

Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren

Informatie over ordening en bekostiging van de zorg relevant voor de afwikkeling van faillissementen

Ministerie van VWS

Directie Markt & Consument mei 2017

Inhoudsopgave

1	Inleiding	3
2	Samenvattende checklist bij voortzetting en doorstart	3
3	De reikwijdte van deze handreiking.	4
4	Wettelijke kaders rondom continuïteit van zorg, ondersteuning en jeugdhulp	4
5	Governance, bekostiging en financiering van zorgaanbieders	11
6	Voortzetten van de onderneming	15
7	Doorstart	18
8	Financiële afwikkeling van het faillissement	19

1. Inleiding

Voor u ligt de handreiking 'Faillissementen in de zorg voor curatoren'. Deze is door het ministerie van VWS in samenwerking met Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn advocaten en notarissen opgesteld om curatoren en (stille) bewindvoerders te ondersteunen indien zij te maken krijgen met faillissementen in de zorg. Deze handreiking gaat niet over faillissementsrecht of over het rechtspersonenrecht, maar ziet vooral op de zorggerelateerde aspecten die bij een faillissement van een zorginstelling aan de orde zijn.

Het initiatief hiervoor is aangekondigd in de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 8 maart 2016¹. De Tweede Kamer is met deze brief geïnformeerd over de uitkomsten van de evaluatie van twee faillissementen in de medisch specialistische zorg: het Ruwaard van Putten Ziekenhuis in Spijkenisse in 2013 en Ziekenhuis De Sionsberg te Dokkum in 2014. Naar aanleiding van deze twee faillissementen is een uitgebreide interviewronde gehouden met alle betrokken partijen. Een van de conclusies luidde dat curatoren geholpen zouden zijn met een handreiking die meer licht werpt op de organisatie en bekostiging van de zorg. Een handreiking die curatoren helpt meer beeld te krijgen van de specifieke aspecten die bij het runnen van een zorginstelling komen kijken. Bij een faillissement in de zorg dient het recht van de patiënt op en de toegang tot goede zorg of ondersteuning te allen tijde geborgd zijn. Een curator dient vanuit zijn bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid oog te hebben voor deze belangrijke publieke belangen. Vanwege de publieke belangen die spelen en de veelheid aan partijen die bij die zorg betrokken is, zijn er heel veel zaken waarmee rekening gehouden dient te worden. Met deze handreiking beogen we de kennis en ervaring met eerdere faillissementen en de 'lessons learned' zoveel mogelijk breder beschikbaar te stellen.

Mochten er na lezing van deze handreiking nog vragen zijn, dan kan daarvoor altijd contact opgenomen worden met het ministerie van VWS, directie Markt en Consument (telefoonnummer: 070-3407208).

2. Samenvattende checklist bij voortzetting en doorstart

Aandachtspunt:	Paragraaf:
1. Achterhaal welke vormen van zorg/ondersteuning/hulp worden aangeboden en welke wettelijke regimes daarop van toepassing zijn. In overleg met de zorgverzekeraar en de Wlz-uitvoerder moet worden vastgesteld of er cruciale zorg wordt geleverd	4.1, 4.4
2. In geval van Zvw- en Wlz-zorg: met hoeveel verzekeraars heeft aanbieder X een contract afgesloten?	4.1
3. Wordt de zorgplicht van zorgverzekeraars/Wlz-uitvoerders nagekomen?	4.4, 4.5
4. In geval van ondersteuning/jeugdhulp: met hoeveel gemeenten heeft aanbieder X een contract afgesloten en op welke wijze is de hulp en ondersteuning aanbesteed?	4.1, 4.6, 4.7
5. Onder alle omstandigheden moet de kwaliteit en veiligheid van de zorg/ondersteuning/hulp gewaarborgd zijn. Daar zullen de verantwoordelijke toezichthouders op toezien.	4.2, 6.2, 6.4
6. Zorg voor voldoende boedelkrediet. Afhankelijk van het soort zorg zult u daarbij bij de zorgverzekeraar, de Wlz-uitvoerder of de gemeenten moeten aanspreken.	5.4, 6.3

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 31 016, nr. 92

7. Indien de zorg in de instelling na faillissement gecontinueerd wordt moet worden gezien of het oprichten van een vangnetstichting aangewezen is.	4.4, 6.6
8. Dek de medische aansprakelijkheidsrisico's af.	6.5
9. Maak een zorgplan en bijbehorend businessplan indien er mogelijkheden zijn voor een doorstart. Op basis daarvan kunnen de inkopende partijen besluiten of zij de zorg, hulp of ondersteuning zullen blijven afnemen. Van belang daarbij is hoeveel patiënten/cliënten zijn betrokken en hoeveel er bijvoorbeeld intramuraal verblijven.	7.1
10. De privacy van medische dossiers moet onder alle omstandigheden gewaarborgd blijven. Toegang tot medische dossiers voor zorgprofessionals en de patient dient tevens onder alle omstandigheden gewaarborgd te blijven.	7.3
11. Indien de zorg, ondersteuning of hulp wordt overgenomen door een andere bestaande aanbieder zal moeten worden gezien of de fusie of overname moet worden gemeld bij Nza en ACM	7.4

3. Reikwijdte

Faillissementen komen niet alleen voor in de medisch specialistische zorg. Ook in de thuiszorg, de langdurige zorg, verslavingszorg en vormen van jeugdhulp hebben zich recent nog faillissementen voorgedaan. Ook de ervaringen die daarbij zijn opgedaan vinden hun weerslag in deze handreiking. Daarmee is het een zorgbrede handreiking waarin rekening wordt gehouden met de verschillende vormen van zorg, hulp en ondersteuning: zorg die wordt bekostigd op basis van de Zorgverzekeringswet (Zvw), de Wet langdurige zorg (Wlz), de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en tot slot de Jeugdhulp (Jeugdwet). Maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp zijn natuurlijk niet hetzelfde als zorg op grond van de Zvw of de Wlz. Desalniettemin worden ook jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning in het spraakgebruik vaak onder de noemer zorg geschaard. Ter wille van de leesbaarheid is daar in dit stuk ook voor gekozen. In de praktijk hebben al deze vormen van 'zorg' echter hun eigen wettelijke kaders, kennen andere bepalingen rond de zorgplicht en andere spelers die verantwoordelijk zijn voor de zorginkoop. We zien in de praktijk ook zorgaanbieders die een combinatie van de eerder genoemde vormen van zorg aanbieden. Het kan dus heel goed voorkomen dat bij een faillissement van een zorgaanbieder rekening moet worden gehouden met verschillende wettelijke zorgkaders. Met al die verschillende facetten probeert onderliggende handreiking rekening te houden.

4. Wettelijke kaders rondom continuïteit van zorg, ondersteuning en jeugdhulp

De zorg is een containerbegrip. Het kent in de praktijk vele facetten en verschillende vormen. Het varieert van zeer complexe medisch specialistische zorg tot aan hulp in de huishouding wanneer mensen daartoe zelf niet meer in staat zijn en zorg aan speciale doelgroepen zoals bijvoorbeeld verstandelijk gehandicapten. Er zijn verschillende wettelijke regimes die bepalen welke actoren over welke taken en verantwoordelijkheden beschikken en waarin is geregeld hoe de zorg wordt gefinancierd. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de verschillende domeinen in de zorg, welke partijen daarbij betrokken zijn en de geldende verantwoordelijkheden om de continuïteit van zorg te waarborgen indien deze wordt bedreigd. Dit overzicht is niet uitputtend, maar geeft een globaal beeld.

4.1 Opdrachtgevers en wijzen van inkoop

Gemeenten

Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wmo en de Jeugdwet. Gemeenten kopen deze zorg individueel of met een aantal gemeenten tezamen in een regio in. De inkoop kan op basis van directe concurrentie tussen aanbieders of zonder directe concurrentie plaatsvinden. De gemeente(n) kunnen een (verlicht) aanbestedingsregime hebben gehanteerd, maar in de praktijk komen ook regelmatig andere vormen van inkoop van zorg voor. Veelal zal de zorg bij verschillende partijen zijn ingekocht.

Zorgverzekeraars

Zorgverzekeraars kopen zorg in voor het op grond van de Zorgverzekeringswet verplicht verzekerde pakket en voor de modules in de (niet-verplichte) aanvullende verzekeringen. Het gaat daarbij om curatieve zorg, waaronder bijvoorbeeld medisch specialistische zorg, GGZ-zorg en huisartsenzorg. Bij zorgverzekeringen komen naturapolissen, restitutiepolissen en combinaties daarvan voor. Bij een naturapolis heeft de zorgverzekeraar de verplichting zorg aan de verzekerde te leveren. Bij een restitutiepolis vergoedt de zorgverzekeraar de kosten van zorg en bemiddelt hij, desgevraagd, de verzekerde naar zorg². Bij restitutie kan de zorgverzekeraar – overigens net als bij een naturapolis - met de zorgaanbieder betalingsovereenkomsten sluiten. Inkoopcontracten zullen doorgaans diverse aanvullende afspraken tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder bevatten.

Uit hoofde van zijn zorgplicht is de zorgverzekeraar verantwoordelijk voor de continuïteit van zorg voor zijn verzekerden. Dat betekent dat zorg beschikbaar is op het moment dat een verzekerde aanspraak maakt op zorg. Het behelst dat de zorgverzekeraar er continu voor moet waken dat zorg tijdig kan worden geleverd, toegankelijk en bereikbaar is voor zijn verzekerden en waar nodig actie onderneemt om de continuïteit te borgen. Voor de continuïteit van zorg is het in principe irrelevant welke zorgaanbieder deze zorg levert. Het gaat immers niet om de continuïteit van de zorgaanbieder maar van de zorg. Indien er geen alternatieven zijn voor (delen) van zorg, dan wordt van zorgverzekeraars verwacht dat zij de aanbieder en daarmee de zorg in stand houden.

Wlz-uitvoerders

Op grond van artikel 4.2.1 lid 1 van de Wlz is de Wlz-uitvoerder verantwoordelijk voor de uitvoering van de zorgplicht tegenover de bij hem ingeschreven verzekerden. De Wlz-uitvoerder voert per inzittende van een regio de Wlz uit, ongeacht bij welke Wlz-uitvoerder deze verzekerde is. Nederland is opgedeeld in 31 regio's en in iedere regio is één Wlz-uitvoerder actief, die gelieerd is aan de dominante zorgverzekeraar in de regio. De Wlz-uitvoerder koopt in de regio waarin deze actief is de zorg in namens alle Wlz-uitvoerders. Zij doen dat op basis van een regionaal vastgesteld inkoopbeleid. Anders dan bij Zvw-zorg moeten Wlz-uitvoerders alleen zorg vergoeden aan gecontracteerde partijen. Uit de Memorie van Toelichting bij de Wlz volgt dat de regering ervan uitgaat dat zorgkantoren aanbestedingsplichtig zijn³.

Individuele verzekerden

Verzekerden kunnen ook zelf (particulier) zorgverleners inhuren c.q. zorg inkopen. Daarvan is sprake indien gewerkt wordt met persoonsgebonden budgetten (pgb's). De Zorgverzekeringswet (Zvw), Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), Jeugdwet en Wet langdurige zorg (Wlz)

² In artikel 11 van de Zvw wordt de zorgplicht als volgt geformuleerd: "De zorgverzekeraar heeft jegens zijn verzekerden een zorgplicht die zodanig wordt vormgegeven, dat de verzekerde bij wie het verzekerde risico zich voordoet, krachtens de zorgverzekering recht heeft op prestaties bestaande uit:

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

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

³ (Kamerstukken II 2013/14, 33 891, nr. 3, p. 29)

kennen alle een pgb. Verzekerden met een pgb worden budgethouders genoemd. Budgethouders moeten zelf hun administratie regelen.

Indien verzekerden en/of budgethouders zorg inkopen die niet gedekt wordt door de zorgverzekering of niet valt binnen de Wet op de Zorg, wat mag op grond van de indicatie bij de Wmo, Wlz of de Jeugdwet dan kunnen zij deze zorg niet ten laste van het pgb declareren bij de Sociale Verzekeringsbank (SVB). Dit betekent dat zij deze zorg zelf moeten betalen.

Verder kunnen individuele zorgbehoevenden een eigen bijdrage verschuldigd zijn aan een zorgaanbieder. Dat kan, afhankelijk van het gemeentelijke beleid, het geval zijn bij Wmo-hulp.

4.2 Toezichthouders in de zorg

Zorginstellingen die in financiële problemen verkeren lopen een vergroot risico op een verminderde aandacht voor kwaliteit en veiligheid van zorg. Dat kan leiden tot een verscherpte aandacht van externe toezichthoudende organen. In de zorg zijn er verschillende. Hun taken en bevoegdheden worden hier kort toegelicht.

IGZ

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) houdt toezicht op de veiligheid en de kwaliteit van zorg, geneesmiddelen en medische producten. Uit het toezicht kan blijken dat bijvoorbeeld geleverde zorg kwalitatief door de bodem zakt, of dat medische producten en geneesmiddelen niet voldoen aan de geldende eisen. In dergelijke gevallen kan de IGZ maatregelen opleggen. Een deel van deze maatregelen (bijvoorbeeld een verscherpt toezicht, een bevel of een aanwijzing) maakt de IGZ ook actief openbaar. De maatregelen die de IGZ kan opleggen zijn beschreven in het IGZ Handhavingskader⁴ en variëren van corrigerende tot bestuurrechtelijke maatregelen. Ook kan de IGZ initiatief nemen tot tucht- en strafrechtelijke procedures.

In haar risicotoezicht besteedt de IGZ extra aandacht aan instellingen die ingrijpende organisatorische veranderingen doormaken. Denk aan een fusie, bestuurswissel, verhuizing of faillissement. Daarbij maakt de IGZ per situatie de inschatting of intensivering van het toezicht nodig is. De gewijzigde verhoudingen tussen de Raad van Bestuur, de Raad van Toezicht en de medisch specialisten binnen een ziekenhuis kunnen gevolgen hebben voor de besturing van het ziekenhuis. Ongeacht het besturingsmodel moeten er waarborgen zijn voor kwaliteit en veiligheid. Het signaleren van (mogelijke) risico's en het nemen van beheersmaatregelen is een verantwoordelijkheid van de zorgaanbieders zelf. De IGZ toetst in de praktijk of de Raad van Bestuur zodanig is toegerust, dat deze zijn (wettelijke) eindverantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid kan waarmaken.

Inspectie Jeugdzorg/Inspectie Veiligheid en Justitie

De verantwoordelijkheid voor de jeugdhulp, de jeugdbescherming en de jeugdreclassering is sinds 1 januari 2015 gedecentraliseerd naar gemeenten. Dit alles is geregeld in de Jeugdwet. De Inspectie Jeugdzorg en de Inspectie Veiligheid en Justitie hebben de taak toezicht te houden op de naleving van de wet en de daaruit voortvloeiende regelgeving. De Inspectie Jeugdzorg voor de meer reguliere jeugdhulp en de Inspectie Veiligheid en Justitie voor die instellingen waarmee jeugdigen via het strafrecht in aanraking komen. Uit het toezicht kan blijken dat geleverde jeugdhulp van onvoldoende kwaliteit is of dat verantwoorde jeugdhulp niet kan worden geboden. De inspecties kunnen advies, stimulering, correctie of dwang toepassen. In ernstige gevallen kunnen ze het initiatief nemen tot tucht-, bestuurs- of strafrechtelijke procedures.

NZa

De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) ziet er op toe dat de marktpartijen in de zorg conform de geldende wet- en regelgeving met elkaar omgaan. De NZa houdt tevens toezicht op de rechtmatige

⁴ https://www.igz.nl/Images/IGZ%20Handhavingskader_tcm294-371520.pdf

uitvoering van de Zvw door zorgverzekeraars en op de naleving van de zorgplicht van zorgverzekeraars. De NZa stelt regels, budgetten en tarieven vast voor dat deel van de zorg dat is gereguleerd en stelt condities voor marktwerking vast, die geheel of gedeeltelijk geliberaliseerd kunnen worden. De NZa oefent feitelijk drie vormen van toezicht uit:

1. Nalevingstoezicht: als er iets in strijd met de Zorgverzekeringswet, de Wet langdurige zorg (Wlz) of de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is, kan de NZa als toezichthouder boetes opleggen of andere maatregelen treffen.
2. Uitvoeringstoezicht: de NZa ziet er op toe dat zorgverzekeraars en zorgkantoren de Zvw en de Wlz juist uitvoeren en kan in dat kader zo nodig maatregelen treffen.
3. Markttoezicht: toezicht op het goed functioneren van de zorgmarkten. Als bijvoorbeeld een zorgaanbieder zo groot wordt dat in een bepaald gebied er geen gezonde concurrentie meer overblijft, kan de toezichthouder bepalen dat die een machtspositie heeft en vervolgens regels stellen die gelden voor de betreffende zorgaanbieder en deze handhaven. Wanneer zorgaanbieders willen samengaan moeten zij hiervoor onder andere goedkeuring aanvragen bij de NZa (zie ook paragraaf 7.4) .

CSZ

Wanneer een zorginstelling terreinen, gebouwen of delen daarvan wil verkopen, verhuren of aan enig beperkt recht onderwerpen, is de directie of de Raad van Bestuur van een instelling wettelijk verplicht dit bij het College sanering te melden. Als het College sanering besluit dat goedkeuring vereist is, vindt toezicht plaats op het verkoopproces dat moet leiden tot een marktconforme opbrengst⁵.

4.3 Verantwoordelijkheid van individuele zorgverleners

Binnen een zorginstelling is de raad van bestuur eindverantwoordelijk voor de kwaliteit van zorg. Uiteraard hebben individuele zorgverleners daarin ook een eigenstandige verantwoordelijkheid. Leidend is daarbij de verplichting om goede zorg te leveren (ex. Artikel 2 Wkkg) en de verplichtingen voortvloeiend uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst waaronder goed hulpverlenerschap (ex. artikel 7:453 van het BW). Een implicatie van een geneeskundige behandelingsovereenkomst is dat deze niet zonder meer mag worden beëindigd. De zorgverlener is op grond van het BW verplicht om nazorg te regelen, wat betekent dat de zorgverlener verantwoordelijkheid draagt tot het moment dat de zorg is overgedragen aan een andere zorgaanbieder.

Individuele zorgverleners dragen verantwoordelijkheid op grond van onder meer de Wkkgz, het BW (de geneeskundige behandelovereenkomst) en de Wet BIG. Wanneer in geval van een faillissement de voorwaarden om goede zorg te verlenen en de verantwoordelijkheden van de individuele zorgverlener waar te maken in het geding zijn, worden zij blootgesteld aan het risico om tucht-, civiel- of strafrechtelijk aangesproken te worden, terwijl zij zelf mogelijk ook in onzekerheid verkeren over hun inkomen.

4.4 Continuïteit van zorg

Een belangrijk uitgangspunt bij faillissementen in de zorg is dat het publieke belang niet primair is gelegen in continuïteit van de zorginstellingen, maar veel meer in de continuïteit en het behoud van de toegankelijkheid van zorg. Zorginstellingen zijn volledig particuliere risicodragende ondernemingen die een belangrijke maatschappelijke functie vervullen. Bestuurders van zorg-, Wmo- en jeugdhulpaanbieders hebben de vrijheid om keuzes te maken die bijdragen aan het leveren van goede en verantwoorde zorg of ondersteuning. Daarbij zijn bestuurders van zorg-, Wmo- en jeugdhulpaanbieders ook verantwoordelijk voor de financiële consequenties van die keuzes. In het uiterste geval betekent dit dat een aanbieder failliet kan gaan. Bij een faillissement is het primair aan de zorgverzekeraar/Wlz-uitvoerder (voor Zvw- en Wlz-zorg) en aan de

⁵ Meer informatie over het CSZ vindt u op <http://www.collegesanering.nl/>

gemeenten (voor Wmo- en Jeugdhulp) om zorg te dragen voor de continuïteit van zorg voor cliënten.

Dit is een belangrijk uitgangspunt voor de gehele zorg. Het continuïteitsbeleid kent wel per sector eigen accenten. Deze komen in de onderstaande paragrafen aan bod.

4.5 Zorgplicht vanuit de Zorgverzekeringswet en Wet langdurige zorg

Het huidige beleid rondom continuïteit van Zvw- en Wlz-zorg is onder andere gebaseerd op de lessen die getrokken zijn na de financiële problemen bij het IJsselmeerziekenhuis (2008) en het faillissement van Meavita (2009). Dit beleid is verwoord in de brief aan de Tweede Kamer over 'Waarborgen voor continuïteit van zorg' van 27 april 2011⁶. De kern daarvan komt erop neer dat de Rijksoverheid zich verantwoordelijk weet voor de continuïteit van zorg boven de continuïteit van een individuele zorginstelling.

De primaire verantwoordelijkheid voor de continuïteit van Zvw- en Wlz-zorg ligt in het Nederlandse zorgstelsel bij zorgverzekeraars en Wlz-uitvoerders. Verzekeraars hebben, gelet op hun wettelijke zorgplicht, een belang bij het waarborgen van de continuïteit van zorg. Op grond van hun zorgplicht zijn zorgverzekeraars gehouden om, behoudens situaties van overmacht, zorg voor hun verzekerden beschikbaar te houden. Ook wanneer een zorgaanbieder failliet is gegaan, moeten verzekeraars ervoor zorgen dat hun verzekerden zorg (blijven) ontvangen. Een soortgelijke verplichting geldt ook in de Wlz, waarin staat beschreven dat de Wlz-uitvoerder ervoor moet zorgen dat de bij hem ingeschreven verzekerden hun aanspraken op zorg tot gelding kunnen brengen.

In situaties waarbij een zorgaanbieder contracten heeft afgesloten met verschillende zorgverzekeraars, zal de marktleidende zorgverzekeraar in de praktijk vaak dienst doen als coördinerende partij. Deze marktleider zal ook het voortouw nemen bij het maken van een plan voor de continuïteit van de zorg waarbij de overige zorgverzekeraars worden betrokken.

Vroegsignalering (early warning)

Gelet op de zorgplicht worden verzekeraars en Wlz-uitvoerders geacht in hun contracten met zorgaanbieders bepalingen op te nemen over het vroegtijdig melden aan de zorgverzekeraar/Wlz-uitvoerder van financiële of kwalitatieve risico's voor de continuïteit van zorg (denk daarbij bijvoorbeeld aan nieuwbouwplannen). De NZa kan voor zogenaamde cruciale zorg zorgaanbieders en zorgverzekeraars daartoe zelfs verplichten als zij dit niet uit eigen beweging doen. Deze vroegsignalering leidt ertoe dat tijdig kan worden ingesprongen op eventuele continuïteitsproblemen en dat mogelijke plannen hiervoor klaar liggen, mocht een faillissement onvermijdelijk zijn. Onderdeel van die plannen kan bijvoorbeeld zijn welke aspecten van de zorg cruciaal worden geacht en onder alle omstandigheden toegankelijk moeten blijven. Indien de failliete zorginstelling diensten blijft leveren, dan moet deze zo zijn georganiseerd dat dit leidt tot goede zorg. Indien de failliete zorginstelling ophoudt te bestaan, dan dient de afbouw van zorg op een verantwoorde wijze plaats te vinden.

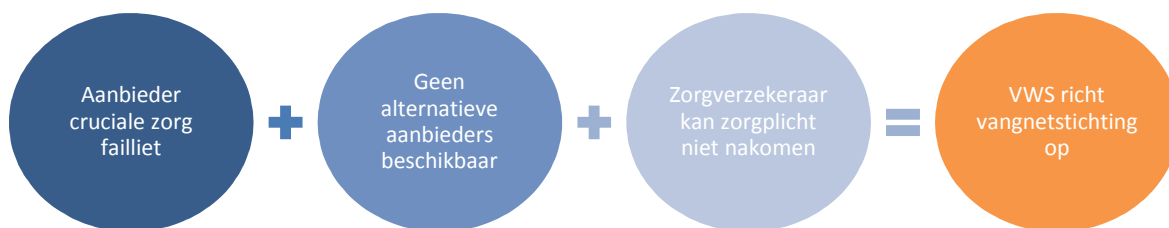
Cruciale zorg

De Rijksoverheid heeft aanvullende regels gesteld voor het waarborgen van cruciale zorg. Met cruciale zorg wordt bedoeld op die vormen van zorg waarvoor geldt dat wanneer zij (tijdelijk) niet (voldoende dichtbij) beschikbaar is, cliënten ernstige gezondheidsschade kunnen oplopen of (bij langdurige zorg) ernstig worden belemmerd in hun dagelijks functioneren. Deze zorgvormen worden expliciet benoemd in een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 56a van de WMG:

⁶ Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32 620, nr. 10

- Ambulancezorg
- Spoedeisende hulp
- Acute verloskunde
- Crisisopvang GGZ
- Wlz-zorg.

Omdat de gevolgen van het onthouden van deze vormen van zorg grote gezondheidsschade kan toebrengen heeft de overheid op dit punt extra waarborgen voor continuïteit ingebouwd. Indien de zorgverzekeraar zich met succes beroept op overmacht (te beoordelen door de NZa) en niet in staat is de continuïteit van deze vormen van zorg te waarborgen, zal het ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport (VWS) – na overleg met Algemene rekenkamer en het doorlopen van de 'voorhangprocedure' op grond van artikel 34 van de Comptabiliteitswet - een vangnetstichting oprichten om de continuïteit van de cruciale zorgtaken te waarborgen. Dit is echter een ultimatum remedium waar tot op heden nog nooit gebruik van is gemaakt. In bijna alle situaties zal het de zorgverzekeraar of de Wlz-uitvoerder zijn die maatregelen treft om de continuïteit van zorg te waarborgen. Dat zou eventueel ook in de vorm van een eigen tijdelijke stichting zijn.



Vangnetstichting en een beroep op overmacht

Indien de zorgverzekeraar of de Wlz-uitvoerder een beroep doet op overmacht, en dit ook door de NZa is gehonoreerd, zal de minister van VWS op advies van de NZa een tijdelijke vangnetstichting oprichten om te voorzien in voldoende aanbod van cruciale zorg.

De overheid zorgt er voor dat voor cruciale zorg het zorgaanbod alsnog tot stand komt door het oprichten van een tijdelijke vangnetaanbieder. Voor Wlz-zorg geldt dat bij de oprichting van de vangnetaanbieder zal worden bepaald voor welke vormen van Wlz-zorg deze wordt opgericht. Gelet op de overmachttoets van de NZa is op dat moment duidelijk voor welk deel van de Wlz-zorg de Wlz-uitvoerder terecht een beroep op overmacht doet. Daarbij is de verwachting dat een of meerdere vormen van langdurige zorg die behoorden tot het werkteerrein van de gefailleerde zorgaanbieder, niet tot het werkteerrein van de vangnetaanbieder behoren, omdat deze zorgvormen door andere zorgaanbieders aangeboden worden binnen de sociale context van de door een faillissement getroffen cliënten. Ook na het oprichten van een tijdelijke vangnetaanbieder blijft de verzekeraar verantwoordelijk voor het inkopen van die zorg voor zijn verzekerden. Hij wordt niet ontslagen van zijn zorgplicht.

De vangnetaanbieder komt, onder voorwaarden, in aanmerking voor een beschikbaarheidsbijdrage van het Rijk, die dient ter dekking van incidentele kosten die specifiek te maken hebben met het tijdelijk overnemen van zorgactiviteiten van een failliete zorgonderneming (beredderingskosten) en die niet uit de reguliere tarieven kunnen worden betaald. Het gaat dan bijvoorbeeld om de kosten

voor juridisch advies of het opstellen van juridische documenten tussen curator en vangnetaanbieder. In een algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 56a van de Wmg en een aanwijzing aan de Nza op grond van artikel 7, eerste lid, onder b, juncto artikel 59, onderdeel e, van de Wmg zal dit worden vastgelegd.

4.6 Zorgplicht vanuit Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en Jeugdwet

De Wmo 2015 bevat het wettelijk kader voor de uitvoering van de maatschappelijke ondersteuning door gemeenten. In artikel 1.2.1 van de Wmo 2015 is bepaald dat het college van Burgemeester en Wethouders verantwoordelijk is voor het verlenen van maatschappelijke ondersteuning aan mensen die daarvoor in aanmerking komen. Ook in het geval van een faillissement van een aanbieder blijft het college verantwoordelijk voor het continueren van de maatschappelijke ondersteuning aan cliënten. In het tweede lid van artikel 2.1.1 van de Wmo 2015 is vastgelegd dat het aan het college is om ervoor te zorgen dat de hulp wordt voortgezet en de cliënt zo min mogelijk hinder ondervindt van het faillissement.

De gemeente is op grond van de Jeugdwet ook verantwoordelijk voor het treffen van voorzieningen op het gebied van jeugdhulp, daar waar een jeugdige of een ouder hulp nodig heeft in verband met opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen. Deze jeugdhulpplicht is geregeld in artikel 2.3 van de Jeugdwet. Uit deze jeugdhulpplicht vloeit voort dat de gemeente ook tot actie zal moeten overgaan indien een voorziening wegvalt.

Vaak hebben aanbieders van maatschappelijke ondersteuning en/of jeugdhulp contracten met meerdere gemeenten. Dat vergt bij het waarborgen van de hulp dus coördinatie tussen de verschillende betrokken gemeenten. Op welke wijze continuïteit van hulp zal moeten plaatsvinden is ook zeer afhankelijk van de onderliggende contracten die door de verschillende gemeenten met de betreffende aanbieder zijn gesloten.

4.7 Aanbestedingsrecht en waarborgen continuïteit

Bij diverse opdrachtgevers in de zorg spelen aanbestedingsrechtelijke aspecten rond de inkoop van zorg. Bovendien kan een faillissement van aanbieders van bijvoorbeeld jeugdhulp en/of maatschappelijke ondersteuning meerdere gemeenten raken.

De wijze waarop de zorg is ingekocht kan ingrijpende gevolgen hebben voor de vrijheid van een opdrachtgever om invulling te geven aan zijn zorgplicht.

De betreffende diensten zullen waarschijnlijk kwalificeren als zogenaemde "sociale en andere specifieke diensten", als opgesomd in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU. Voor dergelijke diensten geldt voor opdrachten met een waarde van € 750.000,- of meer een verlicht aanbestedingsregime (artikel 2.6a Aanbestedingswet 2012). Wat de precieze aanbestedingsrechtelijke gevolgen zijn hangt af van diverse omstandigheden die zorgvuldig moeten worden onderzocht, zoals bijvoorbeeld:

- Hoe luidt het eigen aanbestedingsbeleid van de zorginkoper?
- Op welke wijze is de dienstverlening ingekocht? Was bijvoorbeeld sprake van een procedure met directe concurrentie?
- Is in de contractuele voorwaarden iets opgenomen voor de situatie waarbij een dienstverlener failliet gaat? Eindigen de contracten bijvoorbeeld, of kunnen deze eindigen als gevolg van het faillissement? Staan er mechanismen in op grond waarvan de dienstverlening door andere zorgaanbieders kunnen worden overgenomen?

Een aanbesteder zal bijvoorbeeld geen 'wezenlijke wijziging' in de overeenkomst mogen doorvoeren. Van wezenlijke wijzigingen zou sprake kunnen zijn bij verandering van het tarief, verandering van de voorwaarden, uitbreiding van het werk etc.

Door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) zijn in het verleden zowel voor de Jeugdhulp, als voor de maatschappelijke ondersteuning handreikingen⁷ voor gemeenten geschreven, waarin de belangrijkste aanbestedingstechnische aspecten staan beschreven.

5. Governance, bekostiging en financiering van zorgaanbieders

Zorgaanbieders komen in alle soorten en maten voor. Van concerns bestaande uit verschillende rechtspersonen tot eenmanszaken. Veel grotere zorgaanbieders zijn stichtingen, maar ook besloten vennootschappen, coöperaties, verenigingen en vennootschappen onder firma komen voor. Bij de keuze van een rechtsvorm speelt mee dat de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) voor bepaalde zorgaanbieders – o.a. voor ziekenhuizen – een verbod op winstoogmerk geldt.⁸ Daarnaast bevatten de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en de Jeugdwet regels die voorschrijven dat de zorgorganisatie zo moet zijn ingericht dat deze leidt tot kwalitatief goede zorg en dat het bestuur de eindverantwoordelijkheid daarvoor draagt. De bepalingen in de WTZi en de Wkkgz gelden niet voor zorgaanbieders die zuiver maatschappelijke ondersteuning of jeugdzorg bieden. Wel staat het individuele gemeenten vrij om in de inkoopcontracten ook aanvullende governance-eisen af te dwingen.

Bij ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra waar de medisch specialisten niet in loondienst zijn, geldt dat sprake is van een rechtsverhouding tussen de instelling en de medische specialisten. Veruit de meeste ziekenhuizen met vrijevestigde medisch specialisten kennen een zogenaamd samenwerkingsmodel, waarin tussen een Medisch Specialistisch Bedrijf (MSB) en het ziekenhuis een overeenkomst bestaat op grond waarvan het MSB de medisch specialistische zorg in het ziekenhuis verricht. Het MSB kan een maatschap (fiscaal transparant) of een besloten vennootschap (fiscaal niet transparant) zijn. Er bestaan allerlei variaties op de organisatiestructuur. Zo is het ook denkbaar dat medisch specialisten aandelen hebben in het ziekenhuis⁹.

5.1 Governance

Voor zorginstellingen geldt onverkort de eis van goed bestuur zoals die volgt uit art. 2:9 BW. Deze open norm is ingevuld met soft law vanuit de sector zelf. Het gaat om de Zorgbrede Governance Code die per 1 januari 2017 is vernieuwd ([Governancecode Zorg - Governance Zorg](#)). Een aantal brancheorganisaties (De Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ), De Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU), De vereniging voor verpleeg- en verzorgingshuizen en de thuiszorg (ACTIZ), De vereniging voor aanbieders van Geestelijke Gezondheidszorg (GGZ Nederland) en de vereniging gehandicaptenzorg Nederland (VGN)) vat naleving van de code op als lidmaatschapsverplichting voor hun leden. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht zijn beide verantwoordelijk voor de toepassing van de code. Overigens hanteren de publieke toezichthouders NZa en IGZ de zorgbrede governancecode als de veldnorm voor goed bestuur en hanteren deze ook in hun toezichtstaken. En ook zorgverzekeraars sluiten bij hun zorgcontracten ook aan bij naleving van de governancecode.

Daarnaast stelt de WTZi eisen aan de bestuursstructuur van een zorginstelling, zoals een verplicht toezichthoudend orgaan en het toekennen van het enquêterecht aan een cliëntvertegenwoordigend orgaan voor instellingen met een rechtsvorm van stichting of vereniging.¹⁰ Daarnaast moeten

⁷ https://vng.nl/files/vng/publicaties/2016/20160706_continuiteit_van_jeugdhulp_bij_faillissement.pdf
<https://vng.nl/files/vng/20151130-vng-handreiking-continuïteit-ondersteuning.pdf>

⁸ Art. 5 lid 2 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

⁹ Zie voor meer informatie over de gangbare organisatiemodellen van ziekenhuizen de monitor integrale bekostiging medisch-specialistische zorg 2015:
https://www.nza.nl/1048076/1048181/Monitor_Integrale_bekostiging_medisch_specialistische_zorg_2015.pdf

¹⁰ Art. 9 lid 1 sub b WTZi jo. art. 6.1 en 6.2 WTZi.

toegelaten instellingen op grond van de Wet Medezeggenschap Cliënten Zorginstellingen (Wmcz) beschikken over een cliëntenraad¹¹.

Verder stelt de WTZi transparantie-eisen aan de bedrijfsvoering, zoals het vastleggen van een bevoegdheidsverdeling, organisatorische verbanden en eisen aan de financiële administratie.¹²

Op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) is zorgaanbieder gehouden de zorgverlening zodanig te organiseren dat deze redelijkerwijs moet leiden tot goede zorg. Daarvoor draagt de Raad van Bestuur uiteindelijk de eindverantwoordelijkheid. Ook stelt de Wkkgz een vorm van klachtenbehandeling verplicht. De IGZ houdt hier toezicht op.

In ziekenhuizen zijn medisch specialisten vaak verenigd in de medische staf en zijn verpleegkundigen meestal georganiseerd in de verpleegkundigenadviesraad (VAR). Eigenlijk vloeit dat indirect voort uit de Wkkgz waarin is bepaald dat de zorg zodanig georganiseerd moet zijn dat dit leidt of redelijkerwijs leidt tot goede zorg. Daar hoort bij dat je de professionals op een goede manier betreft en raadpleegt bij de definitieve besluitvorming van een ziekenhuis.

5.2 Bekostiging

Elk zorgdomein kent zijn eigen bekostigingssystematiek. In de Zvw wordt de zorg van verzekerden vergoed door zorgverzekeraars, in de Wmo en Jeugdwet door de gemeenten en in de Wlz door de zorgkantoren. De NZa reguleert alle prestaties die onder de reikwijdte van de Wmg vallen en stelt in sommige gevallen ook de tarieven daarvan vast¹³.

Zvw:

Binnen de medisch specialistische zorg (waaronder de geriatrische revalidatiezorg) en tweedelijns GGZ gelden dbc-zorgproducten. De afkorting 'dbc' staat voor diagnose-behandelcombinatie. Een dbc is een pakketje zorg met informatie over de diagnose en de behandeling die een patiënt krijgt. Op het moment dat een patiënt zich bij de zorgaanbieder meldt met een zorgvraag, opent de zorgaanbieder een dbc-traject. In dit traject legt de zorgaanbieder gaandeweg vast welke activiteiten zijn uitgevoerd om een diagnose vast te stellen en/of een aandoening te behandelen. Een dbc in de GGZ is wel anders opgebouwd dan in de medisch specialistische zorg. Daarbij komt dat de 2e lijns GGZ-zorg maximumtarieven kent, terwijl in de medisch specialistische zorg het grootste deel van de verrichtingen vrije tarieven kent.

Een dbc-traject bevat informatie over geleverde zorg binnen een vastgestelde periode (maximaal 120 dagen in de medisch specialistische zorg en 365 dagen in de GGZ). Als de behandeling eerder ten einde komt, wordt het dbc-traject eerder afgesloten. Duurt de behandeling langer, dan wordt een nieuw traject geopend.

In contracten tussen de zorgverzekeraar en een zorgaanbieder staat vaak een bovengrens opgenomen voor de omzet, een zogenaamd omzetplafond. Wanneer meer wordt geproduceerd, kan dat gevolgen hebben voor de zorgaanbieder. Bovendien voeren zorgverzekeraars formele en materiële controles uit bij zorgaanbieders. Bij een materiële controle onderzoekt de zorgverzekeraar of de in rekening gebrachte prestaties daadwerkelijk zijn geleverd (rechtmatigheid) en of die prestaties het meest aangewezen waren (doelmatigheid). De materiële controle kan leiden tot een correctie (terugvordering) van betaalde bedragen.

Een verzekerde hoeft de zorg niet per se af te nemen bij een door zijn zorgverzekeraar gecontracteerde aanbieder. Als een zorgaanbieder niet gecontracteerd is, stuurt de zorgaanbieder een declaratie - al dan niet met tussenkomst van de verzekeraar - rechtstreeks aan de cliënt. In de verzekeringspolis van naturaverzekerden is bepaald welk deel van de kosten (vaak 75% à 80%) alsnog vergoed wordt.

¹¹ Voor meer informatie over de Wmcz zie: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/patientenrecht-en-clientenrecht/inhoud/medezeggenschap-clienten-in-de-zorg>

¹² Art. 6.3 – 6.5 WTZi.

¹³ Grosso modo gaat dit om Zvw- en Wlz-zorg. Zorg en ondersteuning op basis van de Wmo en de Jeugdwet vallen daar niet onder. Maar ook bijvoorbeeld pgb-Wlz-zorg is uitgezonderd van tariefregulering.

De door de zorgverzekeraar toe te kennen vergoeding mag niet dusdanig laag zijn, dat daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal is om zorg af te nemen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders.¹⁴

Bij restitutie bestaat voor de verzekerde het recht op de vergoeding van kosten van zorg. Bij het bepalen van de vergoeding worden in mindering gebracht de kosten die hoger zijn dan in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten. Er wordt derhalve een marktconform bedrag vergoed. Dat kan dus betekenen dat iemand met een restitutiepolis toch een deel zelf moet betalen.

Wlz:

Binnen de Wet langdurige zorg gelden zorgprofielen¹⁵, die vaste tarieven kennen. Wlz-aanbieders en zorgkantoren maken voorafgaand aan het jaar een productieafspraken. Na afloop van het jaar vindt nacalculatie via de NZa plaats waarbij onder andere de gerealiseerde productie wordt vergeleken met de productieafspraken. Eventuele overproductie moet de zorgaanbieder terugbetalen. Het is belangrijk de termijnen voor het indienen van nacalculatie bij de NZa goed in de gaten te houden.

Indien een verzekerde geïndiceerd is voor de Wlz en een vorm van behandeling behoeft dan kan dit op verschillende manieren worden gefinancierd afhankelijk van de leveringsvorm en de behoefte van de verzekerde. Thuis wonen kan via een pgb, volledig pakket thuis (VPT) of modulair pakket thuis (MPT). In een instelling kan via zorg in natura worden gewoond. Een mix van zorg in natura en een pgb kan soms ook. De verzekerde heeft dan een "MPT".

Jeugdhulp:

Er zijn vele indelingen van de vormen van jeugdhulp. Er is sprake van een heel divers aanbod. De basis wordt gelegd door het gemeentelijke jeugd- en jongerenwerk. Daarnaast biedt jeugdhulp voor iedereen vrij toegankelijk hulp. Kerntaken zijn voorlichting, advies, signaleren, eigen kracht, analyseren en indien nodig toeleiden naar (gespecialiseerde) hulp. Daarvoor zit de vrij toegankelijke en eenvoudige hulp die een collectieve en vooral preventieve werking heeft. De meer gespecialiseerde jeugdhulp is niet vrij toegankelijk. Het heeft veelal betrekking op de zorg met een tijdelijk of chronisch karakter voor één individu.

De keuze voor een bepaalde bekostigingsvorm hangt af van de kenmerken van de (inrichting van de) hulpverlening. Denk daarbij aan aspecten als beschikbaarheid, de mate van individualiteit, ambulante of residentieel.

Gemeenten leggen de afspraken met een aanbieder over prestaties, betaling en verantwoording vast in een overeenkomst of in een subsidiebeschikking. Onder omstandigheden kan door de jeugdige en zijn ouders ook via een pgb vaak meer specifieke vormen van jeugdhulp worden ingekocht.

Wmo:

Ook voor wat betreft de Wmo leggen gemeenten de afspraken met een aanbieder over prestaties, betaling en verantwoording vast in een overeenkomst of in een subsidiebeschikking. Bekostigingsvormen zijn grofweg terug te categoriseren in drie basisvormen.

1. Inspanningsgericht (P x Q): een vorm van bekostiging waarbij de gemeente met een aanbieder vooraf diensten, activiteiten of trajecten definieert. De betaling vindt plaats overeenkomstig de per dienst, activiteit of traject overeengekomen prijs. Dit kan ook een verzameling van diensten, activiteiten of trajecten zijn.
2. Populatiebekostiging: hierbij komt de gemeente met een aanbieder voor een afgebakende groep burgers (deelpopulatie of geografische afbakening) een maatschappelijke taak of

¹⁴ Hoge Raad, 11 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646.

¹⁵ In de AWBZ kende men de term zorgzwaartepakketten (ZZP's).

opdracht overeen en betaalt deze voor het behaalde meetbare resultaat bij deze maatschappelijke taak of opdracht voor deze groep.

3. Outputgericht: bekostiging waarbij een gemeente betaalt voor het behalen van concrete resultaten die worden gerealiseerd.

Daarnaast kan ook door de cliënt – onder voorwaarden – ondersteuning worden ingekocht met een pgb. Meer informatie over de rol van de gemeente als inkoper binnen het sociaal domein treft u in de volgende CPB-notitie "Taken uitbesteed maar dan? De gemeente als inkoper binnen het sociaal domein" van 10 december 2015¹⁶

Persoonsgebonden budget (pgb):

Met het pgb koopt een cliënt zelf zorg in en maakt hij afspraken met zijn zorgaanbieder over de zorg die aan hem of haar wordt verleend. Het pgb is als financieringsvorm wettelijk verankerd in zowel de Wlz, de Zvw, de Wmo 2015 als de Jeugdwet. Bij het pgb hebben zorgverzekeraars, Wlz-uitvoerders of gemeenten een bestuursrechtelijke (subsidie)relatie met de budgethouder (de cliënt) in verband met de verstrekking van het pgb. Budgethouders hebben een civielrechtelijke relatie met de zorgaanbieder via de zorgovereenkomst. Bij het pgb hoort het voeren van regie over de zorg. Het uitgangspunt daarbij is dat de budgethouder zelf verantwoordelijk is voor het pgb. Kan de budgethouder dit niet, dan kan hij een vertegenwoordiger of gewaarborgde hulp inschakelen. Voor bepaalde zorgprofielen is een gewaarborgde hulp zelfs verplicht.

De laatste jaren is veel te doen geweest rondom fraude met pgb's. Budgethouders zijn in beginsel zelf verantwoordelijk voor de rechtmatige besteding van hun pgb. Om te voorkomen dat budgethouders die te goeder trouw zijn de dupe worden van een frauderende zorgaanbieder, is in de Wlz, de Wmo en de Jeugdwet bepaald dat verstrekkers de mogelijkheid hebben om in geval van fraude de onrechtmatig uitgekeerde zorggelden direct terug te vorderen bij de zorgaanbieder.¹⁷ Hiertoe is een derdenbeding opgenomen in de zorgovereenkomst. Bij de Zvw geldt dat in het BW al in bepaald dat een vordering tot schadevergoeding van de budgethouder van rechtswege overgaat op de zorgverzekeraar.

Als er gerede vermoedens zijn van fraude heeft het OM ook de mogelijkheid om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen. Eventuele strafrechtelijke vervolging vindt plaats door het OM na onderzoek door de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW).

5.3 Financiering van gebouwen

Zorginstellingen kunnen op reguliere wijze hun vastgoed financieren en dragen zelf het risico voor de rente en afschrijvingskosten van investeringen in gebouwen en grond, de zogenaamde kapitaallasten. In de DBC-tarieven (Zvw) en de ZZP-tarieven (Wlz) is een normatieve component opgenomen voor de vergoeding van de kapitaallasten.

Zorginstellingen die zorg verlenen op basis van de Zvw of de Wlz kunnen deelnemen aan het Waarborgfonds voor de Zorgsector (het WFZ). Met een borgstelling van het WFZ kan een zorginstelling tegen gunstige condities financiering aantrekken voor bijvoorbeeld investeringen in vastgoed. De instelling verplicht zich daarbij om aan het WFZ zekerheden te verschaffen. Zie voor meer informatie, zie: <http://www.wfz.nl/het-wfz/hoe-werkt-het>. In het geval van een faillissement zal het WFZ – als gevolg van de afgegeven garanties – optreden als een van de schuldeisers.

Voor de vervreemding, bezwaring en de verhuur van gebouwen en terreinen van zorginstellingen met een WTZi-toelating geldt dat het College sanering zorginstellingen (CSZ) goedkeuring moet geven. Het CSZ toetst of het vervreemdingproces transparant is voorgegeven en of er sprake is

¹⁶ <https://www.cpb.nl/persbericht/3216277/gemeenten-sturen-nog-beperkt-op-doelmatigheid-bij-inkoop-van-zorgtaken>

¹⁷ Staatscourant 2017, nr. 11464: Regeling van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 22 februari 2017, kenmerk 161101-LZ, houdende het opnemen van een derdenbeding in een zorgovereenkomst.

van een marktconforme verkoop- en/of huurprijs. Voor meer informatie over de werkwijze van het CSZ, zie: <http://www.collegesanering.nl/Werkwijze/Onroerendzaken.aspx>.

5.4 Onderhanden werk

Veel zorginstellingen hebben de openstaande debiteuren en het onderhanden werk op reguliere wijze gefinancierd met behulp van een krediet of door middel van factoring. De financier zal in de meeste gevallen zekerheid van de zorginstelling hebben bedongen.¹⁸

Zorgverzekeraars zijn gehouden aan de gecontracteerde zorgaanbieders ofwel rente te vergoeden ofwel het onderhanden werk (de geopende en nog niet afgesloten DBC's) te bevoorschotten. Veelal kiezen zorgverzekeraars voor de bevoorschotting. Afspraken daarover zijn terug te vinden in de zorginkoopcontracten. De zorgverzekeraar zal doorgaans mechanismen hebben om te beoordelen dat de bevoorschotting het totaal aan onderhanden werk niet overstijgt en zal zich op verrekening beroepen ten opzichte van de zorgaanbieder. Een zelfde soort afspraken maken gemeenten ook met aanbieders van maatschappelijke ondersteuning en jeugdhulp.

6 Voortzetten van de onderneming in faillissement

6.1 De verantwoordelijkheid voor de continuïteit van zorg

Na een faillissement van een zorginstelling zal een curator er meestal voor kiezen om de activiteiten van de gefailleerde instelling enige tijd voort te zetten. De faillissementscurator voert zijn wettelijke taak primair uit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde. Daarbij moet de curator ook acht slaan op belangen van maatschappelijke aard. Een curator heeft de bevoegdheid, maar is niet verplicht, om de werkzaamheden van een zorginstelling na het faillissement enige tijd voort te zetten. In de afweging zal voor een curator een rol spelen: 1) de verlieslatendheid van de exploitatie en 2) het zicht op een doorstart. Ook als een curator ervoor kiest om de activiteiten niet voort te zetten, zal een verantwoorde afbouw van de activiteiten tegen de achtergrond van waarborgen van kwaliteit en veiligheid onvermijdelijk kunnen zijn. De curator onderhoudt daarbij uiteraard ook nauwe contacten met de betrokken zorgverzekeraars en gemeenten die in het kader van hun zorgplicht veelal ook belang zullen hebben bij een doorstart, dan wel een verantwoorde afbouw van zorg.

Een curator van een zorginstelling zal in eerste instantie onderzoeken wat in het belang van de gezamenlijke crediteuren is. Het belang van de gezamenlijke crediteuren kan gebaat zijn bij een (tijdelijke) voortzetting van de activiteiten van de zorginstelling, bijvoorbeeld omdat de curator hoopt tegen betere voorwaarden een doorstart te kunnen realiseren. Maar als sprake is van een sterk verlieslatende exploitatie, kan een curator ook afzien van voortzetting van de zorgactiviteiten. In beide situaties zal een curator zich er van vergewissen dat voortzetting dan wel afbouw op een voor de patiënt veilige en verantwoorde wijze plaatsvindt.

6.2 De verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg

De zorgaanbieder is verantwoordelijk voor de kwaliteit van de zorg die verleend wordt. De Inspectie voor de gezondheidszorg (IGZ), de Inspectie jeugdzorg (IJZ) en de gemeenten houden daarop toezicht. Als de curator ervoor kiest de werkzaamheden van de gefailleerde voort te zetten, is de curator ook eerste aanspreekpunt voor de IGZ in het kader van de eindverantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid van zorg. Uiteraard voor die vormen van zorg die onder het toezicht van de IGZ vallen. Op grond van artikel 98 van de Faillissementswet is het de curator die de

¹⁸ Bij verpanding van onderhanden werk kan de vraag aan de orde komen of het onderhanden werk al een bestaande en verpandbare vordering van de zorgaanbieder omvat. Zie Hof Amsterdam 29 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1143. In deze zaak is cassatie ingesteld.

activiteiten van de gefailleerde voortzet.¹⁹ Daarbij maakt de curator overigens wel gebruik van de WTZi-toelating van de gefailleerde, die niet als gevolg van het faillissement automatisch vervalt.

Bij de gecertificeerde instellingen voor jeugdbescherming en jeugdreclassering zijn aanvullende kwaliteitseisen opgenomen in het zogenaamde certificerings- of normenkader. Alleen instellingen die daartoe gecertificeerd, zijn mogen jeugdbescherming en jeugdreclassering uitvoeren. Het certificaat wordt verleend door de certificerende instelling; het Keurmerkinstituut. Dit certificaat heeft een geldigheid van drie jaar en wordt daarnaast jaarlijks getoetst. Het Keurmerkinstituut kan een certificaat geheel of gedeeltelijk intrekken indien de certificaathouder failliet is verklaard. Dit hangt af van de vraag of het kwaliteitsmanagementsysteem dat ten grondslag ligt aan de certificering, in de praktijk nog onverkort van kracht is. De Gecertificeerde Instelling is verplicht om veranderingen die van invloed kunnen zijn op de werkzaamheden die onder het certificaat worden uitgevoerd (waaronder faillissement), direct of zo spoedig mogelijk aan het Keurmerkinstituut te melden. De Gecertificeerde Instelling dient het Keurmerkinstituut in staat te stellen extra beoordelingen uit te voeren indien het Keurmerkinstituut dit wenselijk acht.

6.3 Het personeel

De curator heeft op grond van de wet de bevoegdheid om dienstverbanden van het personeel met inachtneming van een verkorte opzegtermijn te beëindigen. De curator zal daarin zelf een afweging moeten maken die in het faillissement van een zorgaanbieder niet wezenlijk anders is dan in andere faillissementen.

Hoewel de levering van de juiste kwaliteit van zorg weliswaar de formele eindverantwoordelijkheid is van de zorgaanbieder, wordt de kwaliteit van de zorg geleverd door de zorgprofessionals die de zorg daadwerkelijk verrichten. Zij hebben ieder ook een eigen verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg op basis van de wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (BIG). De zorgprofessionals zijn, zeker ook in een faillissementssituatie, daarom gebaat bij het voorkomen van zoveel mogelijk onzekerheid. Een goede communicatie en rust kunnen, hoe lastig ook in faillissement, cruciale factoren zijn om zorg van voldoende kwaliteit te kunnen leveren.

6.4 Overleg met de zorginkopers en financiering/boedelkrediet

Voldoende financiering is niet alleen van belang voor de voortzetting van de activiteiten van een gefailleerde zorgaanbieder, maar kan ook van groot belang zijn voor de kwaliteit van zorg, bijvoorbeeld de inkoop van medicatie. Bij een faillissement zullen toeleveranciers immers stoppen met leveren, indien zij niet de verzekering hebben dat hun diensten of producten direct worden betaald. Het ligt voor de hand om bij een voortzetting van de onderneming voldoende financiering beschikbaar te krijgen van die partijen die in het kader van hun verantwoordelijkheid voor de continuïteit van de zorgverlening verzoeken om voortzetting van de activiteiten. Daarbij helpt het als sprake is van één inkopende partij (bijvoorbeeld één gemeente of Wlz-uitvoerder). Veel zorgaanbieders zullen echter te maken hebben met diverse partijen die inkopen, bijvoorbeeld contracten met verschillende zorgverzekeraars. Als sprake is van verschillende zorgverzekeraars die contracten hebben gesloten met een zorgaanbieder, en aan de zorgaanbieders gezamenlijk een boedelkrediet verzocht wordt, is nog van belang dat de ACM zich in verschillende documenten heeft uitgelaten over de vraag hoe de ACM aankijkt tegen samenwerking tussen verschillende zorgverzekeraars. Meer informatie daarover is te vinden op:

(<https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/samenwerking-in-de-zorg/samenwerking-tussen-zorgverzekeraars/>)

6.5 Overleg met IGZ/IJZ/NZa

Het kan heel goed voorkomen dat de IGZ en/of de IJZ al vóór het faillissement van een zorginstelling het toezicht hebben geïntensiveerd. Financiële problemen kunnen namelijk tot risico's voor de kwaliteit van zorgverlening leiden. Na het faillissement zullen, zolang de zorgverlening

¹⁹ Vergelijk ook HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

wordt gecontinueerd, de IGZ en/of de IJZ actief zijn en een belangrijk aanspreekpunt kunnen zijn voor curatoren. Deze inspecties kunnen ook nadere informatie verstrekken over details in de regelgeving.

Een inspectie zal niet op voorhand de goedkeuring voor een bepaalde handelwijze kunnen verlenen. Een toezichthouder zal naar zijn aard altijd achteraf beoordelen.

De NZa zal niet snel een aanspreekpunt zijn voor de curator. De NZa kan, in ieder geval waar het de Zvw en Wlz-zorg betreft, contact onderhouden met de zorgverzekeraar of de Wlz-uitvoerder om te bezien of deze de zorgplicht nakomen.

6.6 Medische aansprakelijkheidsverzekering

Van cruciaal belang bij een voortzetting van de onderneming, maar zelfs bij het stilleggen daarvan, is de dekking van de medische aansprakelijkheidsverzekering. Veel ziekenhuizen en andere zorginstellingen zijn voor aansprakelijkheid verzekerd via een claims-made verzekering. Dit houdt in dat er dekking is als de claim is ontstaan en wordt ingediend in de verzekerde periode. In de meeste polissen eindigt de verzekering echter na het faillissement van de verzekerde. Slachtoffers van een medisch incident die zich pas melden na het faillissement van het ziekenhuis, kunnen hierdoor mogelijk geen aanspraak maken op dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering. Om die reden is het van belang dat de curator met de schadeverzekeraar een voorziening treft ten aanzien de dekking van uitlooprisico's. Het ligt op de weg van de curator om, zo nodig, afspraken te maken met de zorgverzekeraars, de Wlz-uitvoerders en/of de gemeenten om de curator in staat te stellen de dekking van de medische aansprakelijkheidsverzekering in stand te laten.

6.7 Samenwerking tussen boedel en vangnetstichting

Afhankelijk van het soort zorginstelling dat gefailleerd is, de aard van de werkzaamheden en de omvang van de werkzaamheden, kan er behoefte bestaan bij de partijen die verantwoordelijk zijn voor de continuïteit van de zorgverlening dat gewaarborgd wordt dat (een deel van) de activiteiten ook na faillissementsdatum wordt voortgezet. Het kan daarom zijn dat dergelijke partijen direct na de faillietverklaring, of eventueel al daarvoor in een pre-pack- of surseancefase, afspraken maken omtrent de continuïteit van de zorgverlening.

Hoewel een afspraak met de curator voldoende waarborgen kan bieden voor de continuering van de zorgactiviteiten, indien noodzakelijk, kan ook de wens bestaan om tot een verdergaande inkleding te komen van de afspraken. In het verleden is in ieder geval twee maal een zogenoemde vangnetstichting actief geweest die de betrokken is geweest bij het voortzetten van de zorgactiviteiten. Het gebruik van een dergelijk stichting kan voor zowel de curator als voor de partijen die verantwoordelijk zijn voor de continuering van de zorgverlening voordelen bieden.

Er kan onderscheid gemaakt worden tussen ten minste twee soorten vangnetstichtingen. In de eerste plaats is er de stichting die is opgericht door of namens een partij die primair verantwoordelijk is voor de continuering van de zorgverlening (bijvoorbeeld een zorgverzekeraar of een gemeente). In de tweede plaats kan de Staat, als ultimum remedium, een vangnetstichting oprichten als sprake is van cruciale zorg en overmacht om de voortzetting daarvan te waarborgen. (zie paragraaf 3.2 onder het kopje 'cruciale zorg').

Een vangnetstichting kan ook op verschillende wijzen functioneren. Zo kan een vangnetstichting als opdrachtnemer van een curator functioneren, en dus namens de curator de dagelijkse leiding over de voortzetting van de zorgactiviteiten voeren²⁰. Maar ook is denkbaar dat een vangnetstichting zelf als zorgaanbieder gaat functioneren. In het laatste geval zal de vangnetstichting zelf, zo nodig, een toelating moeten verkrijgen en zal de vangnetstichting eigen personeel in dienst moeten

²⁰ zie hoofdstuk 6 in het Openbaar Verslag 5 van Pasana Care BV op <https://www.dehaanlaw.nl/advocatuur/faillissementen/faillissementsverslagen/pasana-care-bv>

krijgen en moeten onderhandelen met de curator om gebruik te kunnen maken van de benodigde roerende en onroerende zaken.²¹

7 Doorstart

Een curator heeft op grond van de Faillissementswet de taak om de activa van een gefailleerde te gelde te maken ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Vaak zal de beste waarde voor de activa kunnen worden gerealiseerd als deze gezamenlijk en ineens worden verkocht aan een partij die de onderneming van de gefailleerde (in gewijzigde of afgeslankte vorm) wil voortzetten. Curatoren onderzoeken daarom vaak eerst of een zogenaamde doorstart kan worden gerealiseerd. Overigens is het wel zo dat een cliënt nooit verplicht is om tegen zijn zin in over te gaan naar een nieuwe zorgaanbieder. De cliënt zelf moet dus altijd zelf instemmen met voortzetting van de behandeling door een nieuwe zorgaanbieder

7.1 Visie op verlening van zorg/ondersteuning/jeugdhulp

Zorgaanbieders zijn in hoge mate afhankelijk van opdrachtgevers en daarmee vaak van contracten die zij hebben met de opdrachtgevers zoals gemeenten, zorgkantoren en zorgverzekeraars. De gemeenten, zorgkantoren of zorgverzekeraars hebben daarmee een belangrijke rol bij de vormgeving van een eventuele doorstart.

Voor het welslagen van de doorstart is daarom van belang dat de doorstart past in de visie van die opdrachtgever zodat enig comfort bestaat dat een duurzame relatie tot stand kan komen.

Als sprake is van diverse opdrachtgevers, zoals verschillende zorgverzekeraars of gemeenten, kan de behoefte ontstaan om een gezamenlijke visie te verkrijgen. Ook kunnen daaraan mededingingsaspecten kleven. De curator en de doorstartkandidaat zullen zelf onderling kunnen bepalen hoe een doorstart wordt vormgegeven, maar het is daarbij raadzaam dat deze partijen zich ervan vergewissen dat er voldoende draagvlak bestaat voor het plan van de doorstart bij de inkopers van de zorg.

7.2 Verschillende wijzen van vormgeving van de doorstart

Een doorstart kan op verschillende wijzen juridisch worden vormgegeven. Naast de overdracht van de activa, zo nodig in overleg met de pand- en hypotheekhouders en het CSZ, zijn drie hoofdroutes denkbaar voor de overdracht van de contracten van een zorgaanbieder met de zorginkopers:

1. het uitdienen van het bestaande contract, waarbij de curator de overeenkomst gestand doet maar de feitelijke uitvoering daarvan in onderaanneming door de doorstartende partij plaatsvindt;
2. contractsovername door de doorstartende partij;
3. totstandkoming van nieuwe contracten met de doorstartende partij.

Van verschillende omstandigheden zal afhangen wat de meest gewenste route is. Daarbij dient rekening te worden gehouden met het aanbestedingsrecht.

7.3 Medische dossiers en privacy

Op grond van de wet (artikel 7:454 BW) dient bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst de hulpverlener een medisch dossier in te richten en bij te houden. Op de hulpverlener rust bovendien de verplichting om het medische dossier te bewaren. Deze bewaarplicht blijft ook gelden als een zorginstelling failliet is gegaan en als medische dossiers als gevolg daarvan moeten worden overgedragen. De patiënt heeft ten allen tijde recht op bescherming van diens privacy en

²¹ Zie voor meer informatie over de vangnetstichting de beleidsregel TH/BR 021 van de NZa "Toezichtkader zorgplicht Wlz"

zeggenschap over de gegevens in diens medisch dossier. De curator zal de hulpverlener zo nodig op diens verantwoordelijkheid moeten wijzen en hem of haar bij de uitvoering daarvan moeten faciliteren.

Meestal zijn medische dossiers geautomatiseerd. Bij het overdragen van de gegevens verdient het de voorkeur heldere schriftelijke afspraken te maken met de softwareleverancier, opdat de toegang tot de dossiers gewaarborgd blijft. Bovendien komt voor dat zorgaanbieders de elektronische opslag van medische dossiers hebben 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. Een dergelijke situatie vormt een direct risico voor de patiëntveiligheid en is bovendien een inbreuk op elementaire patiëntenrechten.

7.4 Goedkeuring van een concentratie door de NZa en ACM

In sommige gevallen kan bij een (dreigend) faillissement worden overgegaan tot (gedeeltelijke) fusie of overname (een 'concentratie'). Dan dient ermee rekening te worden gehouden dat mogelijk goedkeuring is vereist van de NZa en de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Dat betekent dan dat, tot de vereiste goedkeuring is verkregen, de concentratie niet tot stand mag worden gebracht.

- De NZa is verantwoordelijk voor de *zorgspecifieke fusietoets*. Afhankelijk van het type zorg en het aantal zorgverleners dat bij een zorgaanbieder werkt, dient een voorgenomen concentratie te worden gemeld en dient goedkeuring van de NZa te worden verkregen. De NZa toetst voorgenomen concentraties deels inhoudelijk, namelijk op de continuïteit van cruciale zorg, en deels procedureel, namelijk op de zorgvuldige betrokkenheid van cliënten, medewerkers en andere betrokken partijen. Zie: <https://www.nza.nl/zorgonderwerpen/dossiers/fusies/>.
- De ACM is verantwoordelijk voor het *concentratietoezicht op grond van de Mededingingswet*. Afhankelijk van de omzet van de bij de voorgenomen transactie betrokken partijen dient een voorgenomen concentratie te worden gemeld en dient goedkeuring van de ACM te worden verkregen. De ACM toetst voorgenomen concentraties op de gevolgen voor de mededinging. Zie: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/zorg/fusies-in-de-zorg/fusies-in-de-zorg/>.

Spoeedprocedures

Soms kan bij een (dreigend) faillissement redelijkerwijs niet worden gewacht tot de procedures tot goedkeuring van de NZa en de ACM volledig zijn doorlopen. Voor deze gevallen zijn voor beide toetsen spoedprocedures vormgegeven, op grond waarvan ontheffing wordt verleend van het verbod om zonder de vereiste goedkeuring een concentratie tot stand te brengen. Indien de NZa een dergelijke ontheffing verleent, voert de NZa daarna niet alsnog een nadere toets op de voorgenomen concentratie uit. Dit geldt niet voor het concentratietoezicht op grond van de Mededingingswet. Indien de ACM vanwege gewichtige redenen ontheffing verleent van het verbod om zonder goedkeuring een concentratie tot stand te brengen, zal zij de concentratie daarna alsnog inhoudelijk beoordelen (het spoedbesluit loopt dus niet op de inhoudelijke beoordeling vooruit). Dat kan in het uiterste geval betekenen dat de concentratie later alsnog (deels) ongedaan dient te worden gemaakt. Of in een concreet geval gebruik kan worden gemaakt van de spoedprocedure is ter beoordeling aan de NZa en de ACM en daarover kan met de desbetreffende toezichthouder contact worden opgenomen.

8 Financiële afrekeningen van zorgactiviteiten in faillissement

Vaak zal het een bewerkelijk traject zijn om tot een definitieve financiële afrekening te komen van alle geleverde zorgactiviteiten. Voor een curator kan het van belang zijn om inkomsten van een zorgaanbieder te kunnen toerekenen aan (i) de periode tot aan faillissementsdatum, (ii) de periode van voortzetting van de onderneming en (iii) de periode vanaf het moment dat een doorstart is gerealiseerd. Het ontstaansmoment van de vordering van de zorgaanbieder kan bijvoorbeeld relevant zijn voor de afrekening met partijen die zekerheidsrechten hebben of zich op verrekening

kunnen beroepen, voor de afrekening met partijen die een boedelkrediet hebben verstrekt en voor de afrekening met een partij die een doorstart realiseert.

Contractuele afspraken, verplichtingen en regelgeving rond de bekostiging in de zorg zijn er echter niet altijd op toegesneden om de inkomsten op een dergelijke manier aan periodes toe te rekenen. Bovendien moet wellicht onderscheid gemaakt worden naar gelang de zorgactiviteiten die verricht worden.

Ten aanzien van financiële afrekening van dbc's geldt dat formeel een factuur mag worden gezonden na sluiting van de dbc. Sluiting van de dbc is aan beleidsregels van de NZa gebonden die eraan in de weg staan dat dbc's zo maar, bijvoorbeeld per faillissementsdatum, worden gesloten. De NZa heeft het, zowel bij het Ruwaard van Puttenziekenhuis als De Sionsberg, toegestaan in aanvulling op het bestaande beleid, dat dbc's 'hard' zijn afgesloten per de datum dat de doorstartende partij de activiteiten had overgenomen. Een dergelijke situatie is vergelijkbaar met die waarin een patiënt overstapt van het ene naar het andere ziekenhuis halverwege een behandeling. De bijzonderheid bij een faillissement is dat dit het alle patiënten tegelijk betreft. Zo nodig zullen hierover afspraken gemaakt moeten worden.

Bij de verschillende wijzen van inkoop van Wmo en Jeugdhulp door gemeenten zal steeds per individuele gemeente onderzocht moeten worden hoe de geleverde prestaties per periode kunnen worden afgerekend. Dit kan, afhankelijk van het soort prestaties (bijvoorbeeld eenmalige resultaatsverbintenis of een doorlopende inspanningsverbintenis), de wijze waarop de prestaties zijn omschreven en de wijze waarop de geleverde prestaties moeten worden verantwoord (in uren of in resultaten), een ingewikkelde exercitie zijn.

Op diverse manieren kan het totaal aan vorderingen van een zorgaanbieder achteraf nog wijzigen. Zo kunnen door zorgverzekeraars en Wlz-uitvoerders - respectievelijk bij Zvw-zorg en Wlz-zorg - materiële controles worden uitgevoerd bij aanbieders waarin onderzocht wordt of de prestaties rechtmatig en doelmatig zijn geleverd en kunnen zo nodig bedragen worden teruggevorderd. Gemeenten hebben vaak in hun inkoop van zorg ook bepaalde budgetplafonds opgenomen die aanleiding kunnen zijn voor een lagere vaststelling van de vergoeding voor de geleverde prestaties.

Ten aanzien van ontvangen voorschotten op subsidies is van belang dat de curator na faillissement van de zorgaanbieder tijdig verantwoording aflegt aan de subsidieverstrekker. Als geen verantwoording wordt afgelegd kan de subsidie alsnog op nihil worden vastgesteld en worden teruggevorderd.²²

Zorgaanbieders die inkomsten uit pgb's ontvangen kunnen tot slot, ook na faillissementsdatum, geconfronteerd worden met terugvordering van bedragen door een zorgverzekeraar/Wlz-uitvoerder of college van B&W indien sprake is geweest van fraude.

²² Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 december 2011 ECLI:NL:RVS:2011:BU7072 in het faillissement van Meavita