

Medezeggenschap in faillissement: ook een adviesrecht voor de cliëntenraad?

TvI 2020/5

De centrale vraag is of de cliëntenraad van een zorginstelling adviesrecht heeft in faillissement en of het wenselijk is het adviesrecht in faillissement wettelijk vast te leggen. Deze vraag wordt beantwoord door een vergelijking te maken met het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement. Auteurs concluderen dat het wenselijk is dat de cliëntenraad adviesrecht heeft, onder meer omdat de WOR (ondernemingsraad) en Wmcz (cliëntenraad) hetzelfde doel hebben, het faillissement van een zorginstelling ingrijpende gevolgen kan hebben voor cliënten en het adviesrecht van de cliëntenraad van belang is voor de curator. Aanbevolen wordt het adviesrecht in faillissement te verankeren in de Wmcz.

1. Inleiding

Op 21 mei 2019 is het wetsvoorstel Wet medezeggenschap cliënten zorg 2018 (Wmcz 2018) door de Eerste Kamer als hamerstuk aangenomen.² In deze wet is geregeld dat een zorginstelling een cliëntenraad moet instellen die onder meer het recht heeft advies uit te brengen over een aantal limitatief opgesomde voorgenomen besluiten. Dit adviesrecht van de cliëntenraad is momenteel opgenomen in de ('huidige') Wmcz, de wet die sinds 1996 de medezeggenschap van de cliëntenraad regelt.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wmcz 2018 werd geen enkele keer gesproken over de positie van de cliëntenraad in het faillissement van een zorginstelling.³ Dit is opmerkelijk, omdat tijdens het wetgevingsproces verschillende zorginstellingen failliet gingen.⁴

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: A.G.H. Klaassen, H.J. de Kloe & S.A. Jansen, 'Medezeggenschap in faillissement: ook een adviesrecht voor de cliëntenraad?', *TvI 2020/5*. Ageeth Klaassen is universitair docent ondernemings- en gezondheidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij is lid van een raad van commissarissen in de eerstelijnsgezondheidszorg. Erik de Kloe is wetenschappelijk docent ondernemings- en faillissementsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Susanne Jansen heeft recent de masters Arbeidsrecht en Ondernemingsrecht afgerond aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en is thans juridisch medewerker bij Yur Advocaten & Consultants.

2 Zie https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34858_wet_medezeggenschap_clienten?zoekrol=vgh5mt4dsdk1. Het wetsvoorstel is op 20 november 2018 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Zie voor de tekst *Stb.* 2019, 215. Op 1 juli 2020 treedt de wet waarschijnlijk in werking.

3 De enige opmerking die gaat over de cliëntenraad en dat de instelling failliet gaat staat in: *Handelingen II 2017/18*, 108 item 3. Waarschijnlijk doet Tweede Kamerlid Hijink daar ook op met zijn opmerking 'gezien het fiasco in Slotervaart. Daar was namelijk bij uitstek meer inspraak en meer zeggenschap van patiënten nodig geweest'. Zie *Handelingen II 2017/18*, 24 item 20.

4 Zie bijvoorbeeld *Skipr Redactie*, Thuiszorgorganisatie Joost Zorgt failliet, 6 februari 2019; *Skipr Redactie*, Wijkverpleging in Amersfoort failliet, 18 januari 2019; *Skipr Redactie*, Just Care failliet, Mita Zorg neemt diensten over, 14 januari 2019; *Skipr Redactie*, Inspectie beëindigt aanwijzing failliet Bernadotte, 8 januari 2019; *Skipr Redactie*, Buurtzuster failliet verklaard, 24 december 2018; *Skipr Redactie*, PGZ neemt failliet Heuvelland over, 26 november 2018.

In 2018 gingen bijvoorbeeld de IJsselmeerziekenhuizen en het Slotervaartziekenhuis failliet.⁵ Een deel van de activiteiten van de IJsselmeerziekenhuizen zijn voortgezet door St. Jansdal. Hierover is door de curatoren advies gevraagd aan de cliëntenraad.⁶ Een ander voorbeeld uit de GGZ-sector is de overname van Victas door Arkin in 2016. Na het faillissement van Victas heeft de cliëntenraad (en de ondernemingsraad) over deze overname positief geadviseerd.⁷ In de thuiszorgsector heeft TSN in 2011 de failliete TZG overgenomen. Ook in dit geval heeft de curator de cliëntenraad (en de ondernemingsraad) in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over de overname.⁸

In de praktijk komt het dus voor dat de curator de cliëntenraad betreft bij de afwikkeling van de boedel. Het is de vraag of de curator verplicht is zich aan de Wmcz te houden en daarmee onder omstandigheden de wettelijke plicht heeft de cliëntenraad om advies te vragen.

Voor de ondernemingsraad heeft de Hoge Raad in de *DA*-beschikking overwogen dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft ten aanzien van bepaalde voorgenomen besluiten van de curator in faillissement. Het gaat dan om de verkoop van activa in het kader van voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming.⁹ Uit het op 29 mei 2019 gepubliceerde concept-wetsvoorstel 'Wet overgang van onderneming in faillissement' blijkt dat deze uitspraak van de Hoge Raad voor de ondernemingsraad wordt gecodificeerd door een toevoeging van lid 7 aan artikel 25 WOR, waarin het adviesrecht van de ondernemingsraad (buiten faillissement) staat.¹⁰

In deze bijdrage beantwoorden we de vraag of de cliëntenraad een adviesrecht heeft in het faillissement van een zorginstelling en of het wenselijk is een dergelijk adviesrecht wettelijk vast te leggen. Deze vraag wordt beantwoord door een vergelijking te maken met het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement naar huidig en komend recht.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 wordt de positie van de ondernemingsraad beschreven. Paragraaf 3 belicht het adviesrecht van de cliëntenraad buiten faillissement. In paragraaf 4 wordt ingegaan op de centrale vraag

5 Daarvoor waren al in 2013 het Ruwaard van Putten ziekenhuis en in 2014 ziekenhuis De Sionsberg failliet gegaan.

6 I. Willems, Cliëntenraad positief over doorstart IJsselmeerziekenhuizen, *De Stentor* 30 november 2018. De ondernemingsraad van het Slotervaartziekenhuis was ook positief over een doorstart. Deze is uiteindelijk niet doorgegaan. Zie *Skipr Redactie*, OR Slotervaart positief over doorstart, 11 november 2018.

7 *Aanhangsel Handelingen II 2015/16*, 2681.

8 *Kamerstukken II 2010/11*, 23235, nr. 93.

9 HR 2 juni 2017, *NJ 2017/453 (DA)*.

10 Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement). Zie https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

van deze bijdrage, namelijk of de cliëntenraad een adviesrecht heeft in geval van faillissement. Paragraaf 5 heeft betrekking op de vraag of de positie van de cliëntenraad eventueel op een andere wijze wordt ingevuld en/of gewaarborgd. In paragraaf 6 wordt een eventuele wettelijke vastlegging uitgewerkt. Paragraaf 7 bevat de conclusie.

2. Positie van de ondernemingsraad

2.1 Adviesrecht van de ondernemingsraad

Op grond van artikel 2 WOR moet de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn een ondernemingsraad instellen. Uit artikel 1 WOR volgt dat een ondernemer de natuurlijk persoon of rechtspersoon is die een onderneming in stand houdt. Artikel 23 lid 4 WOR bepaalt dat het overleg met de ondernemingsraad namens de ondernemer wordt gevoerd door de bestuurder van de onderneming. Hoewel een bestuurder in de zin van de WOR vaak ook bestuurder is in de zin van Boek 2 BW, is dat niet noodzakelijkerwijs het geval.¹¹ De bestuurder is volgens artikel 1 WOR degene die alleen of samen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid.¹²

De ondernemingsraad heeft het recht te adviseren over een voorgenomen besluit ten aanzien van de in artikel 25 lid 1 WOR limitatief opgesomde¹³ aangelegenheden. De in lid 1 opgenomen aangelegenheden betreffen onder meer de overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (sub a) en beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan (sub c). In de overige leden van artikel 25 WOR is de procedure opgenomen die in acht genomen moet worden bij een adviesaanvraag.

Het voorgenomen besluit moet schriftelijk aan de ondernemingsraad worden voorgelegd op een zodanig tijdstip dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit (lid 2). De ondernemer moet een overzicht verstrekken van de beweegredenen voor het besluit, de gevolgen van het besluit voor de werknemers en de maatregelen die naar aanleiding van deze gevolgen worden genomen (lid 3). Voordat de ondernemingsraad advies uitbrengt, moet ten minste éénmaal een overlegvergadering plaatsvinden waarin het voorgenomen besluit wordt besproken (lid 4). Zodra het besluit wordt genomen, moet dat worden meegedeeld aan de ondernemingsraad. Indien het besluit afwijkt van het advies van de ondernemingsraad, moet de ondernemer onderbouwen waarom van het advies is afgeweken (lid 5). Ook moet de ondernemer een opschortingstermijn van

een maand in acht nemen indien het besluit afwijkt van het advies (lid 6).

Gedurende de opschortingstermijn kan de ondernemingsraad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK) wanneer het besluit niet in overeenstemming is met het advies.¹⁴ Ook als in het geheel geen advies is gevraagd aan de ondernemingsraad, heeft hij de mogelijkheid beroep in te stellen tegen het besluit. In dat geval is het besluit immers eveneens niet in overeenstemming met het advies.¹⁵ Als geen advies is gevraagd of als de procedure van artikel 25 WOR niet is gevolgd, kan de ondernemingsraad er op grond van artikel 36 WOR ook voor kiezen de kantonrechter te verzoeken om te bepalen dat de ondernemer de WOR naleeft. De ondernemingsraad wordt niet ontvankelijk verklaard indien hij voor of tijdens de procedure bij de kantonrechter beroep instelt bij de OK (artikel 36 lid 3 WOR). Voorts kan de ondernemingsraad niet terecht bij de kantonrechter als de ondernemer advies heeft gevraagd en de procedure van artikel 25 WOR heeft nageleefd, maar een besluit neemt dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad.¹⁶

2.2 Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement

In de literatuur werd eensluidend het standpunt ingenomen dat de ondernemingsraad gedurende het faillissement van de ondernemer in stand blijft.¹⁷ Over de vraag of de ondernemingsraad tijdens faillissement adviesrecht heeft, had de Hoge Raad zich voor de DA-beschikking uit 2017 niet uitgelaten. Wel oordeelde de Hoge Raad in de YVC *Ijsselwerf*-beschikking dat het besluit om surseance van betaling aan te vragen niet adviesplichtig is. Ten overvloede overwoog de Hoge Raad dat het adviesrecht van artikel 25 WOR gedurende de surseance van betaling in stand blijft.¹⁸ Uit deze beschikking werd in de literatuur wel afgeleid dat ook de Hoge Raad van oordeel was dat de ondernemingsraad tijdens faillissement adviesrecht heeft.¹⁹

Desondanks oordeelde de OK in de DA-beschikking dat de ondernemingsraad tijdens faillissement geen adviesrecht heeft, omdat het adviesrecht moeilijk te rijmen is met het faillissementsrecht. De mogelijkheden die de curator heeft zijn beperkt vanwege de noodlijdende toestand van de onderneming. Daarnaast moet de curator weliswaar de belangen van werknemers meewegen bij de uitoefening van zijn taak, maar het behalen van een zo hoog mogelijke op-

11 J.J.M. van Mierlo, *GS Rechtspersonen*, 'art. 1 WOR', aant. 3 (laatst bijgewerkt: 1 december 2018).

12 Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de filiaalchef bestuurder is in de zin van de WOR, terwijl dezelfde filiaalchef geen statutair bestuurder is. Zie *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1'* 2015/614.

13 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 613.

14 Zie bijvoorbeeld voor de zorgsector: Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014, *JOR* 2014/129, m.nt. L.G. Verburg (*Fundis*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 december 2014, *JAR* 2015/51, m.nt. I. Zaal (*Medisch Diagnostisch Centrum Amstelland*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 2016, *JAR* 2016/108, m.nt. R.H. van het Kaar (*Reinier Haga Groep*).

15 Hof Amsterdam 1 mei 1980, *NJ* 1981/271 (*Linge Ziekenhuis*).

16 Houweling 2018, p. 636.

17 Zie par. 4.25 en de verwijzingen in voetnoot 66 van de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (*DA*).

18 HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

19 Zie o.a. P.A.M. Witteveen & I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *TAO* 2016, afl. 3, p. 86-96 en de noot van S.C.J.J. Kortmann onder de YVC *Ijsselwerf*-beschikking in *JOR* 2001/146.

brengt voor de schuldeisers is voor de curator leidend. De OK was daarom van oordeel dat het zeer de vraag is of een advies van de ondernemingsraad van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Ook de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR verdraagt zich slecht met het faillissement.²⁰

In cassatie vernietigde de Hoge Raad de beschikking van de OK. De Hoge Raad overweegt dat de curator tijdens het faillissement bevoegdheden van de ondernemer uitoefent en als zodanig op een lijn kan worden gesteld met de ondernemer in de zin van de WOR. Daarnaast kan de curator aangemerkt worden als bestuurder in de zin van de WOR, namelijk als hij alleen of samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. De curator moet zich daarom houden aan de WOR.

De Hoge Raad brengt ten aanzien van het adviesrecht wel twee belangrijke beperkingen aan. In de eerste plaats is het adviesrecht alleen van toepassing als de curator activa verkoopt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming. Is het handelen van de curator uitsluitend gericht op liquidatie, dat wil zeggen stuksgewijze verkoop van de activa, dan heeft de ondernemingsraad geen adviesrecht. De tweede beperking is dat de curator mag afwijken van de formele vereisten van artikel 25 lid 2 tot en met lid 6 WOR²¹ als de omstandigheden van het geval dit vergen. Daarbij dienen de ondernemingsraad en de curator zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.²²

In de literatuur verschenen naar aanleiding van de DA-beschikking van de Hoge Raad, is veel kritiek geuit op de eerstgenoemde beperking dat het adviesrecht uitsluitend van toepassing is bij een doorstart of voortzetting van de onderneming.²³ Beargumenteerd wordt dat de grens tussen enerzijds doorstart en voortzetting en anderzijds liquidatie niet altijd duidelijk te trekken is.²⁴ Daarnaast is de mening van de ondernemingsraad over de vraag of liquidatie de meest aangewezen weg is om het faillissement af te wikken waardevol voor de curator. De curator moet immers op korte termijn en met een forse informatieachterstand een besluit nemen over de wijze waarop hij de boedel afwikkel, terwijl de ondernemingsraad in de regel goed bekend is met

de onderneming.²⁵ Tot slot stelt Bouwens dat de beperking van het adviesrecht geen wettelijke basis heeft, terwijl medezeggenschap van werknemers een fundamenteel democratisch recht is en er geen zwaarwegende gronden zijn om het adviesrecht te beperken.²⁶

Aan de tweede beperking die de Hoge Raad noemt, dat afgeweken mag worden van de formele vereisten van artikel 25 lid 2 tot en met 6 WOR als de omstandigheden van het geval dit vergen, is in verschillende bijdragen in de literatuur een nadere uitwerking gegeven.²⁷ Zo zou mogen worden afgeweken van het vereiste van lid 2 dat het te nemen besluit schriftelijk aan de ondernemingsraad moet worden voorgelegd,²⁸ kan de curator volstaan met een korte toelichting op het voorgenomen besluit (lid 3) en een summier motivering waarom is afgeweken van het adviesrecht (lid 5)²⁹ en hoeft de curator onder omstandigheden geen opschortingstermijn in acht te nemen³⁰ of kan deze termijn worden beperkt tot (minimaal) drie³¹ of vijf³² dagen. Naar onze mening kan – afhankelijk van de omstandigheden – soepel worden omgegaan met de procedurele vereisten, maar blijft ook in faillissement gelden dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het (voor zover mogelijk) van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.³³ Wordt het advies op een later tijdstip gevraagd, dan is het adviesrecht een lege huls.

Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt dat het beroepsrecht van artikel 26 WOR tijdens faillissement in stand blijft. In een procedure op grond van artikel 26 WOR is procesvertegenwoordiging verplicht (artikel 79 Rv). In beginsel komen de kosten voor het voeren van rechtsgedingen voor rekening van de ondernemer (artikel 22 WOR). Daarnaast kan de ondernemingsraad niet in de proceskosten worden veroordeeld (artikel 22a WOR). Aangenomen dat de kosten van de ondernemingsraad een boedelvordering opleveren in faillissement,³⁴ levert dit een spanningsveld op. Enerzijds is het van belang dat de rechten van de ondernemingsraad afdwingbaar zijn, terwijl het anderzijds in het belang van de schuldeisers is dat de boedelkosten zo laag mogelijk worden

20 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286, r.o. 3.6.
 21 Anders dan Witteveen en Zaal menen wij dat 2-6 niet 2 tot 6, maar 2 tot en met 6 betekent. Zie P.A.M. Witteveen & I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart (ii): toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart', *TAO* 2017, afl. 3, p. 156.
 22 HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (DA).
 23 Anders: E.S. Ebels in zijn annotatie in *JIN* 2017/115.
 24 Zie de annotaties bij de DA-beschikking van de Hoge Raad van I. Zaal in *TRA* 2017/75; B.I. Kaaijpoel & S. Jellinghaus in *Ondernemingsrecht* 2017/121 en P. Hufman in *Tvl* 2017/27. Zie verder Witteveen & Zaal 2017, p. 153-158.

25 W.H.A.C.M. Bouwens in zijn annotatie bij de DA-beschikking van de Hoge Raad in *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2019, afl. 1, p. 24. Zie ook Ph.W. Schreurs, 'De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (INSOLAD Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 109-110, die meent dat een curator in ieder geval overleg moet hebben met de ondernemingsraad voordat besloten wordt tot liquidatie.
 26 Bouwens 2019, p. 23-25.
 27 Zie, naast de hierna vermelde bronnen, ook S.H.J. Hogendoorn & C.R.R. Cederburg, 'De toepassing van het adviesrecht bij een doorstart na faillissement', *TAP* 2018/317.
 28 Schreurs 2019, p. 113.
 29 Witteveen & Zaal 2017, p. 156; Bouwens 2018, p. 28.
 30 Hufman 2017/27 en Witteveen & Zaal 2017, p. 156-157.
 31 Schreurs 2018, p. 115.
 32 Conclusie A-G Hartlief vóór HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (DA), par. 5.11.
 33 Schreurs 2018, p. 155. Kennelijk anders: Hufman 2017/27.
 34 De Hoge Raad overweegt dit niet met zoveel woorden, maar in de literatuur wordt dit wel aangenomen. Zie onder meer de annotatie van E.S. Schepels in *JIN* 2017/115; J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: licht in de duisternis!', *FIP* 2017/278; Witteveen & Zaal 2017, p. 157

gehouden. In het hierna te bespreken concept-wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement wordt dit spanningsveld (deels) weggenomen.

2.3 Concept-wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

Eind mei 2019 is het concept-wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (hierna: Concept-wetsvoorstel) ter consultatie gepubliceerd.³⁵ Zoals reeds blijkt uit de naam van het Concept-wetsvoorstel,³⁶ beoogt het voorstel de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement wettelijk te regelen. Daarnaast bevat het Concept-wetsvoorstel een regeling voor de positie van de ondernemingsraad in (aanloop naar een) faillissement. Als de ondernemer surseance van betaling aanvraagt of een faillissementsaanvraag doet, moet een afschrift van de aanvraag naar de ondernemingsraad worden gezonden. Doet een schuldeiser een faillissementsverzoek, dan moet een afschrift van dat verzoek aan de ondernemingsraad worden verstrekt als de ondernemer voorziet dat het aannemelijk is dat de rechtbank hem in staat van faillissement zal verklaren (artikel 31g WOR (nieuw)).

Het Concept-wetsvoorstel bevat ook regels voor het adviesrecht in faillissement. Aan artikel 25 WOR wordt een zevende lid toegevoegd, waarin is opgenomen dat de curator advies moet vragen aan de ondernemingsraad over een in artikel 25 lid 1 WOR genoemd voorgenomen besluit dat samenhangt met de voortzetting van de onderneming in faillissement. Daarnaast moet de curator advies vragen over een voorgenomen besluit tot overgang van een onderneming die tot de boedel behoort. In het Concept-wetsvoorstel blijft het adviesrecht dus beperkt tot de voortzetting of doorstart, met dien verstande dat het adviesrecht beperkt is tot doorstarts die kwalificeren als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Hiermee lijkt het bezwaar tegen de beschikking van de Hoge Raad dat het onderscheid tussen doorstart en liquidatie niet altijd makkelijk te maken is te worden weggenomen.

Toch is het naar onze mening niet gelukkig dat het adviesrecht van de ondernemingsraad op deze wijze wordt beperkt. Onzes inziens is het van belang dat de curator het standpunt van de ondernemingsraad meeweegt bij het voor werknemers zeer ingrijpende besluit om de onderneming te staken. Daarbij komt dat een activatransactie zo vormgegeven kan worden dat een verkoop niet kwalificeert als

overgang van onderneming.³⁷ Juist in zo'n geval is het van belang dat werknemers inspraak hebben voordat een dergelijk besluit wordt genomen.

Artikel 25 lid 7 WOR (nieuw) sluit toepassing van het beroepsrecht van artikel 26 WOR uit. Uiteraard hoeft de curator daarmee ook de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR niet in acht te nemen. Nu toepassing van de algemene geschillenregeling van artikel 36 WOR niet is uitgesloten in het Concept-wetsvoorstel, blijft het in faillissement mogelijk om al dan niet in kort geding een procedure te starten bij de kantonrechter als de curator ten onrechte geen advies vraagt aan de ondernemingsraad.

Daarnaast wordt in de Faillissementswet aanvullende rechtsbescherming geboden aan de ondernemingsraad. Op grond van artikel 176 Fw heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris voordat hij activa onderhands verkoopt. Kwalificeert de activatransactie als overgang van onderneming, dan moet de rechter-commissaris op grond van artikel 176a Fw (nieuw) de ondernemingsraad horen voordat hij toestemming geeft voor de transactie. Hiermee is naar onze mening – op een wijze die goed aansluit bij het faillissement – gewaarborgd dat de curator het adviesrecht serieus neemt. Een extra waarborg is gelegen in de mogelijkheid van de ondernemingsraad om, vanaf het moment dat de rechter-commissaris de toestemming verleent, gedurende vijf dagen in beroep te gaan bij de rechtbank tegen het besluit van de rechter-commissaris om toestemming te verlenen voor de verkoop (artikel 67 lid 3 en 4 Fw (nieuw)).

3. Adviesrecht van de cliëntenraad buiten faillissement

3.1 Wmcz

De Wmcz kent anders dan de WOR, die geldt vanaf vijftig werknemers, geen instellingsgrens. De verplichting tot het instellen van een cliëntenraad is onafhankelijk van het aantal cliënten (artikel 2 Wmcz). Het huidige artikel 3 Wmcz bevat een opsomming van onderwerpen waarover in elk geval advies van de cliëntenraad nodig is. Onderwerpen die in faillissement relevant zijn betreffen bijvoorbeeld besluiten die betrekking hebben op het overdragen van zeggenschap, de gehele of gedeeltelijke opheffing van de instelling en een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden.

Zoals ook geldt voor het adviesrecht van de ondernemingsraad, moet het advies gevraagd worden op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit (artikel 3 lid 2 Wmcz). Voor de onderwerpen die staan in

35 https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

36 De officiële naam van het concept-wetsvoorstel is 'Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement'.

37 Op p. 6 van hun reactie op de internetconsultatie van het Concept-wetsvoorstel d.d. 26 augustus 2019 geven FNV, CNV en VCP aan te vrezen dat dit te verwachten is. Zie naar aanleiding van Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3094 E.K.W. van Kampen, 'Overgang van onderneming in de taxibranche: een bespreking van de zaak Connexion/Bios', *ArbeidsRecht* 2017/18 voor een mogelijk voorbeeld: 'Ik sluit niet uit [dat] Connexion met haar handelwijze in feite heeft willen voorkomen dat zij een wezenlijk deel van het personeel qua aantal en deskundigheid zou overnemen en daarmee een overgang van onderneming zou bewerkstelligen.'

lid 1 onder a t/m g geldt dat de zorgaanbieder in beginsel uitsluitend een besluit kan nemen dat afwijkt van het uitgebrachte advies, nadat daarover ten minste eenmaal met de cliëntenraad is overlegd (artikel 4 lid 1 Wmcz). De zorgaanbieder doet van een besluit waarover de cliëntenraad schriftelijk advies heeft uitgebracht, schriftelijk, en voor zover hij van het advies afwijkt onder opgave van redenen, mededeling aan de cliëntenraad (artikel 4 lid 3 Wmcz). Wanneer het besluit van de zorgaanbieder niet in overeenstemming is met het advies, kan de cliëntenraad hiertegen niet in beroep gaan. Anders dan het adviesrecht van de ondernemingsraad, is het adviesrecht van de cliëntenraad in deze gevallen niet versterkt met een beroepsmogelijkheid in de Wmcz.³⁸ Voor de onderwerpen in artikel 3 lid 1 onder i t/m m, die zien op de leefsituatie van cliënten, geldt een zogenoemd verzwaard adviesrecht. Dit betekent dat de zorgaanbieder geen besluit mag nemen dat afwijkt van het uitgebrachte advies, tenzij de commissie van vertrouwenslieden heeft vastgesteld dat de zorgaanbieder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voornemen heeft kunnen komen (artikel 4 lid 2 Wmcz).³⁹ Een besluit van de zorgaanbieder, genomen in strijd met dit tweede lid, is nietig, als de cliëntenraad hierop (binnen een maand) schriftelijk tegenover de zorgaanbieder een beroep doet (artikel 4 lid 4 Wmcz).

Wanneer de cliëntenraad niet om advies wordt gevraagd, kan de cliëntenraad dit voorleggen aan de commissie van vertrouwenslieden.⁴⁰ Door middel van een enquêteprocedure kan de cliëntenraad (als een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt) de gang van zaken ook door de Ondernemingskamer laten toetsen.⁴¹

3.2 Wmcz 2018

De Wmcz 2018 gaat, in tegenstelling tot het huidige recht, wel een instellingsgrens hanteren. Een zorgaanbieder dient onder de Wmcz 2018 een cliëntenraad in te stellen als er meer dan tien, of voor aanbieders van bepaalde vormen van ambulante zorg vijftientig, natuurlijke personen binnen de instelling zorg verlenen.⁴²

Naar toekomstig recht is het adviesrecht van de cliëntenraad neergelegd in artikel 7 Wmcz 2018. De in faillissement van belang zijnde onderwerpen waarover op grond van de huidige Wmcz advies moet worden gevraagd aan de cliëntenraad zijn ook opgenomen in artikel 7 Wmcz 2018,

met dien verstande dat de adviesplichtige besluiten in het nieuwe artikel anders zijn verwoord. Ook in de Wmcz 2018 moet het advies op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit, moet eerst overlegd worden met de cliëntenraad voordat van zijn advies wordt afgeweken, dient de instelling de redenen te noemen bij afwijking van het advies en is geen beroepsmogelijkheid toegekend aan de cliëntenraad wanneer de instelling afwijkt van het advies.⁴³ Wanneer de cliëntenraad niet om advies wordt gevraagd, kan de cliëntenraad dit voorleggen aan de commissie van vertrouwenslieden.⁴⁴

Waar in de huidige Wmcz een verzwaard adviesrecht geldt voor bepaalde onderwerpen, geldt onder de Wmcz 2018, naast de adviesrechten op grond van artikel 7 Wmcz 2018, een instemmingsrecht op grond van artikel 8 Wmcz 2018. Wij laten dit verder buiten beschouwing omdat dit niet relevant is voor de beantwoording van de centrale vraag.

De vraag is, of het (wettelijk) adviesrecht van de cliëntenraad, naar huidig en toekomstig recht, ook geldt in geval van faillissement van de zorginstelling. Deze vraag is, voor zover ons bekend, tot nu toe, niet besproken in de literatuur.

4. Adviesrecht van de cliëntenraad in faillissement?

Voor de ondernemingsraad is inmiddels duidelijk dat artikel 25 WOR, zoals lid 1 onder a en c,⁴⁵ ook geldt in faillissement, weliswaar onder voorwaarden.⁴⁶ De vraag is of artikel 3 Wmcz en/of artikel 7 Wmcz 2018 ook gelden c.q. gaan gelden in geval van faillissement.

4.1 Wmcz-verplichtingen

De eerste vraag is op wie de plichten rusten die verbonden zijn aan artikel 3 Wmcz en artikel 7 Wmcz 2018. Volgens artikel 3 Wmcz stelt de zorgaanbieder de cliëntenraad in gelegenheid advies uit te brengen. In artikel 7 Wmcz 2018 is dat de instelling.

4.1.1 Wmcz

De zorgaanbieder is volgens de huidige Wmcz een rechtspersoon (of natuurlijk persoon) die een instelling in stand houdt.⁴⁷ Een instelling is een instelling in de zin van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) of een elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin gezondheidszorg wordt verleend en dat wordt gefinancierd op de in de wet genoemde wijze, bijvoorbeeld op grond van de Zorgverzekeringswet (Zvw) of de Wet langdurige zorg (Wlz).⁴⁸

38 G.W. van der Voet, Commentaar op Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 en 10 (Arbeidsrecht), Sdu 2017, C.4.2. Wel kan de cliëntenraad, indien de raad is aangewezen als orgaan dat de cliënten vertegenwoordigt in de zin van art. 6.2 Uitvoeringsbesluit, een verzoek tot enquête doen.

39 Zie ook art. 10 lid 1 onder b Wmcz.

40 Art. 10 lid 1 onder a Wmcz. Zie Sijmons/Leferink, *T&C Gezondheidsrecht*, commentaar op art. 10 Wmcz (laatst bewerkt op 1 juli 2019).

41 Art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi. De OK heeft in de Meavita-beschikking geconcludeerd dat het bestuur ten onrechte niet het advies van de cliëntenraad (en de ondernemingsraad) had gevraagd. In dit geval diende dit als achtergrondinformatie, omdat het niet de onderzoeksperiode betrof. Zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 (Meavita), r.o. 11.14.

42 Art. 3 lid 1 Wmcz 2018 (nieuw). De bepaalde vormen van ambulante zorg wordt aangewezen bij AMvB.

43 Wanneer de Wmcz 2018 in werking treedt, heeft de cliëntenraad op grond van de wet het enquêterecht, zie art. 12 Wmcz 2018.

44 Art. 14 lid 3 onder a Wmcz 2018.

45 HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (DA), r.o. 3.3.4.

46 HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (DA), r.o. 3.3.5.

47 Art. 1 lid 1 onder c Wmcz. Dit geldt ook voor rechtspersonen of natuurlijke personen die gezamenlijk een instelling in stand houden.

48 Zie voor de volledige definitie art. 1 lid 1 onder b Wmcz. De verslavingszorg wordt buiten beschouwing gelaten.

In de huidige Wmcz ontbreekt het begrip bestuurder, zoals de WOR dat wel kent.⁴⁹ Door het ontbreken van het begrip bestuurder in de Wmcz is onduidelijk wie namens de zorgaanbieder het overleg moet voeren met en advies moet vragen van de cliëntenraad. De wetsgeschiedenis geeft hierover geen duidelijkheid.⁵⁰ Volgens Van der Voet kan daarbij in aansluiting op het bestuurdersbegrip van de WOR worden gedacht aan de persoon die rechtstreeks de hoogste leiding binnen de instelling uitoefent, mits deze persoon bevoegd is ten aanzien van in ieder geval een (belangrijk) deel van de onderwerpen genoemd in artikel 3 lid 1 Wmcz.⁵¹ Uit de uitspraken van de Landelijke Commissie van Vertrouwenslieden (LCvV) blijkt dat het de bestuurder of een directeur is die de Wmcz uitvoert.⁵²

In faillissement blijft de zorgaanbieder bestaan zolang de boedel niet is afgewikkeld.⁵³ Nu de curator op grond van artikel 23 Fw het beheer en de beschikking over het vermogen van de zorgaanbieder overneemt van het bestuur, is de curator degene die rechtstreeks de hoogste leiding binnen de instelling uitoefent.⁵⁴ Daarnaast kan met een beroep op de DA-beschikking van de Hoge Raad worden gesteld dat de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de zorgaanbieder uitoefent en als zodanig op een lijn gesteld kan worden met de zorgaanbieder in de zin van de Wmcz. Daarom dient de curator in onze ogen de Wmcz na te leven.

4.1.2 Wmcz 2018

Volgens artikel 7 Wmcz 2018 stelt de instelling de cliëntenraad in gelegenheid advies uit te brengen. De instelling in de Wmcz 2018 is een instelling als bedoeld in artikel 1 lid 1 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).⁵⁵ Volgens de Wkkgz is de instelling een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen, alsmede een natuurlijke persoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen. In de Wmcz 2018 ontbreekt eveneens een definitie van het begrip bestuurder.⁵⁶ Uit de memorie van toelichting blijkt dat de instelling⁵⁷ verant-

woordelijk is voor de naleving van de wettelijke bepalingen. Dit betekent dat zowel een bestuur (van bijvoorbeeld een stichting) als een directeur namens de instelling uitvoering kan geven aan de verplichting om advies (of instemming) te vragen over besluiten die de instelling raken.⁵⁸ De Wmcz 2018 behelst dus geen (materiële) verandering in degene die verantwoordelijk is voor de naleving van de wet. Ook de Wmcz 2018 moet naar onze mening daarom nageleefd worden door de curator.

4.2 Vergelijking ondernemingsraad en cliëntenraad

De tweede vraag is of er (princiële) verschillen zijn tussen de WOR en de Wmcz/Wmcz 2018 die zouden moeten leiden tot een verschil in beantwoording van de vraag of adviesrecht van de cliëntenraad in faillissement wenselijk is.

Een overeenkomst is dat het adviesrecht in de Wmcz/Wmcz 2018 en de WOR hetzelfde doel beogen. Het adviesrecht heeft tot doel om de cliënten c.q. de werknemers invloed te geven op de dienstverlening c.q. de onderneming. In de memorie van toelichting (MvT) bij de WOR staat:

‘de werknemers missen voldoende mogelijkheden om op dit gebied hun zienswijze naar voren te brengen en vanuit hun positie deel te nemen aan het leven van de onderneming als geheel.’

Het gaat om ‘vergroting van hun medezeggenschap ten aanzien van het algemene ondernemingsbeleid’.⁵⁹

In de MvT bij de Wmcz staat dat het doel is ‘te waarborgen dat bij de zorgverlening in voldoende mate rekening wordt gehouden met de wensen en behoeften van de cliënten’.⁶⁰ De Wmcz beoogt ‘de cliënten van zorginstellingen die uit collectieve middelen worden gefinancierd, een afdwingbaar recht op medezeggenschap bij het besturen van die instellingen toe te kennen’.⁶¹

In de MvT bij de Wmcz 2018 staat dat ‘medezeggenschap een recht van de cliënt [is] dat ertoe bijdraagt dat de dienstverlening optimaal wordt afgestemd op zijn of haar wensen en behoeften’. Door de cliënt mee te laten spreken over de zorg, kan het bestuur afwegingen maken die aansluiten bij de wensen en behoeften van de cliënt.⁶²

Zijn de gevolgen van een faillissement voor een cliënt anders dan voor een werknemer? In de regel beëindigt de curator kort na de faillietverklaring de arbeidsovereenkomst met de werknemers op grond van artikel 40 Fw. Wordt geen doorstart gerealiseerd, dan verliest een werknemer zijn baan. Realiseert de curator een doorstart, dan is het mogelijk dat de doorstarter een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt aan de werknemer. Zowel het verliezen van een baan als het in dienst treden bij een andere werkgever is een ingrijpende verandering voor een werknemer. Het is daarom van

49 Art. 1 lid 1 onder e WOR: bestuurder: hij die alleen dan wel te zamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid.

50 Zie hierover G.W. van der Voet, *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*, Den Haag: Bju 2005, p. 96. Zie ook *Kamerstukken II 1992/93*, 23041, nr. 3, p. 13.

51 Van der Voet 2017, C.1.4. Zie ook H. van de Bovenkamp, P. Meurs & M. de Lint, ‘Gevarieerde medezeggenschap in zorginstellingen en bij zorgverzekeraars’, Instituut Beleid & Management Gezondheidszorg (IBMG), Erasmus Universiteit Rotterdam mei 2016, p. 12.

52 Zie <https://www.vertrouwenslieden.nl/uitspraken>.

53 Een WTZi-toelating vervalt niet automatisch als gevolg van faillissement, zie *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren* (van het Ministerie van VWS, Directie Markt en Consument) mei 2017, p. 16 (hierna: *Handreiking*).

54 Zie in het kader van de WOR Witteveen & Zaal 2016, p. 87. Vergelijk de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, waaronder de uitspraak van 13 februari 2013, *JOR 2013/157*, waar de Afdeling overweegt dat de curator, ‘wanneer en inrichting in de zin van de Wet milieubeheer onderdeel is van de boedel, uit hoofde van zijn bijzondere gezagsverhouding verantwoordelijk [is] voor de naleving van de voor die inrichting geldende milieuwetgeving’.

55 Art. 1 lid 1 onder c Wmcz 2018.

56 Dit geldt ook voor de Wkkgz.

57 Dit geldt voor elke rechtspersoon binnen een concern.

58 *Kamerstukken II 2017/18*, 34858, nr. 3, p. 39-40.

59 *Kamerstukken II 1969/70*, 10335, nr. 3, p. 10.

60 *Kamerstukken II 1992/93*, 23041, nr. 3, p. 3.

61 *Kamerstukken II 1992/93*, 23041, nr. 3, p. 8.

62 *Kamerstukken II 2017/18*, 34858, nr. 3, p. 9.

belang dat werknemers inspraak hebben in de persoon van de doorstarter en de voorwaarden waaronder een doorstart wordt gerealiseerd. Voor een cliënt geldt nooit dat hij zijn zorg verliest. Op grond van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet langdurige zorg (Wlz)⁶³ heeft de zorgverzekeraar c.q. de Wlz-uitvoerder een zorgplicht om zorg te leveren. Niettemin kan het faillissement van een zorginstelling voor een cliënt ingrijpende gevolgen hebben.⁶⁴ Dit komt duidelijk naar voren in het voorwoord bij het rapport van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) naar aanleiding van het faillissement van het Slotervaartziekenhuis. De inspecteur-generaal van de IGJ schrijft in dat voorwoord:

‘Zorg is onlosmakelijk verbonden met emoties: angst, soms verdriet en verlies, soms vreugde. Zorg draait om vertrouwen, en patiënten ervaren zorg vaak als beter wanneer zij die krijgen op een vertrouwde plek, met vertrouwde gezichten. Door het faillissement is de plek waar al die herinneringen en emoties zijn opgebouwd en waar patiënten met vertrouwen naar toe gingen, verdwenen. Voor velen van hen was dat pijnlijk.’⁶⁵

Als de curator de werkzaamheden van een zorginstelling beëindigt of overdraagt, dan kan dat in het geval van kortdurende zorg in een ziekenhuis betekenen dat cliënten een ziekenhuis op een andere locatie moeten bezoeken en door een andere specialist worden behandeld.⁶⁶ In geval van langdurige zorg kan het zelfs gaan om een verhuizing of ander verzorgingsteam.⁶⁷ Veel cliënten hechten aan een vertrouwde omgeving.

Een vraag is hierbij in hoeverre de curator in geval van faillissement met de belangen van cliënten rekening dient te houden. Als het voor de curator niet mogelijk of toegestaan is om met de belangen van cliënten rekening te houden, dan is het wellicht ook niet zinvol om in faillissement een adviesrecht toe te kennen aan de cliëntenraad. Mag de curator wel rekening houden met belangen van cliënten, dan hangt de mate waarin en wijze waarop hij dit zou moeten doen af van de omstandigheden van het geval.

Hoewel de curator in de eerste plaats moet streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers,⁶⁸ blijkt uit Sigmacon II dat de curator ook rekening

heeft te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.⁶⁹ Dit is bevestigd in Maclou, waarin is overwogen dat de curator 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.⁷⁰ Uit Mobell blijkt dat het onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers.⁷¹ Ook in de literatuur wordt redelijk eenstemmig aanvaard dat de curator belangen van maatschappelijke aard moet meewegen bij de vervulling van zijn taak.⁷² De meningen zijn voornamelijk verdeeld over de vraag of de curator belangen van maatschappelijke aard voorrang mag verlenen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁷³

Voor cliënten gaat het dan vooral om de continuïteit van de onderneming, oftewel de zorgverlening.⁷⁴ Zorgverlening is een belang van maatschappelijke aard, omdat de zorgverlening een bijzondere maatschappelijke functie heeft. Mensen met een aandoening of beperking zijn veelal noodzakelijkerwijs op zorg aangewezen. Ziekenhuizen (of zorginstellingen) krijgen een nutsfunctie als zij monopolist worden (al dan niet in een bepaalde regio). Voor ambulance zorg, spoedeisende hulp, acute verloskunde, crisisopvang GGZ en Wlz-zorg is dit zelfs een publiek belang,⁷⁵ omdat het onthouden van deze vormen van zorg grote gezondheidsschade kan toebrengen.⁷⁶ In onze ogen dient de curator in het faillissement van een zorginstelling rekening te houden

63 Art. 11 Zvw. Zorgverzekeraars hebben de verplichting hun verzekerden prestaties in natura te leveren (onderdeel a) of de kosten van die prestaties te vergoeden (restitutie) (onderdeel b). Zie ook art. 4.2.1 Wlz. Voor de Wmo- en Jeugdhulp zijn dit de gemeenten, zie art. 2.1.1 lid 2 Wmo 2015 en art. 2.3 Jeugdwet.

64 Zie ook art. 3 lid 3 Wmcz 2018. Dit lid geldt voor instellingen die erop gericht zijn cliënten langdurig te laten verblijven.

65 IGJ, *Gevolgen faillissement MC Slotervaart vooraf onderschat – risico's voor goede en veilige zorg bij afbouw en overdracht van zorg*, Utrecht: november 2019, p. 5.

66 Dit was bijvoorbeeld aan de orde bij het faillissement van MC IJsselmeerziekenhuizen, Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Faillement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: december 2019, p. 47.

67 Een cliënt is nooit verplicht om tegen zijn zin over te gaan naar een nieuwe zorgaanbieder. Zie Handreiking 2017, p. 18.

68 O.a. HR 5 maart 1920, NJ 1920, p. 343 en HR 23 december 1994, NJ 1996/628 (Notarissen THB II), r.o. 4.3.2.

69 HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon II).

70 HR 19 juni 1996, NJ 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

71 HR 19 december 2003, JOR 2004/61, m.nt. J.J. van Hees (Curatoren Mobell/Interplan).

72 Zie o.a. R.D. Vriesendorp, ‘De toekomst van de Faillissementswet’, *Tvl* 1996/afl. 5, p. 141-142; J.L.R.A. Huydecoper, ‘Andere zwaarwegende belangen’, in: M.L.S. Kalf, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 10; T.T. van Zanten, ‘Het voorontwerp Insolventiewet; doelstellingen, karakteristieken en hoofdrolspelers’, *Bb* 2008/28; B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 4223. Anders: I. Spinath, ‘Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang’, in: M.L.S. Kalf, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 99-106.

73 Dit is mogelijk volgens A. van Hees, ‘De faillissementscurator’, *AA* 2007, afl. 7/8, p. 621; A. van Hees, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen’, *Tvl* 2015/1 en F. Kemp, ‘Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef’, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedchapskist van de curator* (INSOLAD Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514. Volgens de in de vorige voetnoot genoemde bronnen is dit in beginsel niet mogelijk.

74 In Handreiking 2017, p. 3 staat: ‘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.’ Zie ook p. 15 van de Handreiking.

75 Zie Bijlage behorend bij Besluit beschikbaarheidbijdrage WMG (op grond van art. 56a Wmg). Zie over het verschil tussen het maatschappelijk belang en publiek belang A.G.H. Klaassen, ‘Vennootschappelijk belang en organisaties in de gezondheidszorg - een staaltje acrobatiek in de bestuurskamer?’, in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz, *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVO-serie deel 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 274-276.

76 Handreiking 2017, p. 9.

met de belangen van cliënten.⁷⁷ Onder omstandigheden is het naar onze mening mogelijk dat de belangen van cliënten bij bepaalde failliete zorginstellingen zo zwaar wegen dat deze voorgaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁷⁸ Is de gezondheid en veiligheid van patiënten in het geding, dan moet de curator op dat vlak de belangen van patiënten onzes inziens in beginsel laten voorgaan op het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁷⁹ Uiteraard moet de curator alsnog streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst van schuldeisers, maar onder de voorwaarde dat de kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten verzekerd is.

4.3 Wel of geen adviesrecht in faillissement?

Gelet op hetzelfde doel van de WOR en de Wmcz, dezelfde ingrijpende gevolgen voor werknemers en cliënten en het maatschappelijk belang van werkgelegenheid en zorgverlening waarmee de curator rekening dient te houden, pleiten wij ervoor dat de cliëntenraad ook een adviesrecht heeft in het faillissement van een zorginstelling. Het zou onze voorkeur hebben als de cliëntenraad ook een adviesrecht heeft bij liquidatie, maar gelet op de DA-beschikking van de Hoge Raad ligt het voor de hand om het adviesrecht van de cliëntenraad (uitsluitend) van toepassing te laten zijn in gevallen waarin de onderneming wordt voortgezet of doorgestart. De cliëntenraad kan de curator informeren over de voor de voortzetting en doorstart relevante informatie. Net zoals de ondernemingsraad heeft de cliëntenraad een goed beeld van de zorginstelling en weet hij wat er binnen de zorginstelling speelt.⁸⁰ De cliëntenraad kan daarbij de belangen van de cliënten voor het voetlicht brengen.

Het adviesrecht van de cliëntenraad is relevant, omdat de cliëntenraad kan adviseren over de vormen van zorgaanbod die in aanmerking komen voor de doorstart. St. Jansdal wilde bijvoorbeeld zoveel mogelijk medische specialisaties in Lelystad en Dronten handhaven met uitzondering van acute verloskunde en volwaardige spoedeisende hulp. De cliëntenraad kon hiermee instemmen. Gelet op de kosten was het niet reëel om deze laatste vormen van zorg in stand te houden, maar desondanks bleef veel van het zorgaanbod toch voor deze plaatsen behouden.⁸¹

Indien er meer overnamepartners zijn, kan de cliëntenraad ook adviseren welke overnamepartner het beste past bij de doelstelling of grondslag van de huidige organisatie. Dit laatste geldt waarschijnlijk vooral voor de langdurige zorg,

omdat het dan gaat om de directe leefomgeving van de cliënt.

Voor de cliëntenraad kan ook van belang zijn of de overnamepartner meer commercieel gericht is. In dat geval kan de vrees bestaan dat de focus dan gericht is op zorg waarmee op korte termijn (financiële) successen zouden zijn te boeken,⁸² terwijl andere vormen van zorg ook van belang zijn. Het is goed als dergelijke zorgen de curator bereiken. Dit niet omdat de curator af zou moeten zien van verkoop aan een meer commercieel gerichte doorstarter, maar wel zodat hij de zorgen van de cliëntenraad mee kan wegen in zijn besluitvorming.

Voor het slagen van een doorstart is het van belang dat de cliëntenraad bij de besluitvorming wordt betrokken. Het draagvlak onder cliënten voor een doorstart wordt hierdoor vergroot, waardoor cliënten zich makkelijker met de gewijzigde situatie zullen verenigen. Naar onze mening kan het draagvlak zelfs worden vergroot als de curator afwijkt van het advies van de cliëntenraad. Van belang is dan wel dat de curator in gesprek gaat met de cliëntenraad en duidelijk motiveert waarom hij van het advies afwijkt.

5. Zorgspecifieke fusietoets

Op 1 januari 2014 is de zorgspecifieke fusietoets in werking getreden.⁸³ De vraag is of deze zorgspecifieke fusietoets rechten geeft aan de cliëntenraad in faillissement en/of waarborgt dat de cliëntenraad zijn adviesrechten kan uitoefenen in geval van een doorstart uit faillissement. Zorgaanbieders mogen geen concentratie⁸⁴ aangaan zonder goedkeuring van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), zo staat in de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg). De aanvraag (voor het verkrijgen van de goedkeuring) dient vergezeld te gaan van een rapport met daarin een aantal inzichten, waaronder het oordeel en de aanbevelingen van cliënten (en personeel).⁸⁵ Zorgaanbieders die een concentratie tot stand willen brengen, dienen gezamenlijk goedkeuring te vragen aan de NZa.⁸⁶ Deze zorgspecifieke fusietoets is ook van toepassing wanneer een zorgaanbieder de activiteiten van een andere failliete zorgaanbieder wil overnemen.⁸⁷

De NZa kan, indien zij een redelijk vermoeden heeft dat zij haar goedkeuring niet zal onthouden, in spoedeisende gevallen een ontheffing verlenen van het verbod op concen-

77 Zie ook M. Driessse, 'Zorgaanbieders in financiële moeilijkheden', *Bb* 2012/57.

78 Vgl. Rb. Noord-Holland (vzr.) 15 augustus 2013, *JOR* 2014/23 en A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *Tvl* 2015/1.

79 Vergelijk het voorbeeld in Van Hees 2015 over het faillissement van een verzorgingstehuis. Zie in dit kader ook de aanbeveling van de Onderzoeksraad voor Veiligheid om het faillissementsrecht zodanig aan te passen dat de curator het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moet laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers, *Onderzoeksraad voor Veiligheid, Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: december 2019, p. 97.

80 Voor de ondernemingsraad: S.H.J. Hogendoorn & G.R.R. Cederburg, 'De toepassing van het adviesrecht bij een doorstart na faillissement', *TAP* 2018/317, p. 5-6.

81 I. Willems, *Clëntenraad positief over doorstart IJsselmeerziekenhuizen, De Stentor* 30 november 2018.

82 W.A. van Mourik, *Fusies en overnames in de zorgsector*, 8 december 2014, <https://www.curalegal.nl/fusies-en-overnames-in-de-zorgsector/>.

83 Art. 49a Wmg. Het concentratieverbod is niet van toepassing indien sprake is van een concentratie van slechts zorgaanbieders die in de regel door minder dan vijftig personen zorg doen verlenen. Wat betreft de grens van 50 is aangesloten bij de Wet op de ondernemingsraden. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 253, nr. 3, p. 29.

84 Het gaat om een concentratie als omschreven in de Mededingingswet.

85 Zie voor de volledige tekst, art. 49b Wmg, met name lid 2 onder g. Overigens geldt dit ook voor andere betrokkenen van zorgaanbieder.

86 Art. 49a lid 2 Wmg.

87 Zie bijv. de overname van de activiteiten van Centrum Wijkverpleging door Allertzorg, zie https://puc.overheid.nl/nza/doc/PUC_268080_22/1/.

tratie.⁸⁸ Indien de NZa een dergelijke ontheffing verleent, voert de NZa daarna niet alsnog een nadere toets op de voorgenomen concentratie uit.⁸⁹ Dreiging van een faillissement en dat een concentratie een faillissement kan voorkomen levert een spoedeisend geval op.⁹⁰ Dit geldt ook als een van de zorgaanbieders al failliet is verklaard.⁹¹

De NZa kan haar goedkeuring aan de beoogde concentratie van zorgaanbieder onthouden wanneer zorgaanbieders cliënten (en personeel) niet zorgvuldig bij het concentratieproces hebben betrokken.⁹² Wanneer de zorgaanbieder de medezeggenschapsregelingen (lees: Wmcz en WOR) schendt, heeft de zorgaanbieder cliënten (en personeel) niet op een zorgvuldige wijze betrokken bij het fusieproces.⁹³ Hoewel de zorgspecifieke fusietoets tot doel heeft extra kracht bij te zetten aan de betrokkenheid van cliënten (en personeel) en de component medezeggenschap te stimuleren,⁹⁴ gaat het om een zuiver procedurele toets. De NZa geeft geen inhoudelijk oordeel over de inbreng van cliënten.⁹⁵

Met het wetsvoorstel 34445 (Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg) komen de artikelen 49a tot en met 49d van de huidige Wmg te vervallen en worden deze vervangen door een nieuwe paragraaf aangaande het zorgspecifieke concentratietoezicht.⁹⁶ Het gevolg van dit wetsvoorstel is dat de toetsing zal worden overgeheveld van de NZa naar de Autoriteit Consument & Markt (ACM).⁹⁷ De inbreng van cliënten (en personeel en andere betrokkenen) blijft vereist.⁹⁸ Het blijft een procedurele toets voor wat betreft dit onderdeel.⁹⁹

88 Art. 49d lid 1 Wmg. Volgens K.D. Meersma, *T&C Gezondheidsrecht 2019*, commentaar op art. 49d Wmg, ontstaat een redelijk vermoeden door een speculatieve toetsing aan de weigeringsgronden van art. 49c lid 2 Wmg (betrokkenheid, oordeel en aanbevelingen van cliënten), omdat de cliëntenraden van de betrokken aanbieders naar zijn inzicht nog niet zullen zijn geconsulteerd.

89 Handreiking 2017, p. 19.

90 *Kamerstukken II 2011/12*, 33253, nr. 3, p. 31. Zie ook *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, nr. 3, p. 60.

91 Zie <https://www.nza.nl/actueel/nieuws/2016/04/21/overname-ggz-aanbieder-victas-door-arkin-stap-verder>.

92 Art. 49c lid 2 onder a Wmg.

93 Zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33253, nr. 3 p. 15 en p. 30.

94 *Kamerstukken II 2012/13*, 33253, nr. 6, p. 13. Volgens C.T. Dekker & J.G. Sijmons, 'Continuïteit van zorg en zorgspecifieke fusietoetsing', *TvGR 2013/37* gaat het nogal ver om hiervoor een extra toezichthouder in te schakelen.

95 *Kamerstukken II 2011/12*, 33253, nr. 3, p. 12. Negatieve adviezen van de cliënten vergen wel een duidelijke(r) onderbouwing van het doel en de gevolgen van concentratie. Zie Dekker & Sijmons *TvGR 2013/37*.

96 De reikwijdte zal worden aangepast. Het begrip 'zorgaanbieder' wordt bijvoorbeeld niet meer gebruikt, maar wordt uitgegaan van een onderneming in de zin van de Mw die onderdeel vormt van een concentratie. Met dit wetsvoorstel wordt ook de huidige drempel vervangen door een drempelbedrag voor de omzet.

97 Zie hierover *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, nr. 3 p. 18 en p. 22.

98 Art. 49b lid 2 onder f Wmg (nieuw).

99 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, nr. 3 p. 23. Dit wetsvoorstel voorziet in de aanvullende mogelijkheid om de ACM een voorgenomen concentratie te laten toetsen op nadere bij ministeriële regeling te bepalen eisen (art. 49b lid onder h Wmg (nieuw)). Bij deze eisen gaat het om in de zorg te waarborgen publieke belangen. Zie ook art. 49b lid 2 onder a Wmg (nieuw). De afgewogen alternatieven voor de concentratie moeten ook in de effectrapportage worden genoemd.

Hieraan verandert dus niets. Wat wel verandert is de toets die de ACM moet aanleggen in spoedeisende gevallen. De eis dat sprake is van een redelijk vermoeden, komt te vervallen.¹⁰⁰

De vraag is of deze zorgspecifieke fusietoets¹⁰¹ rechten toekent aan de cliëntenraad in faillissement en/of waarborgt dat rechten van de cliëntenraad in acht worden genomen in faillissement. Bij de zorgspecifieke fusietoets ziet de NZa erop toe dat de medezeggenschapsregels op grond van de Wmcz (en de WOR) worden nageleefd. Er wordt zoals gezegd gecontroleerd of inbreng van cliënten (en personeel) wordt meegenomen. Een voorvraag waarop de Wmg geen antwoord geeft, is of de cliëntenraad rechten heeft in faillissement. De zorgspecifieke fusietoets vult in onze ogen de Wmcz (of Wmcz 2018) hooguit aan in die zin dat meer gewaarborgd wordt dat de cliëntenraad om advies wordt gevraagd, voor het geval de cliëntenraad adviesrecht heeft. Hoewel deze controle, buiten de spoedeisende gevallen, ook geldt in faillissement, zorgt deze zorgspecifieke fusietoets er niet voor dat de cliëntenraad een adviesrecht krijgt dan wel dat expliciet wordt bevestigd dat de cliëntenraad een adviesrecht heeft in faillissement. Indien de cliëntenraad een adviesrecht heeft in faillissement, zou de zorgspecifieke fusietoets moeten waarborgen dat ook daadwerkelijk om advies wordt gevraagd.¹⁰²

Of de cliëntenraad dit adviesrecht heeft, moet beoordeeld worden aan de hand van de Wmcz. Voor de situatie dat een zorginstelling failliet gaat, staat dit (nog) niet (expliciet) vast, terwijl dit in onze ogen wel wenselijk is.¹⁰³

6. Wettelijke vastlegging?

De vraag is waar het adviesrecht van de cliëntenraad in faillissement vastgelegd dient te worden. Gezien de rechtszekerheid over de gewenste positie van de cliëntenraad in geval van faillissement tegenover de curator is het in onze ogen wenselijk dat het adviesrecht wettelijk wordt vastgelegd. Indien het adviesrecht van de ondernemingsraad met de Wet overgang van onderneming in faillissement in de WOR wordt verankerd, bestaat het gevaar dat hieruit

100 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, nr. 3, p. 60. Het lijkt erop dat de mogelijke inbreng van cliënten (en personeel) dan niet meer wordt gecontroleerd door de ACM.

101 Er wordt gepleit voor afschaffing. D.W.L.A. Schrijvershof, 'Schaf de zorgspecifieke fusietoets af, focus het toezicht op de zorginkoop', *ZIP 2016/147*. Zie ook over de kritiek op de toets, M. Varkevisser & F.T. Schut, 'Fusietoetsing in de zorg: een terug- en vooruitblik', *TvT 2019/1* en M. Varkevisser & F.T. Schut, 'Zorgspecifieke fusietoets is overbodig en ongewenst', *TvT 2011/1*.

102 Het is de vraag of dat ook zo is. In faillissement is mogelijk sprake van een spoedeisende situatie in de zin van de Wmg. Na wijziging van de Wmg lijkt het erop dat de ACM het (mogelijke) adviesrecht van de cliëntenraad in spoedeisende gevallen niet meer hoeft te toetsen. In dat geval wordt de naleving van medezeggenschap in faillissement door de ACM mogelijk niet getoetst.

103 De betrokkenheid (van de cliëntenraad) bij een overgang wordt niet expliciet geregeld. Het spreekt voor zich dat de cliëntenraad betrokken moet worden bij de soepele overgang, aldus de reacties van de veldpartijen (de cliënten), zie *Kamerstukken II 2011/12*, 33253, nr. 3, p. 25.

a contrario wordt afgeleid dat de cliëntenraad geen adviesrecht heeft omdat dit niet in de Wmcz 2018 is vastgelegd. Zodra het Concept-wetsvoorstel als wetsvoorstel naar de Tweede Kamer wordt gestuurd, kan daarin de wijziging van de Wmcz 2018 worden meegenomen. In onze ogen ligt een aanpassing van de huidige Wmcz niet meer voor de hand. Voor de hand liggend is de Wmcz 2018 aan te passen en de relevante toevoegingen, voor zover dat nodig mocht zijn, eerder in werking te laten treden dan de gehele wet.¹⁰⁴ De Wmcz 2018 dient als volgt te worden gewijzigd.¹⁰⁵ Aan artikel 7 Wmcz 2018 wordt een zevende lid toegevoegd, luidende:

‘Verkeert de instelling in staat van faillissement, dan wordt de cliëntenraad door de curator, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Faillissementswet, in de gelegenheid gesteld overeenkomstig het derde lid, het vijfde lid en het zesde lid een schriftelijk en met redenen omkleed advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit als bedoeld in het eerste lid (dat noodzakelijk is om de instelling in faillissement te kunnen voortzetten of een door hem voorgenomen besluit tot overgang van de instelling die tot de boedel behoort)¹⁰⁶. De cliëntenraad krijgt daartoe de gelegenheid binnen een door de curator te bepalen termijn. Deze termijn is in ieder geval niet korter dan drie dagen.’

Daarnaast dient de rechter-commissaris de cliëntenraad naar onze mening te horen voordat toestemming wordt verleend voor een doorstart. Ook dient de cliëntenraad de gelegenheid te hebben beroep in te stellen bij de rechtbank. Dit is gerechtvaardigd, omdat het instellen van een enquêteprocedure in faillissement een te zwaar middel is. Daarnaast is het maar de vraag of het handelen van de curator in een enquêteprocedure getoetst kan worden.¹⁰⁷ Het hoorrecht van de cliëntenraad kan worden opgenomen in art. 176a Fw en het beroepsrecht in art. 67 lid 4 Fw in het Concept-wetsvoorstel.

Hetgeen in de WOR komt te staan over het in kennis stellen van de ondernemingsraad over surseance van betaling of eigen aangifte tot faillietverklaring, is ook relevant voor de cliëntenraad.¹⁰⁸ Hiermee wordt voorkomen dat een cliënten-

raad wordt verrast.¹⁰⁹ Wij pleiten ervoor om een dergelijke verplichting, zoals voorgesteld in het Concept-wetsvoorstel, aan de Wmcz 2018 toe te voegen. Dit kan bijvoorbeeld in artikel 6 Wmcz 2018.

7. Conclusie

In de DA-beschikking heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het adviesrecht van de ondernemingsraad tijdens faillissement in stand blijft als de curator activa verkoopt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming. Het concept-wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement beoogt de DA-beschikking te codificeren. In het Concept-wetsvoorstel heeft de ondernemingsraad een adviesrecht ten aanzien van een doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW.

Het is in onze ogen wenselijk dat de cliëntenraad een adviesrecht heeft in geval van faillissement, omdat de WOR en de Wmcz hetzelfde doel hebben, het faillissement van een zorginstelling voor cliënten ingrijpende gevolgen kan hebben en zorgverlening een belang is van maatschappelijke aard. Daarnaast is het adviesrecht van de cliëntenraad van belang voor de curator, omdat de cliëntenraad een goed beeld heeft van de zorginstelling en weet wat er binnen de zorginstelling speelt. Ook wordt het draagvlak voor het handelen van de curator onder cliënten vergroot door de cliëntenraad te horen en serieus te nemen.

Wij bevelen aan om het adviesrecht van de cliëntenraad in de wet vast te leggen. Met het Concept-wetsvoorstel kan ook het adviesrecht van de cliëntenraad in faillissement gecodificeerd worden in de Wmcz 2018. In ons voorstel tot toevoeging van een zevende lid aan artikel 7 Wmcz 2018 hebben wij aansluiting gezocht bij de wijze waarop het Concept-wetsvoorstel het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement vastlegt in de WOR. Onder meer gelet op de overeenkomsten tussen de WOR en de Wmcz en het feit dat het faillissement van een zorginstelling grote gevolgen kan hebben voor cliënten, zien wij geen reden om de cliëntenraad op dit vlak anders te behandelen dan de ondernemingsraad.

104 Dit zal het geval zijn als de Wet overgang van onderneming in faillissement eerder in werking treedt dan de Wmcz 2018.

105 Een lid zoals in het Concept-wetsvoorstel wordt toegevoegd aan art. 26 WOR is niet nodig voor de Wmcz 2018, omdat de Wmcz 2018 geen beroepsprocedure kent bij het adviesrecht van de cliëntenraad.

106 Deze beperking is naar onze mening niet wenselijk. Het ligt wel voor de hand om het adviesrecht van de cliëntenraad af te stemmen op het adviesrecht van de ondernemingsraad. Wordt een dergelijke beperking opgenomen in de WOR, dan dient deze beperking naar onze mening ook in de Wmcz 2018 te worden opgenomen.

107 Ontkennend B. Wessels, 'Het recht van enquête en de faillissementscurator: verkenning op het grensvlak van rechtspersonenrecht en insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2001, afl. 16, p. 490. Genuanceerder is J.H.M. Willems, 'Insolventierecht en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden', *Tvl* 2004/53. Voor een overzicht, zie B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 4427-4444.

108 Art. 31g lid 1-3 in het Concept-wetsvoorstel.

109 Zie voor de ondernemingsraad: I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40.