

MASTER'S THESIS

De taakinvulling van de curator bij de overdracht van patiënten bij het faillissement van een ziekenhuis

Kwaijtaal, A

Award date:
2021

Awarding institution:
Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 24. Mar. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De taakinvulling van de curator bij de overdracht van patiënten bij het faillissement van een ziekenhuis

Scriptie Master Rechtsgeleerdheid

Anton Kwaijtaal

Inhoud

Inleiding	3
1. De overdrachttaak van de curator	5
1.1. Failliete ziekenhuizen	5
1.2 De Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst.....	6
1.3 De rechtsgevolgen van niet-nakoming van de overeenkomst.....	8
2. De formulering van een zorgvuldige overdracht.....	10
2.1 Mensenrechten en rechtsbeginselen in de gezondheidszorg.....	10
2.2 De invloed van fundamentele rechten op de overdracht	11
2.3 De criteria voor een zorgvuldige overdracht.....	14
3. De koude overdracht door de curator	17
3.1. De rechtsgevolgen van de koude overdracht.....	17
3.2. Problematiek rondom het bedrag van de vordering.....	18
3.3. De persoonsaantasting (van art. 6:106 BW) als bron van schadevergoeding.....	19
3.4. Aansprakelijkheid curator	20
3.5. Tussenconclusie.....	21
4. De warme overdracht door de curator	22
4.1 Alternatief 1: gefaseerde overdracht met verliesfinanciering	22
4.2 Alternatief 2: een beroep op zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard.....	22
4.3 Alternatief 3: een no creditor worse off-aanpak.....	23
4.4 Tussenconclusie.....	24
5. Een alternatieve interpretatie van de overdrachttaak.....	26
5.1. De Quint-Te Poel verbintenis tussen patiënt en behandelaar	26
5.2. Een model zonder overdrachttaak	27
5.3. Ondersteunende juridische overwegingen	28
5.4. Tussenconclusie.....	29
6. Conclusie	31
6.1. De criteria voor een zorgvuldige overdracht.....	31
6.2. De juridische mogelijkheden om een zorgvuldige overdracht te realiseren	31
6.3. Reflectie op de bevindingen in de scriptie, eigen opvatting	32
Literatuur.....	34

Inleiding

“De emoties in het failliete MC Slotervaart in Amsterdam liepen vrijdag hoog op. Beveiligder André (58) werd zelfs aangevallen door een patiënt. Hij hield er een gat in zijn hoofd aan over.”

Dit was de kop boven een artikel in het Algemeen Dagblad op 26 oktober 2018 naar aanleiding van het faillissement van het ziekenhuis MC Slotervaart. De afgelopen jaren zijn enkele ziekenhuizen failliet gegaan, recentelijk nog het MC IJsselmeerziekenhuis en het MC Slotervaart. Een faillissement krijgt steevast brede aandacht in de media en leidt tot Kamervragen. Verreweg de meeste krantenkoppen gaan over de overdracht van de patiënten van het failliete naar een ander ziekenhuis. De overheid erkent dat een faillissement van een ziekenhuis gepaard gaat met emotie en maatschappelijke onrust.¹ De Onderzoeksraad voor Veiligheid concludeert naar aanleiding van het onderzoek naar de afwikkeling van bovengenoemde faillissementen dat de zorgverzekeraar zich niet op het specifieke belang van de individuele patiënten heeft gericht, dat de zorgplicht geen aanvullende inspanningen van de zorgverzekeraar eist en dat dit duidt op een ontwerpfout binnen het zorgstelsel.² De curatoren hebben vanaf het eerste contact met de inspectie aangegeven dat zij onvoldoende ervaring en affiniteit hadden met het besturen van een zorginstelling en daarom hebben zij tijdens het faillissement getracht voldoende kennis en ervaring om zich heen te organiseren.³ Bij de MC IJsselmeerziekenhuizen werd onder grote tijdsdruk de overdracht binnen drie dagen gerealiseerd.⁴

“Het komt allemaal wel goed. Het lukte het Slotervaart vandaag om voor 15.00 uur alle patiënten die nog op de afdelingen lagen, over te plaatsen naar andere ziekenhuizen.”

Met deze zinnen eindigt het artikel in het Algemeen Dagblad. De focus ligt zo goed als volledig op een fysieke overdracht en van een gezondheidsrechtelijke overdracht is weinig sprake. Dat het allemaal wel goed komt als de fysieke overdracht is gerealiseerd, getuigt van weinig kennis van de basis van het Nederlandse gezondheidsrecht. De patiënt moet een inbreuk op lichaam en of geest door de hulpverlener dulden en (intieme) privégegevens delen wat in de kern de menselijke waardigheid raakt en wat een hoge mate van vertrouwen in de hulpverlener vereist en een afhankelijkheid creëert.⁵ Wellicht dat gesproken mag worden van een rechtstekort als overdracht gelijkgesteld wordt aan een fysieke verplaatsing.⁶

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 31 016, nr. 146, p. 29.

² Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 12.

³ IGJ 2019, p. 39.

⁴ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 8.

⁵ Den Hartogh 2014.

⁶ Legemaate 2018, p. 194.

In deze scriptie wordt de overdracht en meer in het bijzonder de overdrachttaak van de curator nader onderzocht. De onderzoeksvraag die centraal staat luidt:

Wat zijn de criteria voor een zorgvuldige gezondheidsrechtelijke overdracht van patiënten bij het faillissement van een ziekenhuis en welke juridische gronden staan ter beschikking van de curator om diens zorgplicht bij de overdracht te realiseren?

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zal eerst worden ingegaan op de ontstaansgrond van de overdrachttaak van de curator. Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag dient immers vast te komen staan dat de curator daadwerkelijk een overdrachttaak heeft. Dit wordt behandeld in hoofdstuk 1. In hoofdstuk 2 zal de deelvraag worden beantwoord wat men moet verstaan onder een zorgvuldige overdracht. In het bijzonder zal worden beargumenteerd dat dit verder reikt dan een fysieke verplaatsing. De criteria voor een zorgvuldige gezondheidsrechtelijke overdracht die in deze scriptie worden gehanteerd, zijn hiermee in kaart gebracht. In de resterende hoofdstukken zal worden ingegaan op de juridische gronden die ter beschikking staan van de curator om de overdracht te realiseren en zal worden getoetst of deze voldoen aan de geformuleerde zorgvuldigheidsnorm. In hoofdstuk 3 staat de koude overdracht centraal. De koude overdracht is de fysieke verplaatsing in enge zin, maar deze kan echter wel gerechtvaardigd zijn als de veiligheid van de patiënten in het geding is. In het vervolg wordt een drietal alternatieven behandeld die binnen de grenzen van de Faillissementswet en de jurisprudentie theoretisch uitvoerbaar zijn voor de curator om overdracht binnen de zorgvuldigheidsnorm te bewerkstelligen. Dit wordt warme overdracht genoemd. De alternatieven staan in hoofdstuk 4. Het volgende hoofdstuk heeft een meer uitdagend karakter. In hoofdstuk 5 wordt een alternatieve interpretatie van de overdrachttaak onderzocht en worden de juridische consequenties behandeld. De praktische haalbaarheid is onzeker maar het is een nuttig alternatief, omdat het met een simpele wetswijziging gerealiseerd kan worden en omdat het een aantal gunstige maatschappelijke bijeffecten heeft. Alles komt ten slotte samen in hoofdstuk 6 met de conclusie en aanbevelingen.

1. De overdrachttaak van de curator

1.1. Failliete ziekenhuizen

In 2006 is de Zorgverzekeringswet in werking getreden. Met deze wet wil de overheid vraagsturing in de zorg stimuleren. Voor de inwerkingtreding was er sprake van aanbodsturing; de planning en bekostiging van ziekenhuizen waren volledig door de overheid gereguleerd. Als een gevolg hiervan was de omzet gegarandeerd en waren faillissementen uitgesloten.⁷ In het nieuwe systeem moeten zorgaanbieders zelf beslissen over investeringen, moeten ze over de kwaliteit en prijzen onderhandelen met verzekeraars en zorgkantoren en wordt hun financiële resultaat afhankelijk van hun prestatie.⁸ Bovendien is met de invoering van de Zorgverzekeringswet de contracteerplicht afgeschaft.⁹ De zorgaanbieders gaan hierdoor financiële risico's lopen en de continuïteit, toegankelijkheid en kwaliteit van zorg kan door een faillissement in gevaar komen.¹⁰ Tegelijkertijd is het verlenen van steun door de overheid bij een zorgaanbieder in financiële moeilijkheden moeilijk te rijmen met de deregulering, die meer en meer in de richting gaat van een vrije markt.¹¹

In 2008, bij het naderende faillissement van de MC IJsselmeerziekenhuizen, hanteerde de overheid bij de redding het begrip 'systeemziekenhuis'. Dit begrip was ontleend aan de 'systeembanken' die Nederland sinds het najaar van 2008 kent. Het omvallen van een systeembank vormt, vanwege de onderlinge verwevenheid, een directe bedreiging voor andere financiële instellingen. Bij zorgaanbieders daarentegen is het omvallen van een instelling geen bedreiging voor andere aanbieders. Integendeel, andere aanbieders kunnen juist groeien door een faillissement van een concurrent als het aantal patiënten, dat bij overdracht is aangewezen op de overgebleven aanbieders, toeneemt.¹² De overheid motiveerde de redding als het borgen van de publieke belangen, kwaliteit en continuïteit van zorg.¹³

De overheid heeft het idee systeemziekenhuis daarna snel losgelaten. In 2010 schrijft de overheid dat er geen steun meer verleend gaat worden aan zorgaanbieders die in financiële problemen verkeren en dreigen failliet te gaan, maar dat er wel waarborgen moeten zijn voor het doorleveren van cruciale zorg.¹⁴ Rond dezelfde tijd wordt in de brief 'Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning' aanvaard dat ook een zorgaanbieder van cruciale zorg failliet moet kunnen gaan.¹⁵ De

⁷ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 101.

⁸ NzA 2009a, p. 7.

⁹ NzA 2009a, p. 15.

¹⁰ NzA 2009a, p. 5.

¹¹ NzA 2009a, p. 10.

¹² NzA 2009a, p. 25.

¹³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 27 295, nr. 117, p. 1.

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 620, nr. 10, p. 3.

¹⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–09, 32 012, nr. 1.

overheid stelt dat een faillissement echter niet tot ongecontroleerde situaties mag leiden.¹⁶ Dit laatste komt in de praktijk nog te weinig tot uiting wat blijkt uit de chaos die direct na het faillissement van de MC IJsselmeerziekenhuizen en het MC Slotervaart is ontstaan. De chaos heeft het vertrouwen van patiënten en zorgverleners in het overheidsbeleid met betrekking tot de gezondheidszorg geschaad.¹⁷

De zorg draait om vertrouwen en patiënten ervaren zorg als kwalitatief beter wanneer zij die krijgen op een vertrouwde plek, met vertrouwde gezichten. Door een faillissement verdwijnt die fysieke plek evenals de hulpverleners waar patiënten met vertrouwen naartoe gingen. Voor velen is dit pijnlijk.¹⁸ Faillissementen zorgen hierdoor voor onzekerheid en een gevoel van onveiligheid bij de patiënten.¹⁹ De overheid onderschrijft dat kwetsbare patiënten niet horen op te draaien voor de gevolgen van slechte keuzes van zorgaanbieders.²⁰ Door een faillissement verliest de patiënt zijn vertrouwde hulpverlener als de behandelingsovereenkomst niet wordt nagekomen door de curator. De bescherming van de zwakke partij is de afgelopen eeuw een van de richtinggevende criteria bij de doorontwikkeling van het contractenrecht geweest.²¹ Het is de vraag of de overheid voldoende slaagt in het beschermen van de patiënten bij een faillissement van een ziekenhuis als door deze patiënten een pijnlijk gevoel van onveiligheid wordt ervaren door het verbreken van de vertrouwensrelatie met de hulpverlener.

1.2 De Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst

De behandelingsovereenkomst tussen de patiënt en de hulpverlener is geregeld in boek 7, titel 7, afdeling 5 van het Burgerlijk Wetboek en is bekend onder de naam Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (hierna: WGBO). In de praktijk wordt een faillissement van een ziekenhuis en dus het verlies van de vertrouwde plek en hulpverleners door patiënten als pijnlijk ervaren.²² Bij de introductie van de behandelingsovereenkomst werd het belang van het onderlinge vertrouwen tussen patiënt en hulpverlener door de overheid al onderkend:²³

“Een goed contact met ruimte om vragen te stellen, wensen te uiten en zo nodig ook een kritisch geluid te laten horen, en een zorgverlener die daar met aandacht op reageert, maakt dat de cliënt ervaart dat hij gerespecteerd wordt en dat hij zijn eigen afwegingen mag maken. Wederzijds vertrouwen is ook de basis voor de zorgverlener om alle relevante vragen te

¹⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 31 016, nr. 146, p. 20.

¹⁷ IGJ 2019, p. 38.

¹⁸ IGJ 2019, p. 5.

¹⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 31 016, nr. 92, p. 9.

²⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 620, nr. 10, p. 2.

²¹ Hondius 2004, p. 246.

²² Zie paragraaf 1.1.

²³ Leenen e.a. 2020, p. 107.

kunnen stellen aan de cliënt en met hem de mogelijkheden voor de zorgverlening door te nemen. De zorgverlener kan op basis van dit goede contact vanuit zijn kennis en kunde goede zorg verlenen, rekening houdend met de behoefte van de cliënt.”²⁴

Wederzijds vertrouwen en de goede relatie zorgen er volgens de overheid dus voor dat patiënten het recht op informatie (art. 7:448 BW) en het toestemmingsvereiste (art. 7:450 BW), tezamen het zelfbeschikkingsbeginsel, zo goed mogelijk kunnen uitoefenen. Vertrouwen is volgens de overheid bovendien direct gelinkt aan goede zorg en derhalve aan goed hulpverlenerschap. Hiermee lijkt vertrouwen het fundament van de behandelingsovereenkomst.

Voor de introductie van de WGBO was er geen specifieke juridische regeling voor de relatie tussen patiënt en hulpverlener. In de Memorie van Toelichting bij de introductie van de WGBO wordt dit ontbreken eveneens in verband gebracht met het belang van vertrouwen. De overheid veronderstelt dat het belang van een vertrouwensrelatie tussen de patiënt en de hulpverlener zo groot is dat het ontbreken van specifieke wettelijke regels met betrekking tot de relatie tussen de patiënt en de hulpverlener voor een goed deel kan worden verklaard vanuit de voorheen levende opvatting dat dergelijke regels met het vereiste van een vertrouwensrelatie niet verenigbaar zouden zijn.²⁵ Daarnaast is er bij patiënten een sterke mate van afhankelijkheid van de hulpverlener, mede ook aangezien zij met betrekking tot een zeer gewichtig persoonlijk goed, namelijk hun gezondheid, zich moeten toevertrouwen aan de zorg van die hulpverlener.²⁶ Concluderend kan worden vastgesteld dat de vertrouwensband tussen de patiënt en de zorgaanbieder de basis voor de behandelingsovereenkomst is.²⁷

Voor de juridische relatie tussen patiënt en hulpverlener heeft de overheid bewust gekozen voor een privaatrechtelijke variant. De civielrechtelijke weg benadrukt de horizontale relatie tussen patiënt en hulpverlener. Een bestuursrechtelijke benadering zou meer uitgaan van de plicht van de overheid om de patiënt te beschermen.²⁸ De overheid veronderstelt dat een privaatrechtelijke regeling op zich niet minder effectief is dan een administratiefrechtelijke benadering, omdat voor de bescherming van de patiënt relevante bepalingen van de titel van dwingendrechtelijke aard zijn.²⁹ Het is een belangrijk feit dat de overheid van mening is dat de WGBO beschouwd dient te worden als een *algemene wettelijke regeling van de rechten en plichten van patiënten* en dus niet slechts als een privaatrechtelijke regeling in enge zin.³⁰ De overheid toont zich met de WGBO bewust van het belang

²⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2007–2008, 31 476, nr. 1, p. 2.

²⁵ Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 561, nr. 3, p. 3.

²⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 561, nr. 3, p. 6.

²⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 402, nr. 3, p. 3.

²⁸ Leenen e.a. 2020, p. 105.

²⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 561, nr. 3, p. 3.

³⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 561, nr. 3, p. 3.

van de vertrouwensrelatie en lijkt aan de bescherming van de patiënt ruim voldoende aandacht te hebben gegeven door onder andere de receptie van het zelfbeschikkingsbeginsel, de dwingendrechtelijke aard van de wetsartikelen en de expliciete benoeming dat de regeling het privaatrecht overstijgt.

1.3 De rechtsgevolgen van niet-nakoming van de overeenkomst

De WBGO regelt de beëindiging van een behandelovereenkomst in art. 7:460 BW en de essentie van dit artikel is dat de hulpverlener zeer terughoudend dient te zijn met het eenzijdig beëindigen van de behandelingsovereenkomst. De artsenfederatie KNMG heeft recentelijk haar richtlijn voor het niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst aangepast.³¹ De KNMG-richtlijnen dienen als handelingsinstructie en zijn een uitdrukking van de medische professionele standaard en worden als zodanig in de rechtspraak gehanteerd.³² In de richtlijn worden onder andere als criteria voor het gerechtvaardigd beëindigen van de overeenkomst genoemd³³: ernstig, niet uit onderliggende aandoening voortkomend, agressief gedrag van de patiënt, een onherstelbare vertrouwensbreuk³⁴ en het aanzienlijk belang van de arts of zorgaanbieder, zoals in het geval van het ophouden van de praktijk.³⁵ Is eenzijdige beëindiging van de behandelingsovereenkomst onvermijdelijk, dan rust op de hulpverlener de plicht tot een zorgvuldige beëindiging.³⁶ De hulpverlener dient hiervoor een redelijke termijn in acht te nemen die mede afhankelijk is van de ernst van de (medische) situatie, de aard en duur van de behandelingsovereenkomst en de termijn die nodig is om een aanvaardbaar alternatief voor de zorg (een andere arts of zorginstelling) te vinden.³⁷ Bovendien is het de taak van de arts om met toestemming van de patiënt relevante informatie aan andere betrokken artsen of hulpverleners te verstrekken.³⁸ Een richtlijn is niet juridisch bindend, maar de hulpverlener zal afwijken wel adequaat moeten motiveren.³⁹

Door de faillietverklaring blijven de rechten en plichten voortvloeiend uit een wederkerige overeenkomst ongewijzigd in stand.⁴⁰ Op basis van art. 37 lid 1 Fw heeft de curator de mogelijkheid om een overeenkomst niet gestand te doen.⁴¹ Als de patiënt de rechten uit de overeenkomst wil verwezenlijken dan zal een vordering in het faillissement ingediend moeten worden.⁴²

³¹ KNMG 2021

³² Leenen e.a. 2020 p. 72.

³³ KNMG 2021, p. 4.

³⁴ RTG Zwolle 1 november 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:110

³⁵ KNMG 2021, p. 17.

³⁶ RTG Zwolle 25 januari 2007, ECLI:NL:TGZRZWO:2007:77

³⁷ KNMG 2021, p. 27.

³⁸ KNMG 2021, p. 22.

³⁹ Ploem en Voskes 2016, p. 37.

⁴⁰ Polak 2017, p. 107.

⁴¹ HR, 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula)

⁴² Polak 2017, p. 109.

Een bijzonderheid van het faillissement is dat de prefaillissementsschuldeisers geen reële nakoming kunnen vorderen en dat hun vorderingen geconverteerd worden in geldvorderingen (art. 133 Fw).⁴³ De patiënt heeft de keuze tussen ontbinding met aanvullende schadevergoeding (art. 6:256 en 6:277 BW), vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW) of (theoretisch) gedeeltelijke ontbinding.⁴⁴ De eventuele schade die voortvloeit uit de niet-nakoming is een concurrente vordering (art. 37a Fw). Voor de toegang tot en continuïteit van zorg zal de patiënt zich vervolgens primair tot de zorgverzekeraar moeten richten. De zorgplicht van de zorgverzekeraar blijft bestaan tijdens faillissement, aangezien uit de wet niet anders voortvloeit.⁴⁵ Een faillissement betekent in de praktijk dat de patiënten tijdelijk minder of geen zorg of ondersteuning krijgen en dat zij naar een andere locatie worden verplaatst.⁴⁶ De uitvoering hiervan ligt bij de bestuurders van het ziekenhuis en zodoende creëert dit voor de curator een overdrachttak.

De hierboven beschreven afwikkeling van de behandelingsovereenkomst in faillissement is een reconstructie uit de praktijk.⁴⁷ In de afwikkeling lijkt het belang van de gezamenlijke schuldeisers te prevaleren boven het belang van de patiënt. Het dwingendrechtelijke artikel dat de hulpverlener behoudens gewichtige redenen de behandelingsovereenkomst niet mag opzeggen wordt effectief doorkruist. Art. 133 Fw voorkomt dat patiënten op basis van art. 3:296 BW een vordering tot nakoming kunnen afdwingen. Het argument van niet meer kunnen nakomen door het faillissement slaagt niet, want ook zonder het bestaan van het ziekenhuis kan een zorgvuldige beëindiging gerealiseerd worden. De uitvoering hiervan ligt bij de behandelend arts en niet bij het ziekenhuis. In het MC Slotervaart hebben de curatoren besloten de opzegging van een gedeelte van het personeel in te trekken voor de overdracht van patiënten,⁴⁸ waarmee overigens niet is gezegd dat er sprake is geweest van een zorgvuldige beëindiging. Wat dit voorbeeld duidelijk maakt, is dat ook bij een failliet, niet doorstartend, ziekenhuis een zorgvuldige beëindiging in theorie tot de mogelijkheid behoort. Het heeft er alle schijn van dat de curatoren in de praktijk de behandelovereenkomst in de afwikkeling van een faillissement als een privaatrechtelijke overeenkomst in enge zin behandelen, terwijl de overheid de WGBO als een algemeen wettelijke regeling heeft bedoeld. Een mogelijk gevolg hiervan is dat gezondheidsrechtelijke basisbeginselen die ten grondslag liggen aan de behandelingsovereenkomst door de wijze van afhandeling van de overeenkomst in faillissement in het geding komen. Dit betekent dat de curator de overdracht met de nodige zorgvuldigheid dient uit te voeren. De curator heeft hier een zorgplicht, waarvan de normering in het volgende hoofdstuk zal worden beschouwd.

⁴³ Van Galen 2019, p. 2.

⁴⁴ Polak 2017, p. 113.

⁴⁵ Schreurs 2020, p. 3.

⁴⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 620, nr. 10, p. 5

⁴⁷ Schreurs 2020, p. 15.

⁴⁸ Schreurs 2020, p. 6.

2. De formulering van een zorgvuldige overdracht

2.1 Mensenrechten en rechtsbeginselen in de gezondheidszorg

De erkenning van de rechten van de mens weerspiegelt de gedachte dat aan iedere persoon onvervreembare rechten en vrijheden toekomen, omdat hij mens is.⁴⁹ Goede betaalbare en toegankelijke zorg is een publiek belang en een uitwerking van het recht op gezondheidszorg (art. 22 lid 1 Gw). Dat publieke belang wordt volgens de overheid het best geborgd door marktwerking.⁵⁰ Met het dienen van het publieke belang – en derhalve het tot op zekere hoogte terzijde schuiven van het individuele belang – beargumenteert de overheid de stelling dat het ziekenhuis failliet moet kunnen gaan. Zonder verder in te gaan op de validiteit van deze motivatie is het belangrijk dat het wel of niet failliet gaan van een ziekenhuis de onvervreembare individuele rechten niet beïnvloedt.⁵¹ Die blijven onveranderd van toepassing.

Hoofdstuk 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: HvEU) behandelt waardigheid. De bescherming van de menselijke waardigheid wordt gezien als het fundament van de mensenrechten.⁵² In artikel 3 lid 2 HvEU, dat toeziet op menselijke integriteit als onderdeel van waardigheid, komt de geneeskunde al ter sprake. Met name de vrije en geïnformeerde toestemming van de patiënt die wordt genoemd is in dit kader relevant. Medisch handelen impliceert kennismaken van privéaangelegenheden in het leven van de patiënt en medisch ingrijpen is een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt.⁵³ De Europese en Nederlandse wetgever en rechter wijzen regelmatig op het zelfbeschikkingsrecht in zaken op het gebied van het gezondheidsrecht.⁵⁴ Dit weerspiegelt de relevantie van dit rechtsbeginsel.⁵⁵ Individuele rechten, zoals het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, hebben een meer absoluut karakter.⁵⁶

Het zelfbeschikkingsrecht is derhalve van bijzonder belang in verband met de afhankelijkheid van de patiënt van de hulpverlener en het gezondheidssysteem, het soms diep ingrijpende karakter van de geneeskunde en de macht die de maatschappelijke instellingen of de overheid over het individu kunnen uitoefenen, ook waar het diens gezondheid betreft.⁵⁷ Nederlandse grondrechten waarin het zelfbeschikkingsrecht tot uitdrukking komt in relatie tot de geneeskunde zijn art. 11 Gw (onaantastbaarheid van het menselijke lichaam) en art. 10 Gw (eerbiediging persoonlijke

⁴⁹ Leenen e.a. 2020, p. 49.

⁵⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 31 016, nr. 146, p. 29.

⁵¹ Den Hartogh 2014, p. 16.

⁵² Hendriks 2008, p. 18.

⁵³ Ploem en Voskes 2016, p. 37.

⁵⁴ Den Hartogh 2014, p. 17.

⁵⁵ Den Hartogh 2014, p. 17.

⁵⁶ Leenen e.a. 2020, p. 101.

⁵⁷ Leenen e.a. 2020, p. 55, Den Hartogh 2014, p. 58.

levenssfeer).⁵⁸ Deze kunnen worden beperkt ‘bij of krachtens de wet’. Gronden daarvoor mogen niet te gemakkelijk worden aangenomen. Noodzaak van de onvrijwillige inbreuk, afwezigheid van andere mogelijkheden (subsidiariteit) en proportionaliteit zijn daarbij criteria. De beperkingen moeten voldoen aan de eis dat zij nodig zijn in een democratische samenleving, maar ook dat zij bij wet moeten zijn voorzien en bepaalde in het desbetreffende artikel genoemde doelen moeten dienen, zoals de openbare orde, de bescherming van de gezondheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.⁵⁹ Art. 10 en art. 11 Gw hebben horizontale werking,⁶⁰ en via de WGBO is een wettelijke regeling voor deze rechten van mensen in horizontale verhoudingen tot stand gebracht.⁶¹ De receptie van art. 10 en art. 11 Gw in de WGBO kan worden gezien als een in het privaatrecht aanvaard fundamenteel recht waardoor bij schending een beroep op de inbreuk van mensenrecht zelfs wellicht overbodig is.⁶²

In de gezondheidszorg geldt als rechtsbeginsel het beschermingsbeginsel, wat inhoudt dat de overheid en hulpverleners verantwoordelijkheid dienen te nemen voor diegenen die zorg of hulp behoeven.⁶³ Rechtsbeginselen geven als zodanig geen juridische aanspraak, maar dit betekent niet dat zij bij de toepassing van rechtsregels geen rol spelen. Art. 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijk en billijk is, rekening gehouden moet worden met algemeen erkende rechtsbeginselen.⁶⁴ In de praktijk geldt, bovendien, tegenwoordig dat de overheid de nodige stappen moet nemen om dit te respecteren, te beschermen en te verwezenlijken.⁶⁵ De behandelovereenkomst kent derhalve een groot aantal wetregels die direct terug te herleiden zijn tot mensenrechten en rechtsbeginselen die bovendien onvervreemdbaar zijn.⁶⁶ In de inmiddels bekende praktijkvoorbeelden hebben de curatoren, door de vermeende onzorgvuldige beëindiging en effectieve aanvaarding van de overeenkomst namens de patiënt, bij de overdracht van patiënten mogelijk een inbreuk gemaakt in de onvervreembare rechten van de patiënten.

2.2 De invloed van fundamentele rechten op de overdracht

Op grond van de Faillissementswet, artikel 68 lid 1 Fw, zijn de curatoren belast met het beheer en de vereffening van de boedel. Curatoren kunnen de zorgverlening alleen voortzetten als een eventueel tekort in de exploitatie wordt opgevangen door een derde, zodat de crediteuren hierdoor niet geraakt

⁵⁸ Leenen e.a. 2020, p. 58, Den Hartogh 2014, p. 15.

⁵⁹ Leenen e.a. 2020, p. 58.

⁶⁰ Leenen e.a. 2020, p. 54.

⁶¹ Leenen e.a. 2020, p. 54.

⁶² Lindenbergh 2011, p. 77.

⁶³ Leenen e.a. 2020, p. 59.

⁶⁴ Leenen e.a. 2020, p. 49.

⁶⁵ Leenen e.a. 2020, p. 53.

⁶⁶ Den Hartogh 2014, p. 16.

worden.⁶⁷ Bij het faillissement van de MC IJsselmeerziekenhuizen moesten de klinische patiënten direct worden ontslagen of overgedragen aan andere ziekenhuizen. Het medisch personeel heeft met veel inzet gewerkt aan deze overdracht, zonder dat de organisatorische randvoorwaarden daarvoor aanwezig waren. Onder grote tijdsdruk werd de overdracht binnen drie dagen gerealiseerd.⁶⁸ Op basis van art. 13 Zorgverzekeringswet hebben verzekerden een vrije artskeuze, maar in de praktijk komt hier bij een faillissement effectief weinig van terecht. Patiënten worden bij een faillissement, uitzonderingen daargelaten, zonder inspraak overgedragen aan een ander ziekenhuis. In het vervolg van de paragraaf wordt ingegaan op welk effect dit heeft op de in de WGBO gerecipieerde fundamentele rechten van de patiënt.

De Hoge Raad legt in uitspraken een expliciete koppeling tussen het recht op informatie en het zelfbeschikkingsrecht.⁶⁹ In de WGBO is het recht op informatie neergelegd in art. 7:448 BW. Onderdeel van het recht op informatie betreft informatie over de te verwachten risico's voor de gezondheid van de patiënt vanwege de voorgenomen onderzoeken, behandelingen en verrichtingen. Civielrechtelijk gezien ligt de desbetreffende verplichting bij de contractuele wederpartij van de patiënt.⁷⁰ Dit kan een natuurlijk persoon, de arts, of een rechtspersoon, een ziekenhuis, zijn (art. 7:446 lid 1 BW). Het is evident dat in de praktijk de risico's voor de gezondheid direct gerelateerd zijn aan de kwaliteit van de feitelijk handelend arts en dit verklaart ook het belang van de eerder behandelde vertrouwensrelatie.⁷¹

Kwaliteitsnormering en -bewaking zijn in de gezondheidszorg belangrijk vanwege het ingrijpende karakter en de complexiteit van de onderzoeks- en behandelingsmethoden.⁷² De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (hierna: Wkkgz) in combinatie met de bestaande Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) stelt eisen aan de kwaliteit van de zorg. De Wkkgz behandelt elementen als patiëntveiligheid⁷³ (art. 2 lid 2 onder a Wkkgz) en de economische levensvatbaarheid (art. 3 Wkkgz) van de hulpverlener. Zorgaanbieders dienen de patiënt te informeren over de kwaliteit (art. 38 Wmg), zodat de patiënt een weloverwogen keuze kan maken uit het aanbod van zorgaanbieders.

Ten grondslag aan de marktwerking ligt de veronderstelling dat de patiënt een bewust kiezende consument is, die weloverwogen beslissingen neemt bij de keuze van hulpverlener.⁷⁴ Een

⁶⁷ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

⁶⁸ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 8.

⁶⁹ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963

⁷⁰ Kastelein e.a. 2003, p. 65

⁷¹ Legemate en Widdershoven 2016, p. 192.

⁷² Leenen e.a. 2020, p. 451.

⁷³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 767, nr. 3, p. 12.

⁷⁴ Legemate en Widdershoven 2016, p. 193.

patiënt met een lopende behandelingsovereenkomst heeft op basis van al deze informatie – de vertrouwensband met de behandelend arts, de veiligheid, de kwaliteit van de zorg en de levensvatbaarheid van de zorgaanbieder – bewust gekozen om een behandelovereenkomst te aanvaarden. Op basis van deze informatie heeft de patiënt een inbreuk op de grondrechten geaccepteerd. Als bij een faillissement de patiënt door de curatoren wordt overgedragen naar een andere hulpverlener om de lopende behandeling te vervolgen, dan is al deze informatie waardeloos geworden. In juridische zin kan men stellen dat de grondslag waarop de wil en aanvaarding voor het aangaan van de overeenkomst rust (art. 6:217 BW) teniet is gegaan. Omdat de patiënt effectief weinig keuze heeft in de nieuwe zorgaanbieder, en de relevante informatie voor het accepteren van de inbreuk ontbreekt, is de mogelijkheid aanwezig dat de patiënt effectief is geschaad in diens zelfbeschikkingsrecht.

Bij de toestemming (art. 7:450 BW) is het belangrijk dat deze niet toeziet op de totstandkoming van de behandelingsovereenkomst, maar op de daadwerkelijke behandeling. De toestemming en informatie zijn sterk met elkaar verbonden.⁷⁵ Toestemming die op onvoldoende informatie berust is niet rechtsgeldig.⁷⁶ Omdat eerder al een potentiële inbreuk op het recht op informatie werd geconstateerd, moet hier eveneens een mogelijke inbreuk op het toestemmingsvereiste worden aangenomen. Het is bij wet geregeld dat de patiënt de toestemming geeft. Ondanks dat de patiënt de toestemming te allen tijde mag intrekken zorgt dit in de praktijk voor problemen, omdat de hulpverlener niet meer kan stoppen of alleen kan stoppen met ernstige gevolgen.⁷⁷ Als de patiënt naar aanleiding van een faillissement van een ziekenhuis door de curator wordt overgedragen naar een nieuwe hulpverlener is het nog maar de vraag of de patiënt feitelijk toestemming kan geven of dat deze geen kant op kan. Het is dan effectief de curator die toestemming geeft voor de behandeling. De curator maakt hiermee een inbreuk op de onvervreembare fundamentele rechten van de patiënt. Toestemming onder druk van de hulpverlener, en na faillissement diens vervanger, de curator, is niet rechtsgeldig.⁷⁸ Doordat patiënten effectief zonder instemming worden overgedragen, dient zich hier de vraag aan of er gesproken mag worden van ‘druk’ door de curator in de gevallen dat een patiënt de toestemming niet kan intrekken zonder het toebrengen van verdere schade aan de gezondheid. Ook hier is de mogelijkheid aanwezig dat de patiënt effectief is geschaad in diens zelfbeschikkingsrecht.

Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg is een recht van de patiënt (art. 7:457 BW, art. 272 Sr, art. 218 Sv en art. 88 Wet BIG). Het individuele recht dat beschermd wordt, is het recht van de patiënt op privacy.⁷⁹ In de Nederlandse Grondwet is het recht op privacy te vinden in art. 10 Gw.

⁷⁵ Leenen e.a. 2020, p. 127.

⁷⁶ Ploem en Voskes 2016, p. 49.

⁷⁷ Leenen e.e. 2020, p. 131.

⁷⁸ Ploem en Voskes 2016, p. 49.

⁷⁹ Ploem en Voskes 2016, p. 37.

Voor het verstrekken van inlichtingen aan anderen is de toestemming van de patiënt nodig (art. 7:457 lid 1). In de eerste plaats schijft de behandelend arts bij zorgvuldige beëindiging met toestemming van de patiënt een overdrachtsbrief voor de nieuwe arts. In de tweede plaats heeft de nieuwe arts in beginsel geen toestemming om medische gegevens van (aanstaande) patiënten in te zien, omdat er nog geen behandelingsovereenkomst met de patiënt tot stand is gekomen.⁸⁰ Ten slotte komt het medisch dossier in de boedel onder de verantwoordelijkheid van de curator te liggen.⁸¹ Het recht op inzage in het medisch dossier is een hoogstpersoonlijk recht (art. 7:457 BW), terwijl het dossier als een activa in de boedel wordt opgenomen. In de rechtspraak is ontwikkeld dat hoogstpersoonlijke rechten niet te gelde kunnen worden gemaakt en de opname in de boedel is hierdoor een betwistbare keuze.⁸² In alle drie de gevallen bestaat de mogelijkheid dat de patiënt geschaad wordt in het recht op privacy. Meestal zijn medische dossiers geautomatiseerd en hebben de zorgaanbieders de elektronische opslag van medische dossiers uitbesteed aan derden. Bij een faillissement kan een situatie ontstaan waarin deze derde de inzage in de medische dossiers blokkeert of dreigt te blokkeren als sprake is van een betalingsachterstand. De overheid merkt terecht op dat dit een inbreuk op elementaire patiëntenrechten is hetgeen tegelijkertijd de argumentatie in deze paragraaf onderschrijft.⁸³ In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op wat dit allemaal betekent voor de criteria voor een zorgvuldige overdracht.

2.3 De criteria voor een zorgvuldige overdracht

Bij het uitspreken van het faillissement stelt de rechtbank een curator aan (art. 14 lid 1 Fw). Volgens art. 68 lid 1 Fw is de curator primair belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In de praktijk beheert en verkoopt de curator de activa met als doel om de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers rekening houdend met de wettelijke rangorde.⁸⁴ De faillissementsprocedure tracht een chaotisch optreden van de schuldeisers te voorkomen door het verhaal van de individuele schuldeisers te vervangen door een collectief verhaal.⁸⁵ Het is dan ook evident dat bij het uitvoeren van de kerntaak de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers centraal stelt.⁸⁶ Het faillissementsrecht houdt niet expliciet rekening met de mogelijkheid van ziekenhuisfaillissementen en de maatschappelijke functie die ziekenhuizen vervullen.⁸⁷

De curator is vanaf de benoeming verantwoordelijk, maar tijd voor voorbereiding en het opdoen van specifieke branchekennis is er niet.⁸⁸ De overheid erkent dat het niet evident is dat

⁸⁰ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 113.

⁸¹ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

⁸² Polak 2017, p. 70.

⁸³ Ministerie van VWS 2017, p. 19.

⁸⁴ Polak 2017, p. 263.

⁸⁵ Polak 2017, p. 2.

⁸⁶ Polak 2017, p. 2.

⁸⁷ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 12.

⁸⁸ Polak 2017, p. 263.

curatoren gedegen kennis hebben van de zorg en dan in het bijzonder van de aspecten die bepalend zijn voor het borgen van de kwaliteit van zorg.⁸⁹ Na een faillissement blijft de zorgaanbieder, nu vertegenwoordigd door de curator, hiervoor verantwoordelijk. Bij een faillissement van een ziekenhuis is het voor de patiënt zeer belangrijk om te weten of de behandeling zal worden voortgezet. In de praktijk beslist de curator ten behoeve van de boedel van het ziekenhuis of de behandelingsovereenkomst gestand wordt gedaan en dus of de behandeling van de patiënt zal worden doorgezet.⁹⁰ De curator dient derhalve besluiten te nemen waarvoor de curator de nodige kennis en ervaring ontbeert. De overheid is zich bewust van dit fenomeen en is in overleg met de rechterlijke macht om te bezien of het mogelijk is om een pool van ervaren curatoren op te zetten speciaal voor de zorg. Daarnaast zijn ze voornemens om een leergang op te zetten speciaal ontworpen voor curatoren in de zorg en indien mogelijk gedoceerd door curatoren met ervaring in de zorg.⁹¹ Op dit moment beschikken de curatoren reeds over een handreiking die informatie geeft over de relevante zorggerelateerde aandachtspunten bij de afwikkeling van een faillissement in de zorg.⁹² In die handreiking zijn overigens geen criteria voor een zorgvuldige overdracht te lezen.

Bij het faillissement van het MC Slotervaart was er onduidelijkheid bij de zorgverzekeraar en curatoren over de rollen en verantwoordelijkheden met betrekking tot de zorgplicht en de overdracht van patiënten.⁹³ Het begrip overdracht ziet hier op een feitelijke handeling en niet op een rechtshandeling. Met overdracht in deze context wordt dus expliciet niet bedoeld de overdracht in art. 3:80 lid 3 BW. Overdracht bestaat in juridische zin uit het niet-nakomen van de behandelingsovereenkomst in het failliete ziekenhuis en de totstandkoming van een nieuwe behandelingsovereenkomst, namens de patiënt, in een ander ziekenhuis. De zorgverzekeraar moet ervoor instaan dat de voortzetting van zorg voor zijn individuele verzekerden gegarandeerd is (art. 11 lid 1 Zvw), terwijl de curator ervoor instaat dat patiënten zorgvuldig worden overgedragen naar een andere zorgaanbieder.⁹⁴ Indien er geen alternatieven zijn voor delen van zorg, dan wordt volgens de overheid van zorgverzekeraars verwacht dat zij de zorgaanbieder en daarmee de zorg in stand houden.⁹⁵ De zorgverzekeraar is echter een marktpartij, geen overheidsorgaan, en het is maar de vraag of deze hiervoor verantwoordelijk kan worden gehouden.⁹⁶ In de parlementaire geschiedenis zijn geen aanknopingspunten te vinden voor de stelling dat de zorgplicht tevens een verplichting inhoudt om instellingen in financiële problemen overeind te houden.⁹⁷

⁸⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 31 016, nr. 92, p. 15.

⁹⁰ Schreurs 2020, p. 15.

⁹¹ Ministerie van VWS 2020, p. 11.

⁹² Ministerie van VWS 2017

⁹³ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

⁹⁴ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

⁹⁵ Ministerie van VWS 2017, p. 5.

⁹⁶ RVZ 2009, p. 9.

⁹⁷ NzA 2009a, p. 19.

De curator heeft in de overdracht een zorgplicht. De Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) verstaat onder zorgplicht onder andere de kwaliteit, tijdigheid en bereikbaarheid van verzekerde zorg.⁹⁸ Als patiënten met een akkoord van de NZa (art. 49a Wmg) naar een toegelaten zorginstelling (WTZi) zijn overgedragen, dan mag worden verondersteld dat aan de zorgplicht is voldaan. Zowel de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (hierna: IGJ) als toezichthouder (art. 36 Gezondheidswet) als de NZa zullen volgens de overheid niet aarzelen in te grijpen wanneer zij van oordeel zijn dat de curator diens verantwoordelijkheid onvoldoende invult.⁹⁹ In de eerste periode na het faillissement van het MC Slotervaart is er sprake geweest van een onvoldoende gestructureerd overdrachtsproces, waardoor de IGJ de curatoren daarop heeft aangesproken.¹⁰⁰ De zorgplicht is in de wet- en regelgeving niet concreet ingevuld.¹⁰¹ Dat de NZa en de IGJ van mening zijn dat bij de overdracht van de patiënten bij het faillissement van de MC IJsselmeerziekenhuizen en het MC Slotervaart aan de zorgplicht is voldaan is indicatief dat de gehanteerde reikwijdte van de zorgplicht te beperkt is. De zorgplicht zou ook moeten toezien op het respecteren van de fundamentele rechten van de patiënt. Tegelijkertijd is het mogelijk dat er dimensies van de zorgplicht zijn die in de scriptie niet verder worden behandeld.¹⁰² Het is nadrukkelijk niet de bedoeling om tot een volledige invulling van het begrip zorgplicht bij overdracht te komen.

Een overdracht die voldoet aan de zorgplichtnorm voor curatoren bestaat enerzijds uit een *zorgvuldige beëindiging* zoals behandeld in hoofdstuk 1. De hulpverlener dient hiervoor een redelijke termijn in acht te nemen die mede afhankelijk is van de ernst van de (medische) situatie, de aard en duur van de behandelingsovereenkomst en de termijn die nodig is om een aanvaardbaar alternatief voor de zorg (een andere arts of zorginstelling) te vinden.¹⁰³ Bovendien is het de taak van de arts om met toestemming van de patiënt relevante informatie aan andere betrokken artsen of hulpverleners te verstrekken.¹⁰⁴ Een overdracht die voldoet aan de zorgplichtnorm bestaat anderzijds uit een *zorgvuldige totstandkoming* van een nieuwe behandelovereenkomst waarbij voldaan wordt aan alle dwingendrechtelijke bepalingen en de onderliggende fundamentele rechten zoals behandeld in hoofdstuk 2.

⁹⁸ Leenen e.a., p. 705.

⁹⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 31 016, nr. 146, p. 3.

¹⁰⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 31 016, nr. 146, p. 5.

¹⁰¹ Nza 2009a, p. 17.

¹⁰² Brand 2020 p. 603/604 maakt een valide punt door te stellen dat uit medisch onderzoek blijkt dat het onverantwoord is om in het ziekenhuis opgenomen patiënten over te plaatsen zonder een gedegen, medische, indicatie en dat de overdracht een gevaar kan opleveren voor de patiëntveiligheid en dit kan dan weer van invloed zijn op de zorgplicht van de curator. Hier zal verder niet meer op worden ingegaan.

¹⁰³ KNMG 2021, p. 27.

¹⁰⁴ KNMG 2021, p. 22.

3. De koude overdracht door de curator

3.1. De rechtsgevolgen van de koude overdracht

De Commissie Onderzoek Faillissementen concludeerde in het onderzoeksrapport dat een warme overdracht verplichtingen zijn die vanuit de Wkkgz en WGBO rusten op de zorgaanbieder en de zorgverzekeraar.¹⁰⁵ Bij het faillissement van het MC Slotervaart wijst het Bestuur Medische Staf de curatoren op de melding van de medisch specialisten dat ze de kwaliteit en veiligheid niet kunnen waarborgen en dat de tijd ontbreekt om een warme overdracht met zorgvuldigheid uit te voeren.¹⁰⁶ De Onderzoeksraad voor Veiligheid concludeert dat in de casussen van het MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen de zorgverzekeraar op een nauwe manier invulling aan de zorgplicht heeft gegeven, doordat er niet werd stilgestaan bij wat overdracht voor de individuele patiënt van de gefailleerde ziekenhuizen zou betekenen, waardoor de zorgplicht van de zorgverzekeraar niet heeft gefunctioneerd als een waarborg voor gecontroleerde overdracht.¹⁰⁷ Bij de MC IJsselmeerziekenhuizen werd de overdracht onder grote tijdsdruk binnen drie dagen gerealiseerd.¹⁰⁸ Het is in de praktijk onmogelijk om een warme overdracht binnen dit tijdsbestek te realiseren. In dit geval wordt de overdracht bestempeld als koud. Een koude overdracht voldoet niet aan de eisen van een zorgvuldige beëindiging en een zorgvuldige totstandkoming zoals gedefinieerd in het vorige hoofdstuk. Overigens is een koude overdracht niet zonder meer ongerechtvaardigd, bijvoorbeeld indien de patiëntveiligheid niet langer geborgd kan worden.

De curator kan, ten behoeve van de boedel van het ziekenhuis, indien geen verliesfinanciering kan worden gekregen besluiten tot koude overdracht. Zoals in het geval van de MC IJsselmeerziekenhuizen zal de behandelingsovereenkomst per direct niet gestand worden gedaan en houdt de behandeling van de patiënt op. Doet de curator de overeenkomst niet gestand, dan kan de patiënt de nakoming van deze overeenkomst, volgens de Faillissementswet en rechtspraak, niet afdwingen.¹⁰⁹ De vorderingen tot behandeling en schadevergoeding kunnen als concurrente schuld tijdens de verificatie van het faillissement worden ingediend.¹¹⁰ Als de curator een patiënt koud overdraagt en dit resulteert in schade, dan kan het zijn dat de curator in strijd handelt met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting, de zorgplicht, en dan valt de schadevergoeding ten laste van de boedel.¹¹¹ De rechtsgevolgen van het niet naleven van de zorgvuldige overdracht staan in dit hoofdstuk centraal.

¹⁰⁵ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

¹⁰⁶ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 67.

¹⁰⁷ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 8.

¹⁰⁸ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 8.

¹⁰⁹ T.T. van Zanten, T&C Insolventierecht, commentaar bij art. 37 Fw.

¹¹⁰ HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/mr. Jongepier q.q.).

¹¹¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman).

3.2. Problematiek rondom het bedrag van de vordering

De geldvorderingen (art. 133 Fw) hebben een onbepaalbare waarde en zullen geverifieerd worden op basis van een schatting. Als een schatting onmogelijk is, wat in casu het geval is, dan kan de vordering (effectief voor altijd) worden opgenomen op de lijst van betwiste vorderingen. De aanvullende schadevergoeding (art. 6:256 en 6:277 BW) of vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW)¹¹² geschiedt door overlegging van een rekening of schriftelijke verklaring vergezeld van bewijsstukken bij de curator (art. 110 Fw). Het zal in casu voor de rechter die de schade moet begroten zeer lastig zijn om dit te doen op een wijze die met de aard ervan in overeenstemming is (art. 6:97 BW). Het aanleveren door de patiënt van voldoende objectieve stellingen en bewijsmateriaal en het verbinden van een concreet bedrag aan de werkelijke en de hypothetische situatie¹¹³ is in het geval van de niet nagekomen behandelovereenkomst in de praktijk onhaalbaar. Dit maakt het recht van de patiënt, indien er geen daadwerkelijk letsel door de overdracht optreedt, in hoge mate illusoir.

Als de koude overdracht voor een patiënt leidt tot vermogensschade of lichamelijk letsel doordat de curator niet voldoet aan de zorgplicht dan kan, afhankelijk van de rechtsgrond die de patiënt in rechte aandraagt, de schadevergoeding mogelijk nog stuiten op overmacht (art. 6:74 BW), bijvoorbeeld in verband met het niet kunnen garanderen van de veiligheid bij geen overdracht of op toerekenbaarheid (art. 6:162 lid 3 BW). Het causaliteitsvereiste speelt bij de onrechtmatige daad eventueel een rol. Omdat de patiënt al ziek is, zal het in veel gevallen moeilijk zijn om te bewijzen dat het letsel het gevolg is van de overdracht en niet voortkomt uit het onderliggend lijden. Uit de rechtspraak zou kunnen worden geabstraheerd dat predispositie het causale verband tussen de overdracht en de schade niet verbreekt.¹¹⁴ Het is echter niet zeker dat de rechter in dit geval, waarbij de gezondheidssituatie van de patiënt zo'n grote rol speelt, tot dezelfde uitkomst zou komen. In dit opzicht is het lastige aan fundamentele rechten dat ze een fundamentele waarde hebben, maar niet altijd een financiële waarde.¹¹⁵ De uitspraak dat een fundamenteel recht is geschonden biedt volgens vaste rechtspraak van het EHRM een vorm van genoegdoening ('just satisfaction') in de zin van art. 41 EVRM.¹¹⁶ Hieruit zou men kunnen opmaken dat de feitelijke schadevergoeding minder relevant is. Tegelijkertijd stelt het EHRM dat de benadeelde na schending zo veel mogelijk in de positie moet worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd indien de eisen van het EVRM wel in acht zouden zijn genomen.¹¹⁷ Bij schending van fundamentele rechten oordeelt het HvJ EU dat het nationale schadevergoedingsrecht zo dient te worden uitgelegd en toegepast dat het een 'reële

¹¹² Zie paragraaf 1.3

¹¹³ Tjong Tjin Tai 2017, p. 21.

¹¹⁴ HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560 (Aangereden hartpatiënt-arrest), HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961 (Renteneurose-arrest).

¹¹⁵ Lindenbergh 2011, p. 75.

¹¹⁶ Rb. Amsterdam 2 februari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS4748, (Minister President/Kijkshop).

¹¹⁷ EHRM 31 oktober 1995 (Papamichalopoulos/Griekenland).

afschrikwekkende werking' heeft.¹¹⁸ Het EVRM acht het eveneens nodig dat praktische en effectieve remedies worden geboden.¹¹⁹ Wanneer men dit in termen van schadevergoeding zou willen uitdrukken, zou kunnen worden aangenomen dat dit immateriële schade betreft.¹²⁰ In de volgende paragraaf zal deze mogelijkheid verder worden onderzocht. Wel dient vermeld te worden dat er in de literatuur discussie is over de vraag of schending van fundamentele rechten tot schadevergoeding zou moeten leiden.¹²¹

3.3. De persoonsaantasting (van art. 6:106 BW) als bron van schadevergoeding

Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde in zijn persoon is aangetast (art. 6:106 BW). Deze nadelen lenen zich in de praktijk niet voor een exacte begroting.¹²² De rechter mag met alle omstandigheden rekening houden, waaronder de gevolgen voor de benadeelde¹²³ en de behoefte aan een sanctie omdat de schending anders onbeantwoord zou blijven.¹²⁴ In beginsel zal de patiënt de aantasting met concrete gegevens moeten onderbouwen.¹²⁵ In voorkomend geval is de ernst van de normschending zo voor de hand liggend, dwingendrechtelijke wetten worden overtreden, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.¹²⁶

Voor de begroting zal de rechter aansluiting zoeken bij eerdere uitspraken en bij in publicaties neergelegde normen.¹²⁷ Het ontbreekt aan uitspraken voor de schending van fundamentele rechten, maar de schadevergoeding voor de schending van eer en goede naam is een bedrag tussen de €500-€10.000 met soms uitschieters naar €100.000 gebruikelijk. De signaalfunctie in maatschappelijke zin en de genoegdoening aan de benadeelde zoals besproken in de vorige paragraaf zouden hiermee gerealiseerd worden en tegelijkertijd kan het als een klassieke privaatrechtelijke remedie worden beschouwd wat de aanpak minder omstrepen maakt.¹²⁸

De Hoge Raad is tot op heden niet eenduidig geweest bij de interpretatie van het begrip aantasting van de persoon buiten gevallen van lichamelijk letsel. Zo werd in 1995 meer of minder

¹¹⁸ HvJ EG 10 april 1984, nr. C-14/83 (Von Colson en Kamann).

¹¹⁹ EHRM 6 april 2000, zaak 35382/97 (Comingersoll/Portugal).

¹²⁰ Lindenbergh 2011, p. 84.

¹²¹ Tjong Tjin Tai 2017, p. 76.

¹²² Tjong Tjin Tai 2017, p. 71.

¹²³ HR 17 november 2000, ECLI:NR:HR:2000:AA8358 (Druijff/Bouw).

¹²⁴ Lindenbergh 2011, p. 92.

¹²⁵ A.E.B. ter Heide, Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 6:106 BW.

¹²⁶ Een enkele schending van een fundamenteel recht is overigens niet voldoende. HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (EBI).

¹²⁷ Tjong Tjin Tai 2017, p. 72.

¹²⁸ Lindenbergh 2011, p. 97.

sterk psychisch onbehagen als onvoldoende geestelijk letsel gekwalificeerd.¹²⁹ In 2003 werd geëist dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld¹³⁰ en in 2009 werd voor het aannemen van geestelijk letsel als eis gesteld dat sprake moet zijn van een ‘in de psychiatrie erkend ziektebeeld’.¹³¹ In 2005 heeft de Hoge Raad daarentegen in twee arresten geoordeeld dat bij schending van een fundamenteel recht een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW aan de orde kan zijn, ook zonder dat sprake is van geestelijk letsel.¹³² In casu is de ernst van de inbreuk relevant wat ook wordt erkend in de jurisprudentie.¹³³ Van oudsher is al in gevallen van ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer een aanspraak op smartengeld aanvaard.¹³⁴ Het begrip persoonsaantasting in art. 6:106 BW kan voldoende interpretatieruimte bieden aan de rechter om een vergoeding voor een ander nadeel dan vermogensschade toe te wijzen bij een schending van fundamentele rechten.¹³⁵

3.4. Aansprakelijkheid curator

Indien de curator onzorgvuldig handelt, kan dit ertoe leiden dat de curator aansprakelijk is jegens de boedel. Is de curator aansprakelijk in zijn hoedanigheid als curator, ‘qualitate qua’, dan draagt de boedel de schade.¹³⁶ In de literatuur wordt breed aangenomen dat uit het publiekrecht voortvloeiende verplichtingen op de curator in hoedanigheid rusten en niet-naleving ervan leidt tot boedelschulden.¹³⁷ Dit is natuurlijk niet hetzelfde als de verplichting tot respecteren van fundamentele rechten, maar het is richtinggevend. Aan de andere kant zijn de fundamentele rechten onvervreemdbaar en dit impliceert dat de curator de fundamentele rechten in de WGBO dient te respecteren. Bij persoonlijke aansprakelijkheid, ‘pro se’, moet de curator de schade persoonlijk voldoen.¹³⁸ De Hoge Raad heeft met de Maclou-norm een zorgvuldigheidsnorm voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geformuleerd.¹³⁹ Een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Is de curator niet gebonden aan regels, dan heeft de curator een ruime mate van discretionaire vrijheid en dient de toetsing aan de Maclou-norm met terughoudendheid te worden uitgevoerd.¹⁴⁰ Dit betekent dat bij het beheren van de boedel onder omstandigheden aan zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard voorrang boven het belang van de individuele schuldeisers geplaatst dient te

¹²⁹ HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608 (Ontvanger/Bos).

¹³⁰ HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7053 (S.J./Staat).

¹³¹ HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583 (Kleijnen/Reaal Schadeverzekeringen).

¹³² HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (Oosterparkrellen. Oudejaarsrellen), HR 18 maart 2005 ECLI:NL:HR:2005:AR5213, (Wrongful life).

¹³³ GS Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.8.6-2.8.14.

¹³⁴ MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 380.

¹³⁵ Lindenbergh 2011, p. 96.

¹³⁶ Polak 2017, p. 272.

¹³⁷ Van Anandel e.a. 2013, p. 10., HR 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598.

¹³⁸ Polak 2017, p. 272.

¹³⁹ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

¹⁴⁰ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke q.q./Gips).

worden.¹⁴¹ Het idee dat ook curatoren fundamentele rechten van de mens dienen te respecteren is van zwaarwegend maatschappelijk belang. Dat dit onderdeel is van de taak van de curator kan ook geabstraheerd worden uit art. 21 en 22a Fw die regels geven voor uitgezonderd vermogen. De curator mag dit vermogen niet te gelde maken. Dit zijn zaken die de menselijke waardigheid, het recht op leven en onder andere het verbod op slavernij (art. 447 en 448 Rv) raken of zaken die een verzorgingskarakter hebben. Het is derhalve geenszins uit te sluiten dat een curator bij de inbreuk op de fundamentele rechten persoonlijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden. Het is bovendien evident dat de curator de onjuistheid van zijn handelen heeft ingezien of althans redelijkerwijs behoorde in te zien.¹⁴²

3.5. Tussenconclusie

Koude overdracht is niet per definitie ongerechtvaardigd en kan op basis van de Faillissementswet rechtsgeldig tot stand worden gebracht. Koude overdracht voldoet daarentegen niet aan de zorgvuldige overdracht zoals die eerder is gedefinieerd. Op basis van de Faillissementswet is een vordering tot nakoming uitgesloten en de verifieerbare vordering en schadevergoeding is niet goed in geld uit te drukken, waardoor het risico bestaat dat het recht illusoir is. Het verbintenissenrecht biedt weinig aanknopingspunten om het nadeel voor de patiënt te repareren. Er wordt beargumenteerd dat via een beroep op nadeel vanwege de persoonsaantasting (art. 6:106 BW) immateriële schadevergoeding zou kunnen worden gevorderd vanwege de ernst van de inbreuk. Hoe de Hoge Raad hierin zou oordelen is echter uiterst onzeker. De meest overtuigende overweging om te verwachten dat een rechter de patiënt bij een vordering toch tegemoet zal komen is dat een beroep op de fundamentele rechten van de WGBO bij een faillissement zonder deze uitspraak illusoir is. De rechter kan daarbij aansluiting vinden bij de ambitie van het EHRM en het HvJ EU om een signaal van afkeur af te geven bij een inbreuk op fundamentele rechten. Als de rechter een beroep op art. 6:106 BW gegrond acht, dan is het niet uitgesloten dat de curator pro se aansprakelijk is. De curator maakt namelijk een inbreuk op fundamentele rechten van de patiënt. De curator kan aan de andere kant weinig aanknopingspunten vinden in de Faillissementswet om anders te handelen. De curator kan zoeken naar warme overdracht alternatieven. Deze staan centraal in het volgende hoofdstuk.

¹⁴¹ Polak 2017, p. 267.

¹⁴² Polak 2017, p. 274.

4. De warme overdracht door de curator

4.1 Alternatief 1: gefaseerde overdracht met verliesfinanciering

De curator kan besluiten om de activiteiten van het ziekenhuis tijdelijk voort te zetten na inwinning van advies bij de schuldeiserscommissie (art. 78 lid 1) of met machtiging van de rechter-commissaris (art. 98). De curator dient hier wel terughoudend in te zijn (art. 2.1 Insolad Praktijkregels).

Voortzetting dient in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te zijn.¹⁴³ Curatoren kunnen de zorgverlening alleen voortzetten als een eventueel tekort in de exploitatie wordt opgevangen door een derde.¹⁴⁴ In de praktijk zorgen de zorgverzekeraars voor verliesfinanciering.¹⁴⁵ In het faillissement van de Pasana Groep heeft de meest betrokken zorgverzekeraar een vangnetstichting opgericht, die garant stond voor het exploitatietekort van de boedel.¹⁴⁶ De onderhandelingen met de zorgverzekeraars verliepen in alle gevallen echter moeizaam, mede omdat de verzekeraars eveneens schuldeiser waren in het faillissement en anderzijds omdat de verzekeraars enkel zorgplicht en niet boedelbeheer wilden financieren.¹⁴⁷ Hieruit kan worden afgeleid dat het niet voor de hand liggend is dat zorgverzekeraars een zorgvuldige overdracht zullen willen financieren. De overheid heeft aangegeven dat de zorgverzekeraars bereid zijn om afspraken te maken over hoe in de toekomst in gezamenlijkheid de beschikbaarheid van boedelmiddelen kan worden gegarandeerd.¹⁴⁸ Wat daadwerkelijk zal worden gefinancierd is tot op heden nog onduidelijk.

4.2 Alternatief 2: een beroep op zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard

De curator moet rekening houden met belangen van maatschappelijke aard¹⁴⁹ en onder omstandigheden kunnen zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard voorrang krijgen boven de belangen van individuele schuldeisers.¹⁵⁰ Daaronder zouden ook de belangen van de kwetsbare personen die zorg ontvangen kunnen worden geschaard.¹⁵¹ De rechtbank oordeelde dat het belang van een fatsoenlijke afvoer en slachting van 25.000 kippen zwaarder dient te wegen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁵² Korthals Altes, rechter-commissaris in het Slotervaart-faillissement, benadrukt dat curatoren zich moeten invoelen in de situatie.¹⁵³ Dit is echter slechts een mening. De curator kan bij de afwikkeling van het faillissement in zijn afwegingen belangen betrekken van

¹⁴³ Polak 2017, p. 307.

¹⁴⁴ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 112.

¹⁴⁵ Faillissementsverslag 1 (Ruwaard van Putten), p. 5, faillissementsverslag 1 (de Sionsberg), p. 23, faillissementsverslag 1 (Slotervaart), p. 16-17, faillissementsverslag 1 (IJsselmeerziekenhuizen), p. 10.

¹⁴⁶ Meersma e.a. 2017, p. 76.

¹⁴⁷ Schreurs 2020, p. 8.

¹⁴⁸ Ministerie van VWS 2020, p. 10.

¹⁴⁹ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon II).

¹⁵⁰ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

¹⁵¹ Driesse 2012, p. 5.

¹⁵² Rb. Noord-Holland 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326.

¹⁵³ Schreurs 2020, p. 8.

maatschappelijke aard, zoals het belang van continuïteit van de zorg, maar naar huidig recht kan dit nooit zwaarder wegen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁵⁴

Bij de afwikkeling van de faillissementen van ziekenhuizen de afgelopen jaren, de MC IJsselmeerziekenhuizen in 2018 buiten beschouwing latend, laten de curatoren tot op zekere hoogte de maatschappelijke belangen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door de zorg tijdelijk te continueren. De curatoren lijken zich niet zorgen te maken over de mogelijke impact op de persoonlijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁵⁵ Er bestaat echter momenteel geen garantie dat de curator het maatschappelijk belang van patiëntveiligheid plaatst boven het belang van de schuldeisers.¹⁵⁶ De Onderzoeksraad voor Veiligheid concludeert dat het faillissementsrecht hierdoor niet geschikt is om een veilige afwikkeling van de activiteiten van een ziekenhuis te garanderen. De overheid overweegt om de belangenafweging in de Faillissementswet te verankeren in het voordeel van de patiënt.¹⁵⁷ Rekening houden met andere belangen dan die van schuldeisers resulteert in doorbreking van het systeem waar het faillissement in essentie uit bestaat.¹⁵⁸ Als de overheid bepaalde belangen wil beschermen, dan dient dit bij voorkeur op een doelmatige en effectieve manier te gebeuren.¹⁵⁹ De bescherming van de patiënt is primair geregeld in de behandelingsovereenkomst. Het heeft de voorkeur om in de WGBO een artikel toe te voegen voor de behartiging van de belangen van de patiënt bij een faillissement van de hulpverlener, omdat uit de systematiek van de WGBO meer concreet is op te maken wat deze belangen inhouden. In de Faillissementswet blijft het begrip algemeen belang een vaag begrip en een vaag begrip biedt wellicht onvoldoende rechtszekerheid.

4.3 Alternatief 3: een *no creditor worse off*-aanpak

Het beginsel van *no creditor worse off* (art. 3A:88 Wft) komt onder andere terug in de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars (hierna: WHAV). Zo mogen aandeelhouders en schuldeisers door de afwikkeling van een (zorg)verzekeraar geen grotere verliezen leiden dan dat zij zouden hebben geleden mocht de verzekeraar in faillissement zijn geliquideerd. Zorgverzekeraars vallen onder het bereik van de wet, maar hebben wel een onderscheidend kenmerk. De polishouder loopt namelijk geen risico op onbetaalde vorderingen op de failliete zorgverzekeraar. Als de polishouder immers een natura zorgverzekering heeft, dan heeft de zorgaanbieder een vordering op de zorgverzekeraar en niet op de polishouder (art. 7:461 BW).¹⁶⁰ In het geval de polishouder een restitutie zorgverzekering heeft, heeft de zorgaanbieder weliswaar een vordering op de polishouder, maar wordt de vergoeding voor

¹⁵⁴ NzA 2009a, p. 22.

¹⁵⁵ Schreurs 2020, p. 15.

¹⁵⁶ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 12.

¹⁵⁷ Ministerie van VWS 2020, p. 11.

¹⁵⁸ Huydecoper 2007, p. 7.

¹⁵⁹ Huydecoper 2007, p. 11.

¹⁶⁰ Leenen e.a. 2020, p. 708.

zorgkosten waar de polishouder uit hoofde van de zorgverzekering recht op heeft ingevolge de Zorgverzekeringswet voldaan door het Zorginstituut Nederland (art. 31 Zvw).¹⁶¹

DNB kan vanuit het oogpunt van een effectieve en efficiënte bescherming van de polishouder¹⁶² besluiten tot een ‘ordentelijke’ afwikkeling van een zorgverzekeraar. Het gevolg van een dergelijke afwikkeling van een zorgverzekeraar is dat klanten niet direct hoeven over te stappen naar een andere zorgverzekeraar. Dit is bij een faillissement wel het geval (art. 6 Zvw). Door gebruik te maken van afwikkeling kan gefaciliteerd worden dat klanten aan het eind van het jaar kunnen overstappen.¹⁶³ Het is een politieke keuze dat de polishouder effectief betere bescherming geniet dan de patiënt. Conceptueel kan de idee van een ordentelijke afwikkeling met een *no creditor worse off*-principe een interessante optie bieden aan de curator die bij de overdracht recht wil doen aan de belangen van de patiënt. Het sluit ook enigszins aan bij de toenemende aandacht voor business rescue culture¹⁶⁴ die bijvoorbeeld tot uiting komt in de mogelijkheid van de homologie van een drangakkoord (WHOA) als voldaan wordt aan de *best interest of creditors test* (art. 384 lid 3 Fw). Kortom, recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht, WHAV in 2019 en WHOA in 2021, geven de toezichthouders, curator en de debtor-in-possession meer boedelbeheervrijheid, zolang de schuldeisers maar niet slechter af zijn dan bij de liquidatieprocedure. De implementatie van een *no creditor worse off*-oplossing is lastig, omdat zij technische accounting- en waarderingskennis vereist die doorgaans bij een curator niet aanwezig is.¹⁶⁵ De praktische haalbaarheid van een *no creditor worse off*-oplossing voor het realiseren van een zorgvuldige overdracht is onzeker.

4.4 Tussenconclusie

Bij een warme overdracht tracht de curator binnen de discretionaire bevoegdheid, die de curator ontleent aan de Faillissementswet en de rechtspraak, een zorgvuldige overdracht te realiseren. De meest voor de hand liggende variant is een gefaseerde overdracht met verliesfinanciering. De financiering zou dan van de zorgverzekeraars moeten komen. De zorgverzekeraars hebben zelf ook een zorgplicht gerelateerd aan de overdracht van patiënten. Deze zorgplicht is echter niet expliciet in de wet uitgewerkt en de NZa heeft bij de invulling van de zorgplicht geen uitdrukkelijke aandacht besteed aan de fundamentele rechten in de WGBO. Een zorgvuldige overdracht is duurder dan een *minimal effort*-overdracht en het is nog maar de vraag of de zorgverzekeraars een zorgvuldige overdracht willen financieren. In de literatuur wordt in relatie tot het faillissement en de overdracht van de patiënten veelvuldig gewezen op de plicht van de curator om zwaarwegende belangen van

¹⁶¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 842, nr. 3, p. 9.

¹⁶² Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 842, nr. 3, p. 2.

¹⁶³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 842, nr. 3, p. 28.

¹⁶⁴ Boon e.a. 2018, p. 136.

¹⁶⁵ Van den Berg e.a. 2019, p. 2.

maatschappelijk belang mee te nemen in het handelen rondom de overdracht. Het leunen op dit beroep op deze in de rechtspraak ontwikkelende norm is echter te onzeker om iets gewichtigs als de fundamentele rechten te borgen. De *no creditor worse off* is een moderne kijk op de mogelijkheden van de curator om een zorgvuldige overdracht te realiseren. De curator heeft hier de tijdsdruk die normaliter heerst op een afwikkeling van de een faillissement echter wel tegen. Het is bovendien een complexe procedure die bij voorkeur eerst binnen de wetenschap verder uitontwikkeld dient te worden. Het is ook belangrijk om niet zwart-wit naar de materie te kijken; enige ruimte voor redelijkheid en billijkheid moet er zijn. Een warme overdracht is voor de patiënt vele malen beter dan een koude overdracht. In het laatste hoofdstuk zal met een meer creatieve pet gekeken worden naar de problematiek waarmee de curator voor de overdracht te maken krijgt.

5. Een alternatieve interpretatie van de overdrachttaak

5.1. De Quint-Te Poel verbintenis tussen patiënt en behandelaar

Het voordeel van de civielrechtelijke weg voor de wettelijke regeling van de patiëntenrechten met de WGBO is dat het de patiënt een directe juridische actie tegen de hulpverlener geeft.¹⁶⁶ In art. 7:446 lid 1 BW is geregeld dat de hulpverlener de contractuele wederpartij van de patiënt is. Dit kan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn. Hulpverleners verrichten handelingen op het gebied van de geneeskunde in verscheidene rechtsvormen en samenwerkingsverbanden en daarom is het niet altijd duidelijk wie in juridische zin de hulpverlener is.¹⁶⁷ De overheid zou voor de patiënt meer rechtszekerheid kunnen creëren, zonder verlies aan bescherming, door in artikel 7:446 lid 1 BW de behandelend arts aan te wijzen als de contractuele wederpartij. Als de behandelend arts vervolgens in loondienst is, dan is het ziekenhuis uit hoofde van artikel 6:170 BW aansprakelijk voor de veroorzaakte schade. De behandelovereenkomst valt vervolgens buiten het faillissement van het ziekenhuis. Deze gedachte sluit ook aan bij andere wetten. Op grond van artikel 13 lid 5 van de Zorgverzekeringswet (Zvw), en expliciet genoemd in het amendement van de wet, mag het echter niet zo zijn dat een patiënt, op het moment dat deze daadwerkelijk zorg krijgt, op zoek moet gaan naar een andere zorgaanbieder doordat het contract tussen zorgaanbieder en verzekeraar wordt beëindigd. De zorg moet voor deze patiënt bij dezelfde zorgaanbieder gecontinueerd kunnen worden.¹⁶⁸

Voor de beantwoording van de vraag wie de contractspartij is, kan de patiënt uitgaan van wat de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en wat de patiënt en de hulpverlener over en weer uit elkaars verklaring en gedrag mogen afleiden.¹⁶⁹ De feitelijke hulpverlener, de arts, kan bovendien op basis van art. 47 Wet BIG via het tuchtrecht aangesproken worden op het professioneel handelen, wat de situatie wie de contractuele tegenpartij is niet verheldert. In de praktijk zal de patiënt de directe behandelaar zien als de wederpartij in de behandelovereenkomst en bij aansprakelijkheidsvraagstukken, als advocaten aanschuiven, zal met betrekking tot de contractuele wederpartij de juridische werkelijkheid pas een rol gaan spelen. Indien men aanneemt dat tussen de behandelaar en de patiënt geen overeenkomst uit hoofde van de WGBO bestaat¹⁷⁰, wil dit nog niet zeggen dat er geen verbintenis tussen de feitelijke behandelaar en de patiënt is. Een verbintenis kan niet alleen ontstaan wanneer daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, maar kan ook ontstaan wanneer dit past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.¹⁷¹ De curator kan aandragen dat er naast de op de WGBO beruste behandelingsovereenkomst een separate,

¹⁶⁶ Leenen e.a. 2020, p. 105.

¹⁶⁷ Wijne 2017, p. 8.

¹⁶⁸ Brand 2020, p. 605.

¹⁶⁹ HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 (Kribbebijter).

¹⁷⁰ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/396

¹⁷¹ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (Quint-Te Poel)

uit het systeem van de wet voortkomende behandelingsovereenkomst is waar de curator niet het beheer over voert.

5.2. Een model zonder overdrachttaak

Voor de zorgvuldige overdracht zal de curator het personeel moeten aanhouden. Het aanhouden van het personeel komt echter wel ten laste van de boedel en vanuit de primaire taak van de curator zal deze in de regel gebruik (moeten) maken van zijn bevoegdheid om, met machtiging van de rechter-commissaris (art. 68 lid 3 Fw), op basis van art. 40 lid 1 FW de arbeidsovereenkomsten van de werknemers op te zeggen. Bij zowel het MC Slotervaart als bij de IJsselmeerziekenhuizen werd het personeel ontslagen met een opzegtermijn van zes weken, wat in de praktijk te kort bleek om de afbouw van de zorg te bewerkstelligen.¹⁷² Bij de MC IJsselmeerziekenhuizen kon door dit besluit van de curatoren de patiëntveiligheid niet langer worden geborgd en daardoor moesten de klinische patiënten direct worden ontslagen of overgedragen aan andere ziekenhuizen.¹⁷³ Bij MC Slotervaart moesten de patiënten nog in kaart worden gebracht en hielden de curatoren de patiënten aan zich gebonden.¹⁷⁴ Uit de rechtspraak blijkt dat na het faillissement van de MC IJsselmeerziekenhuizen de curator aan een behandelaar, die op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam was, de medische dossiers van de patiënten die nog in behandeling zijn gebleven, heeft overgedragen inclusief de dossiers van vroegere patiënten die zich opnieuw bij hem meldden voor behandeling.¹⁷⁵ Dit vond plaats terwijl in het kader van de doorstart alle activa en de bedrijfsvoering waren overgedragen aan Ziekenhuis St Jansdal. Het erkennen van de Quint-TePoel formule verbintenis tussen de behandelaar en de patiënt, zoals in het hierboven beschreven geval mogelijk is gebeurd¹⁷⁶ door de curator, zou de situatie rondom een zorgvuldige overdracht verbeteren. Ontslag met behoud van de patiëntenkring helpt bovendien de behandelaar, deze is een commercieel interessantere marktspeeler,¹⁷⁷ en de zorgverzekeraar omdat DBC's niet met een kunstmatige ingreep afgesloten hoeven te worden.¹⁷⁸

Behandelend hulpverleners dragen bovendien persoonlijk verantwoordelijkheid op grond van onder meer de Wkkgz, WGBO en de Wet BIG. Na een faillissement zijn zij nog steeds blootgesteld aan het risico om tucht-, civiel- of strafrechtelijk te worden aangesproken voor medische behandelingen verricht voor het faillissement.¹⁷⁹ Tegelijkertijd vervalt de medische

¹⁷² Schreurs 2020, p. 6.

¹⁷³ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 8.

¹⁷⁴ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 9.

¹⁷⁵ Rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107

¹⁷⁶ In casu is het relevant om vast te stellen of de curator alle patiënten waarvan de dossiers zijn overgedragen aan de behandelaar, individueel heeft benaderd om hier toestemming voor te vragen. Als dit niet het geval is, dan heeft de curator aangenomen dat er een verbintenis is tussen de behandelaar en de patiënt.

¹⁷⁷ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 9.

¹⁷⁸ Ministerie van VWS 2017, p. 20.

¹⁷⁹ Ministerie van VWS 2017, p. 7.

beroepsaansprakelijkheidsverzekering als gevolg van een faillissement.¹⁸⁰ Bij het optreden van een medisch incident dat gemeld wordt na het faillissement van het ziekenhuis, kan mogelijk geen aanspraak worden gemaakt op de dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering. Om die reden is het van belang dat de curator met de schadeverzekeraar een voorziening treft ten aanzien van de dekking van uitloopriscico's.¹⁸¹ Bij het Ruwaard van Putten-faillissement weigerde de verzekeraar een rechterlijke tussenkomst omdat verwacht werd dat een faillissement een aanzuigende werking op claims zou hebben.¹⁸² Bij het MC Slotervaart heeft de overheid aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar een garantie afgegeven van € 2,9 miljoen.¹⁸³ De overheid is in gesprek met alle betrokken partijen om een structurele oplossing te vinden voor de medische aansprakelijkheidsverzekering na faillissement.¹⁸⁴ In een situatie waarin de behandelaar de patiëntenkring houdt, zou de aansprakelijkheidsverzekering ongewijzigd kunnen overgaan van ziekenhuis naar behandelaar. Andersom geredeneerd kan worden geopperd dat een ontslagen behandelaar, die na faillissement nog wel risico loopt, potentieel ongerechtvaardigd verarmd wordt (art. 6:212 BW).

5.3. Ondersteunende juridische overwegingen

Ten slotte kunnen nog een aantal randzaken worden genoemd die het concept van 'patiënt volgt behandelaar' ondersteunen. Bij een faillissement van een ziekenhuis moeten de omliggende ziekenhuizen beslissen welke patiënten(groepen) ze kunnen overnemen. In de meeste gevallen zal hiervoor extra personeel aangenomen moeten worden en wellicht moeten er investeringen worden gedaan, terwijl er geen zekerheden zijn over de te realiseren inkomsten. De komst van patiënten is namelijk, tot op zekere hoogte, onzeker vanwege de vrijheid die patiënten genieten ten aanzien van de keuze voor een zorgverlener of zorginstelling.¹⁸⁵ Als een behandelaar de patiëntenkring meebrengt, dan loopt het ziekenhuis veel minder financieel risico wat uiteindelijk ook in maatschappelijke zin een gunstige uitwerking heeft.

Artsen die tot een maatschap toetreden om als vrijgevestigd specialist in een ziekenhuis te werken, betalen aanzienlijke bedragen aan goodwill.¹⁸⁶ Als het ziekenhuis de toelatingsovereenkomsten opzegt, wat na een faillissement kan gebeuren,¹⁸⁷ dan is de goodwill in de huidige situatie niets meer waard. De specialisten hebben bij het faillissement van het Ruwaard van

¹⁸⁰ Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020, p. 113.

¹⁸¹ Ministerie van VWS 2017, p. 17.

¹⁸² Schreurs 2020, p. 7.

¹⁸³ Schreurs 2020, p. 7.

¹⁸⁴ Ministerie van VWS 2020, p. 8.

¹⁸⁵ Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019, p. 10.

¹⁸⁶ Kampers en Lintel 2017, p. 122.

¹⁸⁷ Kocsis e.a. 2011, p. 40.

Putten Ziekenhuis de verloren gegane goodwill (€ 10 miljoen) ter verificatie ingediend in het faillissement. Deze vordering is door de curatoren succesvol betwist.¹⁸⁸ De goodwill is in een ziekenhuismaatschap een vergoeding die bijna volledig gerelateerd is aan de waarde van het klantenbestand. De HR spreekt in casu over ondernemersrisico en ziet derhalve geen grond voor onrechtmatige verarming. In de meeste gevallen wordt het inkopen in de maatschap, en dus het betalen van de goodwill, gefinancierd door een bank. In het maatschappelijk verkeer leeft derhalve de veronderstelling dat de klantenkring toebehoort aan de behandelaar en niet aan het ziekenhuis.

Op de balans van een ziekenhuis aan de activa zijde staat de post ‘Onderhanden werk uit hoofde van DBC's / DBC-zorgproducten’ (Regeling verslaggeving WTZi) en deze draagt derhalve ook bij aan het eigen vermogen van het ziekenhuis. Hieruit kan worden opgemaakt dat een ziekenhuis de behandelovereenkomst ziet als een bezitting en naar analogie de patiënt ziet als een klant van het ziekenhuis en niet van de behandelaar. De jaarrekening geeft volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat (art. 2:362 lid 1 BW). Het is de vraag of een verkoop van een behandelovereenkomst, bij een eventuele activa transactie of de overname van een ziekenhuis, in de maatschappij niet beoordeeld zou worden als een rechtshandeling die in strijd is met de goede zeden (art. 3:40 BW) vanwege het *algemene wettelijke* karakter van de behandelingsovereenkomst zoals besproken in paragraaf 1.2. Dit zou nogmaals bevestigen dat in het maatschappelijk verkeer de behandelingsovereenkomst wordt beschouwd als een overeenkomst tussen behandelaar en patiënt en niet tussen ziekenhuis en patiënt.

5.4. Tussenconclusie

De overheid zou zonder veel moeite, door de regelgeving rondom de contractuele wederpartij in de WGBO te wijzigen, tot een voor zowel de patiënt als de curator meer gunstige oplossing kunnen komen. Meer betwistbaar zou de curator op basis van de Quint-Te Poel formule een alternatieve behandelovereenkomst tussen de patiënt en de behandelend arts kunnen aannemen waar de curator geen invloed op heeft. De patiënten worden in deze creatieve oplossing gekoppeld aan de behandelend arts en niet het ziekenhuis. De zorgverzekeraar kan bij een faillissement de behandelend arts of de zorgaanbieder waar deze in dienst treedt, gaan betalen via de bestaande DBC's. De curator realiseert op deze manier een situatie waarin de overdrachttak feitelijk niet bestaat. De overdracht is namelijk reeds geregeld. Deze oplossing sluit ook beter aan op de risicopositie van de behandelend arts die ondanks het verlies van loon nog altijd hoofdelijk aansprakelijk is voor eerdere behandelingen. De behandelend arts wordt hiermee niet ongerechtvaardigd verarmd. Daarnaast zijn er een aantal ondersteunende juridische argumenten te noemen. De overdracht staat voor het verkrijgende

¹⁸⁸ HR 26 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:347.

ziekenhuis bloot aan minder financieel risico, hetgeen een gunstig maatschappelijk effect kan hebben. Het idee sluit bovendien beter aan bij de in de markt heersende gedachte dat artsen een goodwill vermogen uit hoofde van hun klantenkring hebben. Ten slotte wordt op deze wijze de idee dat behandelingen verhandelbaar zijn – iets wat mogelijk in de maatschappij zal worden gezien als in strijd met de goede zeden – vermeden.

6. Conclusie

6.1. De criteria voor een zorgvuldige overdracht

In de scriptie werd in de eerste plaats een raamwerk geschetst waaraan een zorgvuldige gezondheidsrechtelijke overdracht van patiënten bij het faillissement van een ziekenhuis kan worden getoetst. Een faillissement resulteert in het ophouden van een behandeling bij een hulpverlener waarmee de patiënt een vertrouwensrelatie heeft opgebouwd, wat het fundament van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (hierna: WGBO) is. Het is ondersteunend voor het zelfbeschikkingsbeginsel, het recht op privacy en voor het goed hulpverlenerschap. In de kern allemaal fundamentele rechten. Het is dan ook logisch dat een behandelovereenkomst door de hulpverlener zeer beperkt opzegbaar is, wat is vastgelegd als een dwingendrechtelijke bepaling in de WGBO. Een van de grootste risico's bij een overdracht is dat de curator in deze onvervreemdbare rechten van de patiënt treedt, waarmee de curator een zorgvuldigheidsnorm schendt. Het is duidelijk dat slechts een fysieke verplaatsing van patiënten nooit een voldoende invulling kan zijn van de overdrachttak van de curator. Een zorgvuldige overdracht voldoet in gezondheidsrechtelijke optiek aan de volgende eisen:

- 1) Een zorgvuldige overdracht bestaat uit een *zorgvuldige beëindiging*. De hulpverlener dient hiervoor een redelijke termijn in acht te nemen die mede afhankelijk is van de ernst van de (medische) situatie, de aard en duur van de behandelovereenkomst en de termijn die nodig is om een aanvaardbaar alternatief voor de zorg (een andere arts of zorginstelling) te vinden.¹⁸⁹ Bovendien is het de taak van de arts om met toestemming van de patiënt relevante informatie aan andere betrokken artsen of hulpverleners te verstrekken.¹⁹⁰
- 2) Een zorgvuldige overdracht bestaat anderzijds uit een *zorgvuldige totstandkoming* van een nieuwe behandelovereenkomst, waarbij voldaan wordt aan alle dwingendrechtelijke bepalingen in de WGBO en de onderliggende fundamentele rechten.

6.2. De juridische mogelijkheden om een zorgvuldige overdracht te realiseren

In de scriptie werd in de tweede plaats onderzocht welke juridische gronden ter beschikking staan van de curator bij de overdracht en deze werden getoetst aan de opgestelde zorgvuldigheidsnorm. De eerste onderzochte juridische grond is 'koude overdracht', die niet per definitie ongerechtvaardigd is en die op basis van de Faillissementswet rechtsgeldig tot stand kan worden gebracht. De patiënten worden per direct overgedragen naar een ander ziekenhuis. Dit sluit aan bij de praktijk en lijkt nog het meest op fysieke overdracht. Koude overdracht voldoet niet aan de zorgvuldige overdracht conform de gedefinieerde norm. Met een beroep op nadeel vanwege de persoonsaantasting (art. 6:106 BW) zou immateriële schadevergoeding kunnen worden gevorderd vanwege de ernst van de inbreuk. Hoe de

¹⁸⁹ KNMG 2021, p. 27.

¹⁹⁰ KNMG 2021, p. 22.

Hoge Raad hierin zou oordelen is echter uiterst onzeker. De meest overtuigende overweging om te verwachten dat een rechter de patiënt bij een vordering toch tegemoet zal komen is dat een beroep op de fundamentele rechten van de WGBO bij een faillissement zonder deze uitspraak illusoir is. Als de rechter een beroep op art. 6:106 BW gegrond acht, dan is het niet uitgesloten dat de curator pro se aansprakelijk is. De curator maakt namelijk een inbreuk op fundamentele rechten van de patiënt. De curator kan aan de andere kant weinig aanknopingspunten vinden in de Faillissementswet om anders te handelen.

Bij een warme overdracht tracht de curator binnen de discretionaire bevoegdheid die de curator ontleent aan de Faillissementswet en de rechtspraak, een zorgvuldige overdracht te realiseren. De meest voor de hand liggende variant is een gefaseerde overdracht met verliesfinanciering. Een zorgvuldige overdracht is duurder dan een *minimal effort*-overdracht en het is nog maar de vraag of de zorgverzekeraars een zorgvuldige overdracht willen financieren. In de literatuur wordt in relatie tot het faillissement en de overdracht van de patiënten veelvuldig gewezen op de plicht van de curator om zwaarwegende belangen van maatschappelijk belang mee te nemen in het handelen rondom de overdracht. Het leunen op dit beroep op deze in de rechtspraak ontwikkelende norm is echter te onzeker om iets gewichtigs als de fundamentele rechten te borgen. De *no creditor worse off* is een moderne kijk op de mogelijkheden van de curator om een zorgvuldige overdracht te realiseren. De curator heeft hier de tijdsdruk die normaliter heerst op een afwikkeling van een faillissement echter wel tegen. Het is bovendien een complexe procedure die bij voorkeur eerst binnen de wetenschap verder uitontwikkeld dient te worden.

De overheid zou zonder veel moeite, door de regelgeving rondom de contractuele wederpartij in de WGBO te wijzigen, tot een voor zowel de patiënt als de curator meer gunstige oplossing kunnen komen. Meer betwistbaar zou de curator op basis van de Quint-Te Poel formule een alternatieve behandelovereenkomst tussen de patiënt en de behandelend arts kunnen aannemen waar de curator geen invloed op heeft. De patiënten worden in deze creatieve oplossing gekoppeld aan de behandelend arts en niet het ziekenhuis. De zorgverzekeraar kan bij een faillissement de behandelend arts of de zorgaanbieder waar deze in dienst treedt, gaan betalen via de bestaande DBC's. De curator realiseert op deze manier een situatie waarin de overdrachtaak feitelijk niet bestaat. De overdracht is namelijk reeds geregeld.

6.3. Reflectie op de bevindingen in de scriptie, eigen opvatting

Het beschouwen van het privaatrecht in enge zin, los van ethiek, (gewoonte)recht en rechtsbeginselen, draagt het risico met zich mee dat in het dagelijks handelen de ondergrens van menswaardig handelen

wordt opgezocht. Zolang het juridisch mag, is het toegestaan. Een belangrijke inspiratie voor mij is Bakker¹⁹¹ die stelt:

‘Partijen die een contract met elkaar aangaan moeten rationeel handelen, dat wil zeggen met verstand, met rede. Zij moeten nadenken over wat ze doen en niet onbezonnen, lichtvaardig te werk gaan. Waarom niet? Omdat ze niet alleen zijn op de wereld, maar sociale wezens zijn die in een gemeenschap met anderen samenleven. In zo ’n gemeenschap is geen plaats voor bot egocentrisme, maar is een zekere mate van solidariteit, empathie, inlevingsvermogen jegens de ander noodzakelijk om de samenleving draaglijk te maken.’

Dit is wat hij verstaat onder de gedragsnorm van redelijkheid en billijkheid. Ik sluit me hier graag bij aan. Als men uitgaat van deze norm voor redelijkheid en billijkheid is het probleem van de overdracht vrij eenvoudig op te lossen. De belangen van de patiënt prevaleren dan altijd boven de belangen van de schuldeisers. Niet alle curatoren zijn van het soort Dreverhaven.¹⁹² Ik kan me niet voorstellen dat de meerderheid van de curatoren het belang van de patiënt niet belangrijker vindt dan het belang van de schuldeisers. De curator zit echter vast tussen de wet en de norm die gehanteerd wordt door de rechtelijke macht welke minder ambitieus is gebleken in het verleden.

Als de wet een onwenselijke uitkomst heeft, dan wordt doorgaans snel naar de overheid gekeken voor een oplossing. De overheid heeft met de gezondheidszorg echter een enorm complex allocatieprobleem, waar de economische wetenschap ook geen goed antwoord op heeft. Het gezondheidsrecht is al een lappendeken aan wetten en regels. Nog meer wetten gaan de bescherming van de patiënt niet ten goede komen. De partij die op zou moeten staan is de burgerlijke rechter. Die zou, veel meer dan nu gebeurt, de rol van de doorwerking van de rechtsbeginselen in het privaatrecht moeten erkennen. De invulling van het leerstuk redelijkheid en billijkheid biedt onvoldoende rechtszekerheid voor patiënten, niet alleen bij de overdracht bij een faillissement, maar voor de patiëntenrechten in het algemeen. Bijna mijn hele masterjaar heb ik ingevuld door papers over het gezondheidsrecht te schrijven. Hierbij heb ik zo goed als alle hoofdstukken uit het Handboek Gezondheidsrecht van Leenen geraakt. Voor mij staat één ding vast. Of het nu gaat over tuchtrechtspraak, aansprakelijkheidsvraagstukken, vraagstukken over het begin en eind van het leven, nieuwe medisch-wetenschappelijke technieken, de bewijslastverdeling of overdrachtvraagstukken bij een faillissement, de rechterlijke macht faalt te vaak in het beschermen en borgen van fundamentele rechten van de patiënt.

¹⁹¹ Bakker 2013, p. 412.

¹⁹² F. Bordewijk., *Karakter*.

Literatuur

Boeken en tijdschriftartikelen

Van Andel 2013

W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvO* 2013/26

Andringa e.a. 2019

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

Ardenne 2008

E.M. van Ardenne, 'IJsselmeerziekenhuizen deel 2. 'De gevolgen van mislukte fusie door een schaduwzijde van het recht?', *Focus, NJB* 2008, 2055, afl. 42

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bakker 2013

Bakker, P. S., Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm. Over het maatschappelijk redelijkheidsgebod en de verplichting om rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. *Ars aequi*, 2013(5).

Van den Berg e.a. 2019

Van den Berg S.W., Holterman W.G.M. en Haanappel H.T., De reorganisatiewaarde onder de WHOA, *TvI* 2019/10.

Brand 2020

L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement, Is het patiëntenbelang naar de huidige wetssystematiek voldoende gediend?', *NJB* 2020/570

Boon e.a. 2018

J.M.G.J. Boon, J.A.A. Adriaanse en M.A. Branger, 'Business Rescue. Een Europese studie naar verbetering van het reorganiserend vermogen van ondernemingen in zwaar weer', *TvI* 2018/21.

Van Dijken 2018

R. van Dijken, 'Maatschappelijke belangen en het faillissement van het Slotervaartziekenhuis', 18 december 2018, <https://equesnijmegen.nl/maatschappelijke-belangen-en-het-faillissement-van-het-slotervaartziekenhuis/>, online geraadpleegd: 3 mei 2021.

Driesse 2012

M. Driesse, 'Zorgaanbieders in financiële moeilijkheden', *Bb* 2012/57

Van Galen 2019

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

Gezondheidsraad 2020

Gezondheidsraad, *45-minutennorm in de spoedzorg*, september 2020

Den Hartogh 2014

G.A. den Hartogh, De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen., in: *Ethiek en gezondheidsrecht*, preadvies 2014 Vereniging voor Gezondheidsrecht.

Hendriks 2008

A.C. Hendriks, 'Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien.', *TvGR* 2008.

Hijink 2019

H.P.M. Hijink, 'De rol van informatie bij uitkeringen in de zorgsector', *Ondernemingsrecht* 2019/36

Hondius 2004

E. Hondius, The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis. *Journal of Consumer Policy* 27, 245–251 (2004).

Huydecoper 2007

Jhr mr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: Mr. M.L.S. Kalff e.a., *De integer curator*, Insolad jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007.

Kampers en Lintel 2017

M.W.T. Kampers en I.M.A. Lintel, 'Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement. Een interview met mr. Vermeeren en mr. Bentfort van Valkenburg over het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis', *TvI* 2017/18.

Klaassen 2019

A.G.H. Klaassen, 'Vennootschappelijk belang en organisaties in de gezondheidszorg - een staaltje acrobatiek in de bestuurskamer?', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz, *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVO-serie deel 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Klaassen e.a. 2020

A.G.H. Klaassen, H.J. de Kloe & S.A. Jansen, 'Medezeggenschap in faillissement: ook een adviesrecht voor de cliëntenraad?', *TvI* 2020/5.

Kocsis e.a. 2011

V. Kocsis, P. Koning, E. Mot, 'General hospitals in financial distress, Reconsidering government intervention, CPB Background Document', juli 2011

Leenen e.a. 2020

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, M.C. Ploem, M.F. van der Mersch, E. Plomp, V.E.T. Dorenberg, E.J.C. de Jong., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020 (achtste druk)

Legemaate 2016

J. Legemaate, Een inleiding over het recht., in: J. Legemaate, G. Widdershoven (red.), *Basisboek Ethiek & Recht in de Gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2016.

Legemaate 2018

J. Legemaate, 'Rechtstekorten in het gezondheidsrecht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2018 (42)3

Legemaate en Widdershoven 2016

J. Legemaate, G. Widdershoven., Organisatie van zorg., in: J. Legemaate, G. Widdershoven (red.), *Basisboek Ethiek & Recht in de Gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2016.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten, in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011*, Deventer: Kluwer 2011.

Meersma e.a. 2017

K. Meersma, T. Hekman en J. Rijken, 'De faillerende zorginstelling', *O&F* 2017-1

Ploem en Voskes 2016

C. Ploem, Y. Voskes, De Arts-patiëntrelatie., in: J. Legemaate, G. Widdershoven (red.), *Basisboek Ethiek & Recht in de Gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2016.

Polak/Pannevis 2017

N.J. Polak, M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017

Schreurs 2020

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

Tjong Tjin Tai 2017

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

Vaal 2020

E. Vaal, 'Medisch specialist heeft geen recht op afgifte patiëntendossiers', *Computerrecht* 2020/110

Wijne 2017

R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Monografieen. BW nr. B87)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Beleidsstukken**Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen 2020**

Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen, *De aangekondigde Ondergang, Onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen*, maart 2020.

European Commission 2015

European Commission, 'Communication from the commission on effective , accessible and resilient health systems', COM(2014), 2015 final.

IGJ 2019

IGJ, *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschat – risico 's voor goede en veilige zorg bij afbouw en overdracht van zorg*, Utrecht 2019.

KNMG 2021

KNMG, Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, richtlijn, januari 2021.

Ministerie van VWS 2017

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

Ministerie van VWS 2020

Ministerie van VWS, *Kamerbrief over gebundelde beleidsreactie op rapporten over faillissementen MC-groep*, juni 2020

NzA 2009a

Nederlandse Zorgautoriteit, *Advies Zorgaanbieders met financiële problemen in het nieuwe zorgstelsel, Early warningsysteem en mogelijkheden voor steunverlening*, juni 2009.

NzA 2009b

Nederlandse Zorgautoriteit, *Voorgenomen besluit inzake de aanvraag om steunverlening ten behoeve van de Stichting IJsselmeerziekenhuizen*, januari 2009.

Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019

Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: december 2019

Overheidsinterventie 2021

Ministerie van Justitie en Veiligheid, 5 Wat rechtvaardigt overheidsinterventie?, in: Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving, <https://www.kcwj.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving/5-wat-rechtvaardigt-overheidsinterventie>, online geraadpleegd: 3 mei 2021.

Rijksoverheid 2020

Rijksoverheid, *Speelbal of spelverdeler? Concurrentiekracht en nationale veiligheid in een open economie, brede maatschappelijke heroverweging*, april 2020

RVZ 2009

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Steunverlening zorginstellingen*, Den Haag, 2009.

SER 2010

Sociaal-Economische Raad, *Advies Overheid én markt: het resultaat telt. Voorbereiding bepalend voor succes*, maart 2010

WRR 2000

WRR, *Het borgen van Publiek Belang*, Sdu Uitgevers, Den Haag: 2000

Wetgeving en parlementaire stukken

Tweede Kamer, vergaderjaar 1989-1990, 21 561, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 476, nr. 1

Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 27 295, nr. 117

Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 32 012, nr. 1

Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 402, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 620, nr. 10

Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 31 016, nr. 92

Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34 767, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 842, nr. 3

Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 31 016, nr. 146

T.T. van Zanten, T&C Insolventierecht, commentaar bij art. 37 Fw.

A.E.B. ter Heide, Stelplicht & Bewijslast, commentaar op art. 6:106 BW.

GS Schadevergoeding (Lindenbergh), art. 106, aant. 2.8.6-2.8.14.

Jurisprudentie

HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600 (Quint-Te Poel).

HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560 (Aangereden hartpatiënt-arrest).

HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 (Kribbebijter).

HvJ EG 10 april 1984, nr. C-14/83 (Von Colson en Kamann).

HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961 (Renteneurose-arrest).

HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608 (Ontvanger/Bos).

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

EHRM 31 oktober 1995 (Papamichalopoulos/Griekenland).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

EHRM 6 april 2000, zaak 35382/97 (Comingersoll/Portugal).

HR 17 november 2000, ECLI:NR:HR:2000:AA8358 (Druijff/Bouw).

HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963.

HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL7053 (S.J./Staat).

HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (Oosterparkrellen. Oudejaarsrellen).

Rb. Amsterdam 2 februari 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AS4748, (Minister President/Kijkshop).

HR 18 maart 2005 ECLI:NL:HR:2005:AR5213, (Wrongful life).

HR, 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (Nebula).

RTG Zwolle 25 januari 2007, ECLI:NL: TGZRZWO:2007:77.

HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583 (Kleijnen/Reaal Schadeverzekeringen).

HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke q.q./Gips).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman).

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

RTG Zwolle 1 november 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:110.

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/mr. Jongepier q.q.).

HR 26 februari 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:347.

HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (EBI).

HR 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598.

Rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107.

Overig

Faillissementsverslag 1 (Ruwaard van Putten)

Faillissementsverslag 1 (de Sionsberg)

Faillissementsverslag 1 (Slotervaart)

Faillissementsverslag 1 (IJsselmeerziekenhuizen)