

Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement

Is het patiëntenbelang naar de huidige wetssystematiek voldoende gediend?

Lucas Brand¹

In 2018 ging het Slotervaartziekenhuis met een flitsfaillissement ten onder. In twee dagen tijd werden alle patiënten ontslagen of overgeplaatst. De overhaaste afbouw van zorg resulteerde in de nodige maatschappelijke onrust na berichtgeving in de media. Dit artikel heeft tot doel om te toetsen of er in de eerste plaats gezondheidsrisico's verbonden zijn aan het overplaatsen van patiënten en, zo ja, of de zorgverzekeraar en curator vervolgens gehouden zijn deze mee te nemen in hun afwegingen rondom een mogelijk faillissement. De hoofdvraag van dit artikel luidt: wat zou, naar huidig medisch inzicht en daarmee patiëntenbelang, de zorgplicht moeten zijn van de curator en de zorgverzekeraar tijdens een ziekenhuisfaillissement?

Op 25 oktober 2018 failliede het ziekenhuis waar ik de laatste maanden van mijn opleiding tot arts werkzaam was. Het faillissement van het MC Slotervaart hing destijds, begin 2018, al als een dreiging in de lucht. Dat was ook te merken aan het personeel. Het ziekenhuis, ook wel liefkozend 'het Slootje' genoemd, had volgens werknemers al zo vaak aan de rand van een faillissement gestaan dat het er ook deze keer wel niet van zou komen. Toch gebeurde het, voor velen onverwacht. Het resultaat, een flitsfaillissement met een harde landing. Een tekort in de boedel en het terugtrekken van gedetacheerd personeel noodzaakten het ziekenhuis de zorg in korte tijd af te bouwen. In twee dagen tijd werden alle patiënten ontslagen of overgeplaatst.² De overhaaste afbouw van zorg resulteerde in de nodige maatschappelijke onrust na berichtgeving in de media. De overdracht zou chaotisch zijn verlopen en mogelijk zelfs één patiënt in levensgevaar hebben gebracht.³ Ook mij verbaasde het, inmiddels niet meer betrokken bij het MC Slotervaart, dat een ziekenhuis zo snel ontmanteld kon worden.

In de aanloop naar het faillissement speelde zorgverzekeraar Zilveren Kruis (Achmea) een hoofdrol. Hij zag zich, ondanks de positieve woorden van het bestuur over de toekomst van het ziekenhuis, genoodzaakt de financiering van het MC Slotervaart van de ene dag op de andere te staken met het faillissement als gevolg.⁴ Dat de zorgverzekeraar niet bereid was om met zorgpremiegeld een financieel ongezonde instelling te redden is niet onbegrijpelijk.

Premiegeden zijn immers bedoeld voor financieel rendabele zorg. Daar staat tegenover dat het staken van de financiering door de zorgverzekeraar er (in)direct toe leidde dat de behandeling van opgenomen patiënten moest worden gestaakt om ergens anders te worden voortgezet. Als overplaatsing van opgenomen patiënten de nodige gezondheidsrisico's met zich mee zou brengen (hetgeen niet onvoorstelbaar is wanneer dit, zoals bij het MC Slotervaart het geval was, overhaast gebeurt), dan zou je kunnen stellen dat de zorgverzekeraar, die een dergelijk, ingrijpend proces in gang zet, de plicht heeft om de patiëntenzorg van het desbetreffende ziekenhuis hoe dan ook te waarborgen.

De gezondheidsrisico's treffen ook de curator van een failliet ziekenhuis. Als blijkt dat patiënten bij overplaatsing gevaar lopen, dan zal hij, in het kader van zijn plicht om de zorg verantwoord af te bouwen, dit willen voorkomen. Echter, om de zorg tijdens faillissement te continueren heeft hij financiële middelen nodig, en juist die ontbreken. Het ligt in de lijn der verwachting dat hij de zorgverzekeraar als financier van de zorg erop aanspreekt deze middelen te verstrekken. Het is echter vooralsnog de vraag of de zorgplicht van de zorgverzekeraar of curator zo ver strekt dat tijdens een faillissement überhaupt overplaatsing van patiënten zou moeten worden voorkomen. Dit artikel heeft tot doel om te toetsen of er daadwerkelijk gezondheidsrisico's verbonden zijn aan het overplaatsen van patiënten en, zo ja, of de zorgverzekeraar en curator

vervolgens gehouden zijn deze mee te nemen in hun afwegingen rondom een mogelijk faillissement. De hoofdvraag van dit artikel luidt dan ook: 'Wat zou, naar huidig medisch inzicht en daarmee patiëntenbelang, de zorgplicht moeten zijn van de curator en de zorgverzekeraar tijdens een ziekenhuisfaillissement?'

Gesterkt door de woorden van prof. Stolker dat *'empirische verificatie van veronderstellingen [...] de relevantie van rechtswetenschap verder versterken'*⁵ neemt het artikel een extern normatief perspectief in. De opbouw is als volgt. De eerste paragraaf behandelt welke gevolgen het faillissement van het MC Slotervaart had voor de daar onder behandeling zijnde patiënten. Vervolgens wordt in de tweede paragraaf gekeken of er in de medische literatuur bewijs te vinden is voor de stelling dat er gevaren zijn voor de patiëntveiligheid bij een ziekenhuisfaillissement door patiënten over te plaatsen. Zijn de gezondheidsrisico's gekwantificeerd, dan kan de zorgplicht beoordeeld worden op haar klinische relevantie. Hiermee is het externe toetsingskader geschetst. De vraag die daarop volgt is of de zorgverzekeraar en curator een zorgplicht hebben om bij het faillissement van een zorginstelling de genoemde risico's uit te sluiten. Met andere woorden, hebben zij hun zorgplicht geschonden bij het faillissement van het MC Slotervaart door patiënten over te plaatsen? Paragrafen drie en vier bespreken respectievelijk de zorgplicht van de zorgverzekeraar en de curator. Mocht blijken dat die niet geschonden werd, dan draagt paragraaf vijf desalniettemin een mogelijke oplossing aan om te voorkomen dat ten tijde van een faillissement de patiëntveiligheid in het geding komt.

1. Hoe heeft het faillissement van het MC Slotervaart uitgedaakt voor haar reeds opgenomen patiënten?

De surseance van betaling op 23 oktober 2018 had gelijk gevolgen voor de medische zorg die het ziekenhuis kon leveren. Dit met name omdat de Intensive Care (IC) en de Operatie Kamer (OK) niet meer op volle capaciteit konden draaien. Ongeveer 30-40% van het personeel op beide afdelingen werkte op detachingsbasis en werden bij het uitspreken van de surseance direct teruggetrokken door hun werkgever.⁶ Hierdoor kwamen twee van de basisvoorwaarden om een ziekenhuis open te houden in het geding. De aanwezigheid van de IC en de OK is een medische noodzakelijkheid om ziekenhuiszorg te kunnen bieden.

Het ziekenhuis moest de zorg afbouwen, en snel. In het algemene deel van het ziekenhuis waren op 23 oktober achtennegentig patiënten opgenomen. Tweeënzestig

De snelle afbouw van de zorg leidde tot chaotische taferelen waarbij zich risicovolle situaties voordeden

van hen werden ontslagen, vierentwintig patiënten werden overgeplaatst naar een ander ziekenhuis en twaalf patiënten werden overgedragen aan een verpleeghuis. Op 26 oktober om 15.00 uur in de middag waren er geen klinische patiënten meer aanwezig in het ziekenhuis. Van de circa 9000 patiënten die poliklinisch onder behandeling waren werden de afspraken geannuleerd en overgedragen aan andere ziekenhuizen.⁷

De snelle afbouw van de zorg leidde tot chaotische taferelen waarbij zich risicovolle situaties voordeden.⁸ Omliggende ziekenhuizen meldden dat ze niet voorbereid waren op een zo groot aantal nieuwe patiënten en huisartsen spraken over een toestroom van verontruste patiënten die vreesden voor de continuïteit van hun zorg.⁹

De praktijk: wat houdt het overplaatsen van een klinische patiënt in?

Opgenomen patiënten bevinden zich doorgaans in een fragiele lichamelijke toestand. Ze zijn bedlegerig, hebben op vaste tijdstippen hun medicatie per infuus nodig en worden door medische apparaten ondersteund. Tijdens een overplaatsing zal teruggeschakeld moeten worden in de opties die de behandelaar heeft om de zorg te verlenen. Daarnaast moet de medische informatie overgedragen worden aan de nieuwe behandelaar. Dit gebeurt deels mondeling en deels door het opsturen van het medisch dossier. Het mondeling deel dient ertoe om de meest belangrijke punten aan te stippen of toe te lichten. Het medisch dossier geeft het totale beeld weer. Aan beide vormen van overdracht zijn beperkingen verbonden. Zo bestaat het dossier van complexe patiënten door de herhaalde dagelijkse visitaties al gauw uit een klein boekwerk en schiet mondelinge overdracht tekort omdat het gewoonweg om te veel informatie gaat. Hoe dan ook betekent overname van behandeling voor artsen en anderen, die hun handen doorgaans al vol hebben, een grote, extra inspanning. Het vergt tijd en moeite om een goed beeld van de patiënt te krijgen.

Auteur

1. Mr. L. Brand is arts en in 2019 afgestudeerd aan de master Privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Dit artikel is gebaseerd op zijn afstudeeronderzoek.

Speciale dank gaat uit naar: dr. A.L. Jonkers (begeleider), prof. dr. R.J. de Weijts (hoogleraar Nationaal en Internationaal Insolventierecht), mr. M. van Zanten (curator MC

Slotervaart), dr. B. Groen (arts), mr. S. Steen (advocaat gezondheidsrecht), mr. B.C.D. Nanninga (consultant) en mr. S.C.G.A. Duivenvoorde (PhD).

Noten

2. Faillissementsverslag, nr. 1, Slotervaart-ziekenhuis B.V. en I.S.M. – Nederland N.V., CMS Derks Star Busmann N.V., 9 januari

2019 (hierna: Faillissementsverslag), p. 14.

3. M. Sevil, 'Overdracht patiënten niet goed geregeld', *Het Parool* 15 november 2018.

4. J. Wester & J. Kooiman, 'Het geld lekte aan alle kanten weg', *NRC Handelsblad* 22 december 2018.

5. C.J.J.M. Stolker, 'Ja, geléerd zijn jullie well! Over de status van de rechtswetenschap', *NJB* 2003-15, p. 777.

6. Faillissementsverslag, p. 13.

7. Faillissementsverslag, p. 14-15.

8. *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, 499 (Bericht dat volgens de artsen van het Slotervaart de patiënt wel in levensgevaar was).

9. M. Sevil e.a., 'Alles over het einde van MC Slotervaart', *Het Parool* 10 januari 2019.



26 oktober 2018, een patiënt wordt uit het failliete Slotervaartziekenhuis getransporteerd © Michel Utrecht / HH

2. Wat zegt de medische literatuur over de gezondheidsrisico's van het overplaatsen van patiënten naar een ander ziekenhuis?

Het heeft er alle schijn van dat het faillissement van het MC Slotervaart tot een onveilige situatie voor haar patiënten heeft geleid.¹⁰ Voor diegenen die nog langer dan twee dagen ziekenhuiszorg nodig hadden was continuering van de zorg binnen het ziekenhuis niet mogelijk. Midden in hun behandeling werden zij overgeplaatst naar een ander ziekenhuis met als gevolg dat ze een nieuwe behandelaar kregen. De stelling dat het niet kunnen afronden van de behandeling bij de eigen behandelaar, die het meest volledige beeld heeft van de patiënt, risico's voor die patiënt met zich meebrengt, is echter een vooronderstelling tot dat die empirisch is bewezen. Mocht blijken dat het overplaatsen van patiënten een gevaar is voor de patiëntveiligheid, dan kan dat van invloed zijn op de zorgplicht van de zorgverzekeraar of de curator.

Er zijn vier onderzoeken die aantonen dat het overplaatsen van opgenomen patiënten niet zonder risico's is.¹¹ In verband met het juridisch karakter van dit artikel wordt niet te diep ingegaan op de medische verantwoording van deze onderzoeken. Die verantwoording is echter wel belangrijk. Medische onderzoeken streven naar objectieve waarnemingen, feiten en conclusies. In het kader

van een overplaatsing van een patiënt betekent dat het volgende: *welke* schade een patiënt bij overplaatsing mogelijk oploopt en wat de *kans* is dat die zich onder *bepaalde* omstandigheden voordoet. Hierbij is de kwaliteit van het onderzoek van cruciaal belang. Anderen moeten kunnen beoordelen of de gevolgde onderzoeksmethode en de getrokken conclusies wetenschappelijk verantwoord zijn. Zo moet er causaal verband zijn en dient er een beschrijving te zijn van mogelijke factoren die tot *bias*¹² of *confounding*¹³ kunnen hebben geleid.¹⁴

Het eerste onderzoek laat een verdubbeling zien van de kans om te overlijden als gevolg van een overplaatsing, een conclusie die grote consequenties heeft voor de zorgplicht.¹⁵ De onderzoekers vonden een kans om te overlijden van 4.6% tegenover 2.1% ten nadele van de overgeplaatste patiënten. Dit gegeven is zeer verontrustend als men zich realiseert dat het faillissement de enige indicatie is voor de overplaatsing. Er is dus geen medische noodzaak. Een tweede onderzoek waaruit blijkt dat de kans om te overlijden door overplaatsing verschilt per ziektebeeld zwakt de impact van deze verontrustende conclusies enigszins af.¹⁶ Uit beide onderzoeken komt evenwel naar voren dat de verhoogde kans op overlijden is gekoppeld aan bepaalde factoren, denk daarbij aan vertraging in de overplaatsing, informatie en/of communicatiefouten, of

Medisch onderzoek onderbouwt en onderstreept de conclusie dat het onverantwoord is om in het ziekenhuis opgenomen patiënten over te plaatsen zonder een gedegen, medische, indicatie

dat bepaalde patiënten niet overgeplaatst hadden mogen worden.

Dat er vaak, ondanks alle ingebouwde waarborgen, communicatiefouten optreden blijkt uit een derde onderzoek.¹⁷ In dit onderzoek veranderde de diagnose bij 85,5% van de patiënten na overplaatsing. Bij 73% van hen werd een diagnose toegevoegd en bij 47% werd er een diagnose minder vermeld. Een overplaatsing heeft dus gevolgen voor het gevoerde behandelbeleid. Voornamelijk de groep waar een diagnose ‘verdween’ is interessant omdat dat insinueert dat een ziektebeeld gemist is in het ontvangende ziekenhuis. Tot slot is er een onderzoek dat heeft gekeken naar het aantal complicaties dat optreedt tijdens het transport van de patiënten.¹⁸ Uit dit onderzoek blijkt dat bij 3,9% van de transporten er een incident met medische schade optrad.

Medisch onderzoek onderbouwt en onderstreept aldus de conclusie dat het onverantwoord is om in het ziekenhuis opgenomen patiënten over te plaatsen zonder een gedegen, medische, indicatie.

3. Wat is de zorgplicht van de zorgverzekeraar jegens zijn verzekerde patiënten in het failliete ziekenhuis?

Het bovengenoemde roept de vraag op of de zorgverzekeraar geen plicht had om de overplaatsingen te voorkomen. Het antwoord op deze vraag is complex. De wetgever heeft aangegeven dat de verzekeraar zich moet inspannen zodat hij voldoet aan de zorgbehoefte van de verzekerde (patiënt). De wetgever verwoordt dat als volgt: *‘Uitzonderlijke situaties van overmacht daar gelaten, zal het resultaat in alle gevallen zijn dat de verzekerde de zorg krijgt waaraan hij behoefte heeft, en dat de zorgverzekeraar de kosten daarvan voor zijn rekening neemt.’*¹⁹ Het is echter niet zo dat de verzekerde de zorg per se van één bepaalde zorgaanbieder moet krijgen. Die mag van elders komen. Een faillissement hoeft dus geen probleem te zijn voor de zorgplicht van de verzekeraar als hij naburige ziekenhuizen kan contracteren

die de zorg over kunnen nemen.²⁰ 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.²¹ Dit zal dan moeten gebeuren op de voorwaarden en daarmee ook de tarieven, zoals die bestonden in het contract voordat dit werd beëindigd.²²

Artikel 13 lid 5 Zvw is interessant omdat men hier een plicht in kan lezen dat patiënten, als gevolg van de contractsbeëindiging door het faillissement, niet tegen hun wil overgeplaatst mogen worden. Dat het continueren van de zorg onder de zorgplicht van de zorgverzekeraar valt en niet onder de verantwoordelijkheid van een andere partij, valt uitdrukkelijk te lezen in het vijfde lid van het artikel:

‘Indien een overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een aanbieder als bedoeld in het eerste lid wordt beëindigd, houdt een verzekerde die op het moment van beëindiging van de overeenkomst zorg ontvangt van deze aanbieder, recht op zorgverlening door die aanbieder voor rekening van deze zorgverzekeraar.’

Het is echter nog de vraag of de zorgverzekeraar naast het doorbetalen van de lopende behandelingen dan ook gehouden is aanvullende financiële middelen te verstrekken om het ziekenhuis in zijn geheel open te houden. Dit is van belang omdat optimale zorg niet geleverd kan worden door bijvoorbeeld maar 10% van het aanwezige personeel, dit gezien het multidisciplinaire karakter dat medische zorg nu eenmaal heeft. Er zijn auteurs die menen dat de plicht tot het openhouden van het ziekenhuis zich niet in de strekking van artikel 13 lid 5 Zvw laat lezen.²³ Zij

10. Dit is tevens geconcludeerd door de Onderzoeksraad voor Veiligheid in: *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeer-ziekenhuizen Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: 2019 en door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in: *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschat – risico's voor goede en veilige zorg bij afbouw en overdracht van zorg*, Utrecht: 2019.

11. Onderzoeken over poliklinische patiënten zijn niet beschikbaar.

12. Bias is het risico dat de uitkomst van een onderzoek niet objectief te beoordelen

is. Dit gebeurt als invloeden van buiten het onderzoek af invloed hebben op het resultaat. Daardoor wordt het resultaat minder betrouwbaar.

13. Een *confounder* is een factor die ervoor zorgt dat er verbanden worden gelegd die er in werkelijkheid niet zijn maar wel in het onderzoek worden aangemerkt als aanwezig of juist andersom.

14. Geïnteresseerden in de verantwoording van de onderstaande onderzoeken verwijst ik naar hoofdstuk vier van het gehele onderzoek, op te vragen bij de auteur.

15. T. Hernandez-Boussard et al., ‘Interhos-

pital Facility Transfers in the United States A Nationwide Outcomes Study’, *Journal of Patient Safety*, vol. 13, nr. 4, december 2017.

16. S. Mueller et al., ‘Inter-hospital transfer and patient outcomes: a retrospective cohort study’, *BMJ*, 13 maart 2018.

17. M. Usher et al., ‘Diagnostic Discordance, Health Information Exchange, and Inter-Hospital Transfer Outcomes: a Population Study’, *Journal of General Internal Medicine* 33(9), p. 1447-53 juni 2017.

18. L. Cathelijne et al., ‘Patient safety incidents during interhospital transport of

patients: A prospective analysis’, *International Emergency Nursing* 2018, 36, 22-26 juli 2017.

19. *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 34.

20. *Kamerstukken II* 2012/13, 33253, 6, p. 4 & Nederlandse Zorgautoriteit, Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw), december 2014, p. 21.

21. *Kamerstukken II* 2004/05, 30124, 20.

22. K. Meersma & T. Hekman & J. Rijken, ‘De faillierende zorginstelling’, *O&F* 2017/25 1, p. 74.

23. *Idem*, p. 74-75.

stellen dat van de zorgverzekeraar niet kan worden gevraagd tijdens een faillissement aan meer verplichtingen te voldoen dan vóór het faillissement. De plicht om extra financiële middelen te verstrekken bestond niet vóór het faillissement en zal er ook niet zijn ná faillissement. In het licht van de toegenomen risico's voor patiënten schiet deze redenering mijns inziens tekort.

Verder is voor de patiënten die poliklinisch onder behandeling zijn bij een failliet ziekenhuis artikel 10.5 'Tijdigheid en bereikbaarheid van electieve basiszorg: specifieke normen voor bepaalde vormen van zorg' Beleidsregel toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars Zvw (TH/BR-025) van belang. Het artikel luidt als volgt:

- 10.5.a De toegangstijd tot ziekenhuizen/specialist bedraagt voor burgers maximaal 4 weken; 80% van de burgers moet binnen 3 weken terecht kunnen.
- 10.5.b De wachttijd op diagnostiek/indicatiestelling in de msz bedraagt voor burgers maximaal 4 weken; 80% van de burgers moet binnen 3 weken terecht kunnen.
- 10.5.c De wachttijd op poliklinische behandeling in de msz bedraagt voor burgers maximaal 6 weken; 80% van de burgers moet binnen 4 weken terecht kunnen.
- 10.5.d De wachttijd op klinische behandeling in de msz bedraagt voor burgers maximaal 7 weken; 80% van de burgers moet binnen 5 weken terecht kunnen.'

Is er door gebrek aan zorgcapaciteit in de regio geen garantie dat patiënten binnen de termijn van dit artikel geholpen worden dan kan betoogd worden dat het de zorgplicht is van de zorgverzekeraar om de poliklinieken van het faillerende ziekenhuis open te houden.

Tot slot verdient artikel 2.1 lid 2 van het Besluit zorgverzekering (Bzv) de aandacht. Dit artikel bepaalt dat de inhoud en de vorm van de zorg mede bepaald worden door de stand van de wetenschap. Het lijkt erop dat hiermee bedoeld wordt dat enkel wetenschappelijk verantwoorde zorg vergoed mag worden.²⁴ Echter kan a contrario geredeneerd worden dat een zorgverzekeraar eraan gehouden is de verzekerde op elk moment die zorg te bieden die het best past bij de huidige stand van de wetenschap. Dit is mijns inziens in lijn met artikel 14 lid 1 Zvw waarin is bepaald dat als een verzekerde behoefte heeft aan een bepaalde vorm van zorg hij daar recht op heeft als die stoelt op zorginhoudelijke criteria.²⁵ Het eerste lid van het artikel luidt:

'De vraag of een verzekerde behoefte heeft aan een bepaalde vorm van zorg of een bepaalde andere dienst, wordt slechts op basis van zorginhoudelijke criteria beantwoord.'

In de vorige paragraaf is beargumenteerd dat het naar de huidige wetenschappelijke standaarden onverantwoord is om patiënten over te plaatsen tijdens een ziekenhuisfaillissement. Samen met hetgeen hierboven uiteengezet is, leidt dit tot de conclusie dat de zorgverzekeraar volgens de a contrario lezing van artikel 2.1 lid 2 Bzv en artikel 14 lid 1 Zvw gehouden is overplaatsing van patiënten in het geval van het faillisse-

ment van een zorginstelling te voorkomen. Hier is echter geen harde plicht in te lezen.

Hoe de zorgverzekeraars zelf naar hun zorgplicht kijken is vormgegeven in de Gedragscode Goed Zorgverzekeraarschap.²⁶ Deze code geldt voor alle zorgverzekeraars die lid zijn van Zorgverzekeraars Nederland. Hierin is opgenomen dat de verzekeraar zich bij zijn ondernemingsbeleid moet laten leiden door de belangen van de verzekerde en de maatschappelijke opvatting van wat verantwoorde zorg is.²⁷ Daarbij benoemen zij expliciet dat het hun taak is ervoor te zorgen dat de kosten van de zorg niet ten onrechte ten laste komen van de premiegelden.²⁸ In het verlengde daarvan zien zorgverzekeraars het niet als hun plicht om er voor te zorgen dat faillissementen van zorgaanbieders voorkomen worden.²⁹ Dat zou er immers toe leiden dat niet rendabele zorg gefinancierd wordt. Opmerkelijk is wel dat artikel 2.2.4 van de Gedragscode aangeeft dat de zorgverzekeraar op het moment van contracteren met een zorgaanbieder rekening houdt met continuïteit van de zorg. Hier zou uit kunnen worden afgeleid dat de zorgverzekeraar de plicht heeft om voorafgaand aan het in zee gaan met een zorgaanbieder diens financiële positie te kennen, zodat hij een eventueel faillissement ziet aankomen en zijn beleid hierop kan aanpassen. Een ziekenhuisfaillissement zou dus niet 'geheel' onverwacht voor een verzekeraar moeten kunnen komen.

De zorgverzekeraar heeft geen 'harde' zorgplicht om overplaatsingen van patiënten te voorkomen ten tijde van een faillissement. Wel zijn er argumenten die het mogelijk maken deze plicht te creëren

Concluderend is het uitgangspunt dat de zorgverzekeraar geen 'harde' zorgplicht heeft om overplaatsingen van patiënten te voorkomen ten tijde van een faillissement. Wel zijn er argumenten die het mogelijk maken deze plicht te creëren.

4. Wat is de zorgplicht van de curator ten aanzien van de patiënten in het failliete ziekenhuis?

Bij een faillissement van een ziekenhuis zal de curator na zijn aanstelling de werkzaamheden van het ziekenhuis in elk geval nog enige tijd laten voortduren in verband met de zorg die het ziekenhuis levert. Opmerkelijk genoeg heeft hij daartoe geen vastomlijnde verplichting, het is een bevoegdheid.³⁰ De plicht tot voortzetting kan, indien de patiëntveiligheid in het geding is, wel een afgeleide zijn van de algemene taak van de curator om maat-

schappelijke belangen mee te wegen. Daarnaast geeft de tijdelijke voortzetting van zorg de curator de tijd om te onderzoeken wat in het belang van de gezamenlijke crediteuren is. Een ziekenhuis kan echter zo verliesgevend zijn dat een doorstart niet mogelijk blijkt. Dan zal de curator de zorg op verantwoorde wijze moeten afbouwen.³¹ Dat is echter problematisch als de overeenkomst tussen de zorgverzekeraar en zorgaanbieder, bij bepaling opgenomen in hun onderlinge overeenkomst, van rechtswege eindigt door het faillissement en daarmee de geldstroom goeddeels is weggefallen.³² Om te voorkomen dat de zorg van het ene op het andere moment stilvalt, zal de curator ervoor moeten zorgen dat er voldoende financiële middelen aanwezig zijn om dit te voorkomen.³³ Het lijkt mij de logische stap om hiervoor de zorgverzekeraar aan te spreken aangezien de minister in zijn verantwoordelijkheid niet verder wilde gaan dan een typering, in zijn woorden: 'het gaat ons niet om het bewaken van een stapel stenen'.³⁴

De vraag is of de curator een vastomlijnde plicht heeft om de patiëntveiligheid mee te nemen bij zijn belangenafweging.³⁵ Op grond van belangen van maatschappelijke aard zou beargumenteerd kunnen worden van wel. Zo diende de curator als gevolg van het *Sigmacon II* arrest ook 'andere belangen' mee te laten wegen zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers.³⁶ Later bepaalde de Hoge Raad in het *Maclou*-arrest dat de curator 'niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard'.³⁷

Dat de curator ook een zorgplicht heeft, is benoemd in de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 15 augustus 2013.³⁸ In het onderhavige geval ging een kippenhouder failliet die 25.000 kippen onder zich hield voor een ander. Deze andere, niet failliete partij wilde zijn kippen niet komen ophalen, ook niet na verzoek van de curator. Voortzetting van de onderneming was echter niet in het belang van de boedel. Voor deze beschouwing is met name van belang dat de rechter oordeelde dat de curator een grote beleidsvrijheid heeft maar dat deze niet onbegrensd is. Hij moet bij zijn beleidsafweging rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. Omdat er in casu sprake was van levende dieren had de curator een bijzondere zorgplicht. Deze plicht hield in dat het beëindigen van de voortzetting van de exploitatie moest wachten totdat de kippen op een fatsoenlijke wijze konden worden

Als het uit de rechtspraak voortvloeit dat de curator de belangen van levende dieren zwaarder dient mee te wegen dan de financiële belangen dan beargumenteer ik dat dit zeker het geval is in zake de belangen van de patiënten bij een failliet ziekenhuis

afgevoerd. Het belang van de dieren diende zwaarder te wegen dan de financiële belangen van de gezamenlijke schuldeisers.³⁹ Als het uit de rechtspraak voortvloeit dat de curator de belangen van levende dieren zwaarder dient mee te wegen dan de financiële belangen, dan beargumenteer ik dat dit zeker het geval is in zake de belangen van de patiënten bij een failliet ziekenhuis.

5. Oplossingen voor de toekomst

Nu uit de literatuur blijkt dat overplaatsing zonder medische noodzaak niet wenselijk is, krijgt het patiëntenbelang tijdens een faillissement vorm. De zorgplicht van de curator houdt hier rekening mee, die van de zorgverzekeraar niet. De curator is echter wel afhankelijk van de zorgverzekeraar omdat deze het krediet kan verschaffen om het ziekenhuis nog enige tijd open te houden. Het feit dat de zorgplichten niet op elkaar zijn afgestemd leidt ertoe dat het recht in het geval van ziekenhuisfaillissementen geen gesloten systeem biedt, als gevolg waarvan de patiënt de dupe is. Ik draag twee oplossingen aan die de bovenstaande problematiek kunnen verhelpen.

Ten eerste is de curator gebaat bij een duidelijke zorgplicht van de zorgverzekeraar. Is de zorgverzekeraar (ook) tijdens een faillissement verplicht er voor te zorgen dat patiënten hun behandeling bij de failliete zorgaanbieder kunnen afronden, dan kan de curator daar een beroep op doen. Dat betekent dat de zorgverzekeraar eraan gehouden is voldoende financiële middelen te verstrekken om het ziekenhuis open te houden totdat de zorg is afgerond. Zo kan de curator zijn plicht nakomen om de belangen van de patiënt zwaarder te laten wegen dan de financiële belangen, en voldoet hij aan zijn zorgplicht. Het knelpunt dat de zorgplichten van de curator en zorgverze-

24. Nederlandse Zorgautoriteit, *Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw)*, december 2014, p. 27 & *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 43.

25. Nederlandse Zorgautoriteit, *Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw)*, december 2014, p. 15.

26. Zorgverzekeraars Nederland, *Gedragssco- de Goed Zorgverzekeraarschap*, 2012, p. 7.

27. Idem, art. 2.0.1.

28. Idem, art. 2.0.4.

29. Idem, art. 1.3.

30. Art. 98 Fw.

31. Ministerie van VWS, Directie Markt & Consument, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017, p. 15.

32. K. Meersma, T. Hekman & J. Rijken, 'De faillierende zorginstelling', *O&F* 2017/25 1,

p. 74.

33. Ministerie van VWS, Directie Markt & Consument, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017, p. 16.

34. E. van Outeren, 'Bruins en Van Nieuwenhuizen snel op het matje', *NRC Handelsblad* 30 oktober 2018.

35. Los van het feit dat de curator bij een voortzetting het eerste aanspreekpunt van

de IGJ is voor de kwaliteit van de zorg.

36. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, r.o. 3.5.

37. HR 19 april 1996, *JOR* 1996/48, m.nt. SCJK, r.o. 3.6.

38. Rb. Noord-Holland 15 augustus 2013, *JOR* 2014/23.

39. Idem, r.o. 4.4.

keraar niet in lijn met elkaar zijn wordt dan door die nieuwe, aanvullende zorgplicht verholpen.

De rechtvaardiging voor deze oplossing zit er in dat zorgverzekeraars, zo zeggen zij in hun eigen gedragscode, bij de onderhandelingen over de zorgovereenkomsten er rekening mee houden dat de continuïteit van de zorg is geborgd.⁴⁰ Om die borging ook waar te maken zullen ze een inschatting moeten maken of het ziekenhuis voor de periode van de zorgovereenkomst nog de zorg kan leveren waartoe het zich verplicht heeft. Op het moment dat de zorgverzekeraars vermoeden dat de financiële situatie van het ziekenhuis dusdanig zwak is dat een faillissement een realistisch scenario is dan zullen zij daarop moeten anticiperen.

De aanscherping van de zorgplicht brengt mee dat de zorgverzekeraars er tijdens een faillissement aan gehouden zijn financieel onrendabele zorg te continueren totdat alle opgenomen patiënten zijn ontslagen en de zorg verantwoord is afgebouwd. De opvatting dat zij financiering van niet-rendabele zorg niet hoeven voort te zetten, zal niet opgaan nu het patiëntenbelang, en daarmee hun zorgplicht, prevaleert. Zij zijn immers akkoord gegaan bij het sluiten van de zorgovereenkomst dat zij de continuïteit van zorg garanderen. Dat de premiebetaler dan uiteindelijk voor de kosten van deze zorg opdraait, mogelijk met een verhoging van de premie, lijkt mij in het belang van de premiebetaler aangezien deze de premie juist afdraagt voor goede en veilige zorg.

Dit artikel rekt de zorgplicht op. Waar de zorgverzekeraars er nu voor dienen te zorgen dat er voldoende zorg elders in de regio is gecontracteerd, zullen zij met de nieuwe invulling van hun zorgplicht garant staan voor het feit dat opgenomen patiënten ook in een failliet ziekenhuis hun behandeling kunnen afronden.

Een andere optie om het patiëntenbelang te dienen kan volgens Andringa & Driessen komen in de vorm van het publiekrechtelijke figuur van de 'stille curatele'.⁴¹ Zij trekken de parallel met de financiële wereld waar de AFM en de DNB kunnen ingrijpen als het vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit van een financiële onderneming in gevaar komt. De AFM en DNB kunnen dan een stille curator benoemen. Deze stille curator onttrekt de financiële instelling al voor het faillissement bepaalde bevoegdheden opdat deze in alle rust kan inventariseren wat de voorliggende opties zijn. Een bijkomstig voordeel is dat er geen maatschappelijke onrust ontstaat door de plotselinge faillietverklaring. Dit is uiterst relevant voor een ziekenhuis dat goede zorg als een groot goed behoort te zien en het verlenen daarvan tot taak heeft.

In de zorgsector zouden volgens de bovengenoemde auteurs de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) als toezichthoudende instanties kunnen gelden die een stille curator benoemen. Beide instanties lenen zich goed voor deze functie, de eerste houdt toezicht op de zorgaanbieders en de zorgverzekeraars, de tweede op de kwaliteit en veiligheid van de zorg. Concluderen beide instanties dat de situatie financieel onhoudbaar is, dan krijgen zij de bevoegdheid toegerekend om in te grijpen door het aanwijzen van een stille curator die controle uitoefent over het bestuur en beleid van de betrokken zorginstelling. Dit kan zowel voor een betere verkenning van de doorstartmogelijkheden zorgen

Concluderend is de oplossing die het patiëntenbelang het meest dient een duidelijke zorgplicht van de zorgverzekeraar

als voor een gefaseerde afbouw, hetgeen overplaatsingen voorkomt.

De auteurs van voormeld artikel kiezen bewust niet voor de privaatrechtelijke *pre-pack* omdat daarvoor vooralsnog geen wettelijke basis bestaat en de procedure per rechtbank verschilt.⁴² Dit betekent echter niet dat een *pre-pack* dan niet werkzaam zou zijn. Bij het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis gaven de curatoren aan dat de *pre-pack* hun een aantal belangrijke voordelen bood. Zo konden zij de tijd die ze kregen in de fase vóór het faillissement gebruiken om een aantal voorbereidingen te treffen zoals: de betrokken partijen leren kennen, een team samenstellen met voldoende expertise, een woordvoerder instellen om maatschappelijke onrust te voorkomen en een draaiboek maken.⁴³ Een algemeen draaiboek, opgesteld door het ministerie, bestaat inmiddels.⁴⁴ Dat neemt niet weg dat een curator er bij gebaat kan zijn om in alle stilte en rust een 'behandelplan' te maken voor het individuele ziekenhuis. Hoe de publiekrechtelijke stille curator bij ziekenhuisfaillissementen vorm dient te krijgen valt buiten het bestek van deze beschouwing en zal in de toekomst vervolg moeten krijgen.

Concluderend is de oplossing die het patiëntenbelang het meest dient een duidelijke zorgplicht van de zorgverzekeraar. Enkel dan is gegarandeerd dat de zorgverzekeraar voldoende financiële middelen beschikbaar stelt om bij faillissement geen overplaatsingen te laten plaatsvinden. Dat neemt niet weg dat bij een 'flitsfaillissement' zoals bij het MC Slotervaart de curator in zeer korte tijd zwaarwegende beslissingen moet nemen. De weg van de stille curator zou bijdragen aan een evenwichtig, veilig afgewikkeld ziekenhuisfaillissement. De curator wint tijd, en de patiëntveiligheid is gediend bij de hier beschreven combinatie van een duidelijke zorgplicht van de zorgverzekeraar en de extra tijd die een curator krijgt onder de bevoegdheid van stille curatele en eventueel een *pre-pack*.⁴⁵ •

40. Art. 2.2.4 Gedragscode goed zorgverzekeraarschap.

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

42. Het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I zal mogelijk voor de wettelijke basis zorgen, het hangt er echter vanaf hoe de minister het *Smallsteps*-arrest van het HvJ-EU zal meenemen bij de behandeling.

43. M.W.T. Kampers & I.M.A. Lintel, 'Lessen uit het eerste ziekenhuisfaillissement', *Tvl* 2017/18.

44. Ministerie van VWS, Directie Markt & Consument, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren*, mei 2017.

45. De aanbevelingen die de Onderzoeksraad voor Veiligheid in hun rapport van december 2019 (zie voetnoot: 10) hebben gedaan zijn in lijn met deze voorstellen.