or other security interest in a fishing facility held by the Secretary of Commerce under chapter 537 of title 46;

(14) under subsection (a) of this section, of any action by an accrediting agency regarding the accreditation status of the debtor as an educational institution;

(15) under subsection (a) of this section, of any action by a State licensing body regarding the licensure of the debtor as an educational institution;

(16) under subsection (a) of this section, of any action by a guaranty agency, as defined in section 435(j) of the [Higher Education Act of 1965](#) or the Secretary of Education regarding the eligibility of the debtor to participate in programs authorized under such Act;

(17) under subsection (a) of this section, of the exercise by a swap participant or financial participant of any contractual right (as defined in [section 560](#)) under any security agreement or arrangement or other credit enhancement forming a part of or related to any swap agreement, or of any contractual right (as defined in section 560) to offset or net out any termination value, payment amount, or other transfer obligation arising under or in connection with 1 or more such agreements, including any master agreement for such agreements;

(18) under subsection (a) of the creation or perfection of a statutory lien for an ad valorem property tax, or a special tax or special assessment on real property whether or not ad valorem, imposed by a governmental unit, if such tax or assessment comes due after the date of the filing of the petition;

(19) under subsection (a), of withholding of income from a debtor's wages and collection of amounts withheld, under the debtor's agreement authorizing that withholding and collection for the benefit of a pension, profit-sharing, stock bonus, or other plan established under section 401, 403, 408, 408A, 414, 457, or 501(c) of the [Internal Revenue Code of 1986](#), that is sponsored by the employer of the debtor, or an affiliate, successor, or predecessor of such employer—

(A) to the extent that the amounts withheld and collected are used solely for payments relating to a loan from a plan under section 408(b)(1) of the [Employee Retirement Income Security Act of 1974](#) or is subject to section 72(p) of the [Internal Revenue Code of 1986](#); or

(B) a loan from a thrift savings plan permitted under subchapter III of chapter 84 of title 5, that satisfies the requirements of section 8433(g) of such title;

but nothing in this paragraph may be construed to provide that any loan made under a governmental plan under section 414(d), or a contract or account under section 403(b), of the [Internal Revenue Code of 1986](#) constitutes a claim or a debt under this title;

(20) under subsection (a), of any act to enforce any lien against or security interest in real property following entry of the order under subsection (d)(4) as to such real property in any prior case under this title, for a period of 2 years after the date of the entry of such an order, except that the debtor, in a subsequent case under this title, may move for relief from such order based upon changed circumstances or for other good cause shown, after notice and a hearing;

(21) under subsection (a), of any act to enforce any lien against or security interest in real property—

(A) if the debtor is ineligible under [section 109\(g\)](#) to be a debtor in a case under this title; or

(B) if the case under this title was filed in violation of a bankruptcy court order in a prior case under this title prohibiting the debtor from being a debtor in another case under this title;

(22) subject to subsection (l), under subsection (a)(3), of the continuation of any eviction, unlawful detainer action, or similar proceeding by a lessor against a debtor involving residential property in which the debtor resides as a tenant under a lease or rental agreement and with respect to which the lessor has obtained before the date of the filing of the bankruptcy petition, a judgment for possession of such property against the debtor;

(23) subject to subsection (m), under subsection (a)(3), of an eviction action that seeks possession of the residential property in which the debtor resides as a tenant under a lease or rental agreement based on endangerment of such property or the illegal use of controlled substances on such property, but only if the lessor files with the court, and serves upon the debtor, a certification under penalty of perjury that such an eviction action has been filed, or that the debtor, during the 30-day period preceding the date of the filing of the certification, has endangered property or illegally used or allowed to be used a controlled substance on the property;

(24) under subsection (a), of any transfer that is not avoidable under section 544 and that is not avoidable under section 549;

(25) under subsection (a), of—

(A) the commencement or continuation of an investigation or action by a securities self regulatory organization to enforce such organization's regulatory power;

(B) the enforcement of an order or decision, other than for monetary sanctions, obtained in an action by such securities self regulatory organization to enforce such organization's regulatory power; or

(C) any act taken by such securities self regulatory organization to delist, delete, or refuse to permit quotation of any stock that does not meet applicable regulatory requirements;

**(26)**under subsection (a), of the setoff under applicable nonbankruptcy law of an income tax refund, by a governmental unit, with respect to a taxable period that ended before the date of the order for relief against an income tax liability for a taxable period that also ended before the date of the order for relief, except that in any case in which the setoff of an income tax refund is not permitted under applicable nonbankruptcy law because of a pending action to determine the amount or legality of a tax liability, the governmental unit may hold the refund pending the resolution of the action, unless the court, on the motion of the trustee and after notice and a hearing, grants the taxing authority adequate protection (within the meaning of [section 361](#)) for the secured claim of such authority in the setoff under section 506(a);

**(27)**under subsection (a) of this section, of the exercise by a master netting agreement participant of any contractual right (as defined in section [555](#), [556](#), [559](#), or [560](#)) under any security agreement or arrangement or other credit enhancement forming a part of or related to any master netting agreement, or of any contractual right (as defined in section 555, 556, 559, or 560) to offset or net out any termination value, payment amount, or other transfer obligation arising under or in connection with 1 or more such master netting agreements to the extent that such participant is eligible to exercise such rights under paragraph (6), (7), or (17) for each individual contract covered by the master netting agreement in issue; and

**(28)**under subsection (a), of the exclusion by the Secretary of Health and Human Services of the debtor from participation in the medicare program or any other Federal health care program (as defined in section 1128B(f) of the [Social Security Act](#) pursuant to title XI or XVIII of such Act).

The provisions of paragraphs (12) and (13) of this subsection shall apply with respect to any such petition filed on or before December 31, 1989.

**(c)**Except as provided in subsections (d), (e), (f), and (h) of this section—

**(1)**the stay of an act against property of the estate under subsection (a) of this section continues until such property is no longer property of the estate;

**(2)**the stay of any other act under subsection (a) of this section continues until the earliest of—

**(A)**the time the case is closed;

**(B)**the time the case is dismissed; or

**(C)**if the case is a case under [chapter 7 of this title](#) concerning an individual or a case under [chapter 9](#), [11](#), [12](#), or [13](#) of this title, the time a discharge is granted or denied;

**(3)**if a single or joint case is filed by or against a debtor who is an individual in a case under chapter 7, 11, or 13, and if a single or joint case of the debtor was pending within the preceding 1-year period but was dismissed, other than a case refiled under a chapter other than chapter 7 after dismissal under [section 707\(b\)](#)—

**(A)**the stay under subsection (a) with respect to any action taken with respect to a debt or property securing such debt or with respect to any lease shall terminate with respect to the debtor on the 30th day after the filing of the later case;

**(B)**on the motion of a party in interest for continuation of the automatic stay and upon notice and a hearing, the court may extend the stay in particular cases as to any or all creditors (subject to such conditions or limitations as the court may then impose) after notice and a hearing completed before the expiration of the 30-day period only if the party in interest demonstrates that the filing of the later case is in good faith as to the creditors to be stayed; and

**(C)**for purposes of subparagraph (B), a case is presumptively filed not in good faith (but such presumption may be rebutted by clear and convincing evidence to the contrary)—

**(i)**as to all creditors, if—

**(I)**more than 1 previous case under any of chapters [7](#), [11](#), and [13](#) in which the individual was a debtor was pending within the preceding 1-year period;

**(II)**a previous case under any of chapters [7](#), [11](#), and [13](#) in which the individual was a debtor was dismissed within such 1-year period, after the debtor failed to—

**(aa)**file or amend the petition or other documents as required by this title or the court without substantial excuse (but mere inadvertence or negligence shall not be a substantial excuse unless the dismissal was caused by the negligence of the debtor's attorney);

**(bb)**provide adequate protection as ordered by the court; or

**(cc)**perform the terms of a plan confirmed by the court; or

**(III)**there has not been a substantial change in the financial or personal affairs of the debtor since the dismissal of the next most previous case under chapter [7](#), [11](#), or [13](#) or any other reason to conclude that the later case will be concluded—

**(aa)**if a case under chapter 7, with a discharge; or

**(bb)**if a case under [chapter 11](#) or 13, with a confirmed plan that will be fully performed; and

**(ii)**as to any creditor that commenced an action under subsection (d) in a previous case in which the individual was a debtor if, as of the date of dismissal of such case, that action was still pending or had been resolved by terminating, conditioning, or limiting the stay as to actions of such creditor; and

**(4)(A)(i)**if a single or joint case is filed by or against a debtor who is an individual under this title, and if 2 or more single or joint cases of the debtor were pending within the previous year but were dismissed, other than a case refiled under a chapter other than chapter 7 after dismissal under section 707(b), the stay under subsection (a) shall not go into effect upon the filing of the later case; and

- (ii) on request of a party in interest, the court shall promptly enter an order confirming that no stay is in effect;
- (B) if, within 30 days after the filing of the later case, a party in interest requests the court may order the stay to take effect in the case as to any or all creditors (subject to such conditions or limitations as the court may impose), after notice and a hearing, only if the party in interest demonstrates that the filing of the later case is in good faith as to the creditors to be stayed;
- (C) a stay imposed under subparagraph (B) shall be effective on the date of the entry of the order allowing the stay to go into effect; and
- (D) for purposes of subparagraph (B), a case is presumptively filed not in good faith (but such presumption may be rebutted by clear and convincing evidence to the contrary)—
  - (i) as to all creditors if—
    - (I) 2 or more previous cases under this title in which the individual was a debtor were pending within the 1-year period;
    - (II) a previous case under this title in which the individual was a debtor was dismissed within the time period stated in this paragraph after the debtor failed to file or amend the petition or other documents as required by this title or the court without substantial excuse (but mere inadvertence or negligence shall not be substantial excuse unless the dismissal was caused by the negligence of the debtor’s attorney), failed to provide adequate protection as ordered by the court, or failed to perform the terms of a plan confirmed by the court; or
    - (III) there has not been a substantial change in the financial or personal affairs of the debtor since the dismissal of the next most previous case under this title, or any other reason to conclude that the later case will not be concluded, if a case under chapter 7, with a discharge, and if a case under [chapter 11](#) or 13, with a confirmed plan that will be fully performed; or
  - (ii) as to any creditor that commenced an action under subsection (d) in a previous case in which the individual was a debtor if, as of the date of dismissal of such case, such action was still pending or had been resolved by terminating, conditioning, or limiting the stay as to such action of such creditor.
- (d) On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court shall grant relief from the stay provided under subsection (a) of this section, such as by terminating, annulling, modifying, or conditioning such stay—
  - (1) for cause, including the lack of adequate protection of an interest in property of such party in interest;
  - (2) with respect to a stay of an act against property under subsection (a) of this section, if—
    - (A) the debtor does not have an equity in such property; and
    - (B) such property is not necessary to an effective reorganization;
    - (3) with respect to a stay of an act against single asset real estate under subsection (a), by a creditor whose claim is secured by an interest in such real estate, unless, not later than the date that is 90 days after the entry of the order for relief (or such later date as the court may determine for cause by order entered within that 90-day period) or 30 days after the court determines that the debtor is subject to this paragraph, whichever is later—
      - (A) the debtor has filed a plan of reorganization that has a reasonable possibility of being confirmed within a reasonable time; or
      - (B) the debtor has commenced monthly payments that—
        - (i) may, in the debtor’s sole discretion, notwithstanding section 363(c)(2), be made from rents or other income generated before, on, or after the date of the commencement of the case by or from the property to each creditor whose claim is secured by such real estate (other than a claim secured by a judgment lien or by an unmatured statutory lien); and
        - (ii) are in an amount equal to interest at the then applicable nondefault contract rate of interest on the value of the creditor’s interest in the real estate; or
      - (4) with respect to a stay of an act against real property under subsection (a), by a creditor whose claim is secured by an interest in such real property, if the court finds that the filing of the petition was part of a scheme to delay, hinder, or defraud creditors that involved either—
        - (A) transfer of all or part ownership of, or other interest in, such real property without the consent of the secured creditor or court approval; or
        - (B) multiple bankruptcy filings affecting such real property.

If recorded in compliance with applicable State laws governing notices of interests or liens in real property, an order entered under paragraph (4) shall be binding in any other case under this title purporting to affect such real property filed not later than 2 years after the date of the entry of such order by the court, except that a debtor in a subsequent case under this title may move for relief from such order based upon changed circumstances or for good cause shown, after notice and a hearing. Any Federal, State, or local governmental unit that accepts notices of interests or liens in real property shall accept any certified copy of an order described in this subsection for indexing and recording.

(e)(1) Thirty days after a request under subsection (d) of this section for relief from the stay of any act against property of the estate under subsection (a) of this section, such stay is terminated with respect to the party in interest making such request, unless the court, after notice and a hearing, orders such stay continued in effect pending the conclusion of, or as a result of, a final hearing and determination under subsection (d) of this section. A hearing under this subsection may be a preliminary hearing, or may be consolidated with the final hearing under subsection (d) of this section. The court shall order such stay continued in effect pending the conclusion of the final hearing under subsection (d) of this section if there is a reasonable likelihood that the party opposing relief from such stay will prevail at the conclusion of such final hearing. If the hearing under this subsection is a preliminary hearing, then such final hearing shall be concluded not later than thirty days after the conclusion of such preliminary hearing, unless the 30-day period is extended with the consent of the parties in interest or for a specific time which the court finds is required by compelling circumstances.

(2) Notwithstanding paragraph (1), in a case under chapter 7, 11, or 13 in which the debtor is an individual, the stay under subsection (a) shall terminate on the date that is 60 days after a request is made by a party in interest under subsection (d), unless—

(A) a final decision is rendered by the court during the 60-day period beginning on the date of the request; or

(B) such 60-day period is extended—

(i) by agreement of all parties in interest; or

(ii) by the court for such specific period of time as the court finds is required for good cause, as described in findings made by the court.

(f) Upon request of a party in interest, the court, with or without a hearing, shall grant such relief from the stay provided under subsection (a) of this section as is necessary to prevent irreparable damage to the interest of an entity in property, if such interest will suffer such damage before there is an opportunity for notice and a hearing under subsection (d) or (e) of this section.

(g) In any hearing under subsection (d) or (e) of this section concerning relief from the stay of any act under subsection (a) of this section—

(1) the party requesting such relief has the burden of proof on the issue of the debtor's equity in property; and

(2) the party opposing such relief has the burden of proof on all other issues.

(h)(1) In a case in which the debtor is an individual, the stay provided by subsection (a) is terminated with respect to personal property of the estate or of the debtor securing in whole or in part a claim, or subject to an unexpired lease, and such personal property shall no longer be property of the estate if the debtor fails within the applicable time set by [section 521\(a\)\(2\)](#)—

(A) to file timely any statement of intention required under [section 521\(a\)\(2\)](#) with respect to such personal property or to indicate in such statement that the debtor will either surrender such personal property or retain it and, if retaining such personal property, either redeem such personal property pursuant to [section 722](#), enter into an agreement of the kind specified in [section 524\(c\)](#) applicable to the debt secured by such personal property, or assume such unexpired lease pursuant to [section 365\(p\)](#) if the trustee does not do so, as applicable; and

(B) to take timely the action specified in such statement, as it may be amended before expiration of the period for taking action, unless such statement specifies the debtor's intention to reaffirm such debt on the original contract terms and the creditor refuses to agree to the reaffirmation on such terms.

(2) Paragraph (1) does not apply if the court determines, on the motion of the trustee filed before the expiration of the applicable time set by [section 521\(a\)\(2\)](#), after notice and a hearing, that such personal property is of consequential value or benefit to the estate, and orders appropriate adequate protection of the creditor's interest, and orders the debtor to deliver any collateral in the debtor's possession to the trustee. If the court does not so determine, the stay provided by subsection (a) shall terminate upon the conclusion of the hearing on the motion.

(i) If a case commenced under chapter 7, 11, or 13 is dismissed due to the creation of a debt repayment plan, for purposes of subsection (c)(3), any subsequent case commenced by the debtor under any such chapter shall not be presumed to be filed not in good faith.

(j) On request of a party in interest, the court shall issue an order under subsection (c) confirming that the automatic stay has been terminated.

(k)(1) Except as provided in paragraph (2), an individual injured by any willful violation of a stay provided by this section shall recover actual damages, including costs and attorneys' fees, and, in appropriate circumstances, may recover punitive damages.

(2) If such violation is based on an action taken by an entity in the good faith belief that subsection (h) applies to the debtor, the recovery under paragraph (1) of this subsection against such entity shall be limited to actual damages.

(l)(1) Except as otherwise provided in this subsection, subsection (b)(22) shall apply on the date that is 30 days after the date on which the bankruptcy petition is filed, if the debtor files with the petition and serves upon the lessor a certification under penalty of perjury that—

(A) under nonbankruptcy law applicable in the jurisdiction, there are circumstances under which the debtor would be permitted to cure the entire monetary default that gave rise to the judgment for possession, after that judgment for possession was entered; and

(B) the debtor (or an adult dependent of the debtor) has deposited with the clerk of the court, any rent that would become due during the 30-day period after the filing of the bankruptcy petition.

(2) If, within the 30-day period after the filing of the bankruptcy petition, the debtor (or an adult dependent of the debtor) complies with paragraph (1) and files with the court and serves upon the lessor a further certification under penalty of perjury that the debtor (or an adult dependent of the debtor) has cured, under nonbankruptcy law applicable in the jurisdiction, the entire monetary default that gave rise to the judgment under which possession is sought by the lessor, subsection (b)(22) shall not apply, unless ordered to apply by the court under paragraph (3).

(3)(A) If the lessor files an objection to any certification filed by the debtor under paragraph (1) or (2), and serves such objection upon the debtor, the court shall hold a hearing within 10 days after the filing and service of such objection to determine if the certification filed by the debtor under paragraph (1) or (2) is true.

(B) If the court upholds the objection of the lessor filed under subparagraph (A)—

(i) subsection (b)(22) shall apply immediately and relief from the stay provided under subsection (a)(3) shall not be required to enable the lessor to complete the process to recover full possession of the property; and

(ii) the clerk of the court shall immediately serve upon the lessor and the debtor a certified copy of the court's order upholding the lessor's objection.



- (4)**If a debtor, in accordance with paragraph (5), indicates on the petition that there was a judgment for possession of the residential rental property in which the debtor resides and does not file a certification under paragraph (1) or (2)—
- (A)**subsection (b)(22) shall apply immediately upon failure to file such certification, and relief from the stay provided under subsection (a)(3) shall not be required to enable the lessor to complete the process to recover full possession of the property; and
- (B)**the clerk of the court shall immediately serve upon the lessor and the debtor a certified copy of the docket indicating the absence of a filed certification and the applicability of the exception to the stay under subsection (b)(22).
- (5)(A)**Where a judgment for possession of residential property in which the debtor resides as a tenant under a lease or rental agreement has been obtained by the lessor, the debtor shall so indicate on the bankruptcy petition and shall provide the name and address of the lessor that obtained that pre-petition judgment on the petition and on any certification filed under this subsection.
- (B)**The form of certification filed with the petition, as specified in this subsection, shall provide for the debtor to certify, and the debtor shall certify—
- (i)**whether a judgment for possession of residential rental housing in which the debtor resides has been obtained against the debtor before the date of the filing of the petition; and
- (ii)**whether the debtor is claiming under paragraph (1) that under nonbankruptcy law applicable in the jurisdiction, there are circumstances under which the debtor would be permitted to cure the entire monetary default that gave rise to the judgment for possession, after that judgment of possession was entered, and has made the appropriate deposit with the court.
- (C)**The standard forms (electronic and otherwise) used in a bankruptcy proceeding shall be amended to reflect the requirements of this subsection.
- (D)**The clerk of the court shall arrange for the prompt transmittal of the rent deposited in accordance with paragraph (1)(B) to the lessor.
- (m)(1)**Except as otherwise provided in this subsection, subsection (b)(23) shall apply on the date that is 15 days after the date on which the lessor files and serves a certification described in subsection (b)(23).
- (2)(A)**If the debtor files with the court an objection to the truth or legal sufficiency of the certification described in subsection (b)(23) and serves such objection upon the lessor, subsection (b)(23) shall not apply, unless ordered to apply by the court under this subsection.
- (B)**If the debtor files and serves the objection under subparagraph (A), the court shall hold a hearing within 10 days after the filing and service of such objection to determine if the situation giving rise to the lessor's certification under paragraph (1) existed or has been remedied.
- (C)**If the debtor can demonstrate to the satisfaction of the court that the situation giving rise to the lessor's certification under paragraph (1) did not exist or has been remedied, the stay provided under subsection (a)(3) shall remain in effect until the termination of the stay under this section.
- (D)**If the debtor cannot demonstrate to the satisfaction of the court that the situation giving rise to the lessor's certification under paragraph (1) did not exist or has been remedied—
- (i)**relief from the stay provided under subsection (a)(3) shall not be required to enable the lessor to proceed with the eviction; and
- (ii)**the clerk of the court shall immediately serve upon the lessor and the debtor a certified copy of the court's order upholding the lessor's certification.
- (3)**If the debtor fails to file, within 15 days, an objection under paragraph (2)(A)—
- (A)**subsection (b)(23) shall apply immediately upon such failure and relief from the stay provided under subsection (a)(3) shall not be required to enable the lessor to complete the process to recover full possession of the property; and
- (B)**the clerk of the court shall immediately serve upon the lessor and the debtor a certified copy of the docket indicating such failure.
- (n)(1)**Except as provided in paragraph (2), subsection (a) does not apply in a case in which the debtor—
- (A)**is a debtor in a small business case pending at the time the petition is filed;
- (B)**was a debtor in a small business case that was dismissed for any reason by an order that became final in the 2-year period ending on the date of the order for relief entered with respect to the petition;
- (C)**was a debtor in a small business case in which a plan was confirmed in the 2-year period ending on the date of the order for relief entered with respect to the petition; or
- (D)**is an entity that has acquired substantially all of the assets or business of a small business debtor described in subparagraph (A), (B), or (C), unless such entity establishes by a preponderance of the evidence that such entity acquired substantially all of the assets or business of such small business debtor in good faith and not for the purpose of evading this paragraph.
- (2)**Paragraph (1) does not apply—
- (A)**to an involuntary case involving no collusion by the debtor with creditors; or
- (B)**to the filing of a petition if—
- (i)**the debtor proves by a preponderance of the evidence that the filing of the petition resulted from circumstances beyond the control of the debtor not foreseeable at the time the case then pending was filed; and

(ii) it is more likely than not that the court will confirm a feasible plan, but not a liquidating plan, within a reasonable period of time.

(o) The exercise of rights not subject to the stay arising under subsection (a) pursuant to paragraph (6), (7), (17), or (27) of subsection (b) shall not be stayed by any order of a court or administrative agency in any proceeding under this title.

(Pub. L. 95–598, Nov. 6, 1978, [92 Stat. 2570](#); Pub. L. 97–222, § 3, July 27, 1982, [96 Stat. 235](#); Pub. L. 98–353, title III, §§ 304, 363(b), 392, 441, July 10, 1984, [98 Stat. 352](#), 363, 365, 371; Pub. L. 99–509, title V, § 5001(a), Oct. 21, 1986, [100 Stat. 1911](#); Pub. L. 99–554, title II, §§ 257(j), 283(d), Oct. 27, 1986, [100 Stat. 3115](#), 3116; Pub. L. 101–311, title I, § 102, title II, § 202, June 25, 1990, [104 Stat. 267](#), 269; Pub. L. 101–508, title III, § 3007(a)(1), Nov. 5, 1990, [104 Stat. 1388–28](#); Pub. L. 103–394, title I, §§ 101, 116, title II, §§ 204(a), 218(b), title III, § 304(b), title IV, § 401, title V, § 501(b)(2), (d)(7), Oct. 22, 1994, [108 Stat. 4107](#), 4119, 4122, 4128, 4132, 4141, 4142, 4144; Pub. L. 105–277, div. I, title VI, § 603, Oct. 21, 1998, [112 Stat. 2681–886](#); Pub. L. 109–8, title I, § 106(f), title II, §§ 214, 224(b), title III, §§ 302, 303, 305(1), 311, 320, title IV, §§ 401(b), 441, 444, title VII, §§ 709, 718, title IX, § 907(d), (o)(1), (2), title XI, § 1106, title XII, § 1225, Apr. 20, 2005, [119 Stat. 41](#), 54, 64, 75, 77, 79, 84, 94, 104, 114, 117, 127, 131, 176, 181, 182, 192, 199; Pub. L. 109–304, § 17(b)(1), Oct. 6, 2006, [120 Stat. 1706](#); Pub. L. 109–390, § 5(a)(2), Dec. 12, 2006, [120 Stat. 2696](#); Pub. L. 111–327, § 2(a)(12), Dec. 22, 2010, [124 Stat. 3558](#).)

## Section 503 Bankruptcy Code

(a) An entity may timely file a request for payment of an administrative expense, or may tardily file such request if permitted by the court for cause.

(b) After notice and a hearing, there shall be allowed administrative expenses, other than claims allowed under [section 502\(f\) of this title](#), including—

(1)(A) the actual, necessary costs and expenses of preserving the estate including—

(i) wages, salaries, and commissions for services rendered after the commencement of the case; and

(ii) wages and benefits awarded pursuant to a judicial proceeding or a proceeding of the National Labor Relations Board as back pay attributable to any period of time occurring after commencement of the case under this title, as a result of a violation of Federal or State law by the debtor, without regard to the time of the occurrence of unlawful conduct on which such award is based or to whether any services were rendered, if the court determines that payment of wages and benefits by reason of the operation of this clause will not substantially increase the probability of layoff or termination of current employees, or of nonpayment of domestic support obligations, during the case under this title;

(B) any tax—

(i) incurred by the estate, whether secured or unsecured, including property taxes for which liability is in rem, in personam, or both, except a tax of a kind specified in [section 507\(a\)\(8\) of this title](#); or

(ii) attributable to an excessive allowance of a tentative carryback adjustment that the estate received, whether the taxable year to which such adjustment relates ended before or after the commencement of the case;

(C) any fine, penalty, or reduction in credit relating to a tax of a kind specified in subparagraph (B) of this paragraph; and

(D) notwithstanding the requirements of subsection (a), a governmental unit shall not be required to file a request for the payment of an expense described in subparagraph (B) or (C), as a condition of its being an allowed administrative expense;

(2) compensation and reimbursement awarded under [section 330\(a\) of this title](#);

(3) the actual, necessary expenses, other than compensation and reimbursement specified in paragraph (4) of this subsection, incurred by—

(A) a creditor that files a petition under [section 303 of this title](#);

(B) a creditor that recovers, after the court's approval, for the benefit of the estate any property transferred or concealed by the debtor;

(C) a creditor in connection with the prosecution of a criminal offense relating to the case or to the business or property of the debtor;

(D) a creditor, an indenture trustee, an equity security holder, or a committee representing creditors or equity security holders other than a committee appointed under [section 1102 of this title](#), in making a substantial contribution in a case under chapter 9 or 11 of this title;

(E) a custodian superseded under [section 543 of this title](#), and compensation for the services of such custodian; or

(F) a member of a committee appointed under [section 1102 of this title](#), if such expenses are incurred in the performance of the duties of such committee;

(4) reasonable compensation for professional services rendered by an attorney or an accountant of an entity whose expense is allowable under subparagraph (A), (B), (C), (D), or (E) of paragraph (3) of this subsection, based on the time, the nature, the extent, and the value of such services, and the cost of comparable services other than in a case under this title, and reimbursement for actual, necessary expenses incurred by such attorney or accountant;

(5) reasonable compensation for services rendered by an indenture trustee in making a substantial contribution in a case under chapter 9 or 11 of this title, based on the time, the nature, the extent, and the value of such services, and the cost of comparable services other than in a case under this title;



(6)the fees and mileage payable under chapter 119 of title 28;

(7)with respect to a nonresidential real property lease previously assumed under section 365, and subsequently rejected, a sum equal to all monetary obligations due, excluding those arising from or relating to a failure to operate or a penalty provision, for the period of 2 years following the later of the rejection date or the date of actual turnover of the premises, without reduction or setoff for any reason whatsoever except for sums actually received or to be received from an entity other than the debtor, and the claim for remaining sums due for the balance of the term of the lease shall be a claim under section 502(b)(6);

(8)the actual, necessary costs and expenses of closing a health care business incurred by a trustee or by a Federal agency (as defined in [section 551\(1\) of title 5](#)) or a department or agency of a State or political subdivision thereof, including any cost or expense incurred—

(A)in disposing of patient records in accordance with section 351; or

(B)in connection with transferring patients from the health care business that is in the process of being closed to another health care business; and

(9)the value of any goods received by the debtor within 20 days before the date of commencement of a case under this title in which the goods have been sold to the debtor in the ordinary course of such debtor's business.

(c)Notwithstanding subsection (b), there shall neither be allowed, nor paid—

(1)a transfer made to, or an obligation incurred for the benefit of, an insider of the debtor for the purpose of inducing such person to remain with the debtor's business, absent a finding by the court based on evidence in the record that—

(A)the transfer or obligation is essential to retention of the person because the individual has a bona fide job offer from another business at the same or greater rate of compensation;

(B)the services provided by the person are essential to the survival of the business; and

(C)either—

(i)the amount of the transfer made to, or obligation incurred for the benefit of, the person is not greater than an amount equal to 10 times the amount of the mean transfer or obligation of a similar kind given to nonmanagement employees for any purpose during the calendar year in which the transfer is made or the obligation is incurred; or

(ii)if no such similar transfers were made to, or obligations were incurred for the benefit of, such nonmanagement employees during such calendar year, the amount of the transfer or obligation is not greater than an amount equal to 25 percent of the amount of any similar transfer or obligation made to or incurred for the benefit of such insider for any purpose during the calendar year before the year in which such transfer is made or obligation is incurred;

(2)a severance payment to an insider of the debtor, unless—

(A)the payment is part of a program that is generally applicable to all full-time employees; and

(B)the amount of the payment is not greater than 10 times the amount of the mean severance pay given to nonmanagement employees during the calendar year in which the payment is made; or

(3)other transfers or obligations that are outside the ordinary course of business and not justified by the facts and circumstances of the case, including transfers made to, or obligations incurred for the benefit of, officers, managers, or consultants hired after the date of the filing of the petition.

([Pub. L. 95–598](#), Nov. 6, 1978, [92 Stat. 2581](#); [Pub. L. 98–353, title III, § 446](#), July 10, 1984, [98 Stat. 374](#); [Pub. L. 99–554, title II, § 283\(g\)](#), Oct. 27, 1986, [100 Stat. 3117](#); [Pub. L. 103–394, title I, § 110](#), title II, § 213(c), title III, § 304(h)(2), Oct. 22, 1994, [108 Stat. 4113](#), 4126, 4134; [Pub. L. 109–8, title III](#), §§ 329, 331, title IV, § 445, title VII, § 712(b), (c), title XI, § 1103, title XII, §§ 1208, 1227(b), Apr. 20, 2005, [119 Stat. 101](#), 102, 117, 128, 190, 194, 200.)

## Section 554 Bankruptcy Code

(a)After notice and a hearing, the trustee may abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate.

(b)On request of a party in interest and after notice and a hearing, the court may order the trustee to abandon any property of the estate that is burdensome to the estate or that is of inconsequential value and benefit to the estate.

(c)Unless the court orders otherwise, any property scheduled under [section 521\(a\)\(1\) of this title](#) not otherwise administered at the time of the closing of a case is abandoned to the debtor and administered for purposes of [section 350 of this title](#).

(d)Unless the court orders otherwise, property of the estate that is not abandoned under this section and that is not administered in the case remains property of the estate.

([Pub. L. 95–598](#), Nov. 6, 1978, [92 Stat. 2603](#); [Pub. L. 98–353, title III, § 468](#), July 10, 1984, [98 Stat. 380](#); [Pub. L. 99–554, title II, § 283\(p\)](#), Oct. 27, 1986, [100 Stat. 3118](#); [Pub. L. 111–327, § 2\(a\)\(23\)](#), Dec. 22, 2010, [124 Stat. 3560](#).)

## Section 704 Bankruptcy Code

(a)The trustee shall—

(1)collect and reduce to money the property of the estate for which such trustee serves, and close such estate as expeditiously as is compatible with the best interests of parties in interest;

(2)be accountable for all property received;

(3)ensure that the debtor shall perform his intention as specified in [section 521\(a\)\(2\)\(B\) of this title](#);

(4)investigate the financial affairs of the debtor;

(5)if a purpose would be served, examine proofs of claims and object to the allowance of any claim that is improper;

(6)if advisable, oppose the discharge of the debtor;

(7)unless the court orders otherwise, furnish such information concerning the estate and the estate's administration as is requested by a party in interest;

(8)if the business of the debtor is authorized to be operated, file with the court, with the United States trustee, and with any governmental unit charged with responsibility for collection or determination of any tax arising out of such operation, periodic reports and summaries of the operation of such business, including a statement of receipts and disbursements, and such other information as the United States trustee or the court requires;

(9)make a final report and file a final account of the administration of the estate with the court and with the United States trustee;

(10)if with respect to the debtor there is a claim for a domestic support obligation, provide the applicable notice specified in subsection (c);

(11)if, at the time of the commencement of the case, the debtor (or any entity designated by the debtor) served as the administrator (as defined in section 3 of the [Employee Retirement Income Security Act of 1974](#)) of an employee benefit plan, continue to perform the obligations required of the administrator; and

(12)use all reasonable and best efforts to transfer patients from a health care business that is in the process of being closed to an appropriate health care business that—

(A)is in the vicinity of the health care business that is closing;

(B)provides the patient with services that are substantially similar to those provided by the health care business that is in the process of being closed; and

(C)maintains a reasonable quality of care.

(b)(1)With respect to a debtor who is an individual in a case under this chapter—

(A)the United States trustee (or the bankruptcy administrator, if any) shall review all materials filed by the debtor and, not later than 10 days after the date of the first meeting of creditors, file with the court a statement as to whether the debtor's case would be presumed to be an abuse under section 707(b); and

(B)not later than 7 days after receiving a statement under subparagraph (A), the court shall provide a copy of the statement to all creditors.

(2)The United States trustee (or bankruptcy administrator, if any) shall, not later than 30 days after the date of filing a statement under paragraph (1), either file a motion to dismiss or convert under section 707(b) or file a statement setting forth the reasons the United States trustee (or the bankruptcy administrator, if any) does not consider such a motion to be appropriate, if the United States trustee (or the bankruptcy administrator, if any) determines that the debtor's case should be presumed to be an abuse under section 707(b) and the product of the debtor's current monthly income, multiplied by 12 is not less than—

(A)in the case of a debtor in a household of 1 person, the median family income of the applicable State for 1 earner; or

(B)in the case of a debtor in a household of 2 or more individuals, the highest median family income of the applicable State for a family of the same number or fewer individuals.

(c)(1)In a case described in subsection (a)(10) to which subsection (a)(10) applies, the trustee shall—

(A)(i)provide written notice to the holder of the claim described in subsection (a)(10) of such claim and of the right of such holder to use the services of the State child support enforcement agency established under sections 464 and 466 of the [Social Security Act](#) for the State in which such holder resides, for assistance in collecting child support during and after the case under this title;

(ii)include in the notice provided under clause (i) the address and telephone number of such State child support enforcement agency; and

(iii)include in the notice provided under clause (i) an explanation of the rights of such holder to payment of such claim under this chapter;

(B)(i)provide written notice to such State child support enforcement agency of such claim; and

(ii)include in the notice provided under clause (i) the name, address, and telephone number of such holder; and

(C)at such time as the debtor is granted a discharge under section 727, provide written notice to such holder and to such State child support enforcement agency of—

(i)the granting of the discharge;

(ii)the last recent known address of the debtor;

(iii)the last recent known name and address of the debtor's employer; and

(iv)the name of each creditor that holds a claim that—

(I)is not discharged under paragraph (2), (4), or (14A) of section 523(a); or

(II)was reaffirmed by the debtor under section 524(c).

(2)(A)The holder of a claim described in subsection (a)(10) or the State child support enforcement agency of the State in which such holder resides may request from a creditor described in paragraph (1)(C)(iv) the last known address of the debtor.

(B)Notwithstanding any other provision of law, a creditor that makes a disclosure of a last known address of a debtor in connection with a request made under subparagraph (A) shall not be liable by reason of making such disclosure.

([Pub. L. 95-598](#), Nov. 6, 1978, [92 Stat. 2605](#); [Pub. L. 98-353, title III](#), §§ 311(a), 474, July 10, 1984, [98 Stat. 355](#), 381; [Pub. L. 99-554, title II, § 217](#), Oct. 27, 1986, [100 Stat. 3100](#); [Pub. L. 109-8, title I, § 102\(c\)](#), title II, § 219(a), title IV, § 446(b), title XI, § 1105(a), Apr. 20, 2005, [119 Stat. 32](#), 55, 118, 192; [Pub. L. 111-16, § 2\(7\)](#), May 7, 2009, [123 Stat. 1607](#); [Pub. L. 111-327, § 2\(a\)\(24\)](#), Dec. 22, 2010, [124 Stat. 3560](#).)

## **BIJLAGE B**

Factoren Bankruptcy Court (Verenigde Staten) 30 oktober 2007, Alternate Family Care Case  
No.: 07-18203-BKC-RBR:

(1) the cause of the bankruptcy;

(2) the presence and role of licensing or supervising entities;

(3) debtor's past history of patient care;

(4) the ability of the patients to protect their rights;

(5) the level of dependency of the patients on the facility;

(6) the likelihood of tension between the interests of the patients and the debtor;

(7) the potential injury to the patients if the debtor drastically reduced its level of patient care;

(8) the presence and sufficiency of internal safeguards to ensure appropriate level of care;

(9) the impact of tile cost of an ombudsman on the likelihood of a successful reorganization.