

GOVERNANCECOMMISSIE GEZONDHEIDSZORG

Kenmerk: Gc 14/01

De Governancecommissie Gezondheidszorg, samengesteld als volgt:

mr. H.F.M. Hofhuis, wonende te Den Haag, voorzitter,
mr. J.G.J.M. de Zwaan, wonende te Zeist,
J. Haanstra, wonende te Almere,
E.L. Snoey, wonende te Zoetermeer,
mr. G.J. Bloemendal, wonende te Zeist,
bijgestaan door mr. A.T.B. de Vries, secretaris,

heeft op 14 mei 2014 als volgt geoordeeld in de zaak van:

de ONDERNEMINGSRAAD van A.,

gevestigd te Z.,
verzoeker,
gemachtigde: mr. C.G.H. Maeijer,

tegen:

de RAAD VAN TOEZICHT van A.,

gevestigd te Z.,
verweerder,
gemachtigde: mr. M.J. Keuss.

Partijen worden hierna aangeduid als de Ondernemingsraad (of kortweg: de OR) respectievelijk de raad van toezicht (of: de RvT). De Stichting A. wordt aangeduid als de stichting.

1. Procesverloop

1.1 De OR heeft met een verzoekschrift van 11 februari 2014 aan de Governancecommissie Gezondheidszorg (verder te noemen: de commissie) verzocht een toetsing aan de Governancecode (verder: de Code) uit te voeren en een oordeel te geven over, samengevat:

- (1) de benoeming van B. (verder: B.) als interim-bestuurder van de stichting en de duur van deze benoeming;
- (2) het functioneren en de samenstelling van de RvT, en daarbij in het bijzonder over deze vragen:
 - maakt het lid C. op basis van de Code ten onrechte nog steeds deel uit van de RvT, en: per welke datum zou C. dienen af te treden?
 - dienen de leden D. en E. conform artikel 4.2.7 van de Code uiterlijk op 14 oktober 2014 af te treden?

- is het rooster van aftreden van de RvT, zoals gevoegd bij de brief van 6 februari 2014 van D., in strijd met de Code?
- (3) het toezicht door de RvT op naleving van de wet- en regelgeving en de statuten van de stichting (artikel 4.1 van de Code), waarbij het in het bijzonder gaat om de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi), de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz) en de Code, en om de statutaire bepalingen over onder meer het bestuurdersreglement en het reglement van de RvT.

Bij het verzoekschrift zijn zeven bijlagen gevoegd. Met een brief van 14 april 2014 heeft verzoeker nog bijlagen genummerd 8-11 overgelegd.

- 1.2 De RvT heeft op 4 april 2014 een verweerschrift (met vier producties) ingediend. De RvT concludeert hierin primair tot niet-ontvankelijkverklaring van de OR in zijn toetsingsverzoek en subsidiair tot afwijzing van dat verzoek. Met een brief van 11 april 2014 heeft de RvT nog een productie nagezonden.
- 1.3 Het verzoek is behandeld op de zitting van de commissie op 23 april 2014. Daarbij waren namens de OR aanwezig F., voorzitter, en G., secretaris, met hun gemachtigde en twee kantoorgenoten van de gemachtigde. Aan de zijde van de RvT was het lid E. aanwezig, met bijstand van de gemachtigde van de RvT en een kantoorgenoot van deze.

2. Feiten waarvan kan worden uitgegaan

- 2.1 De stichting biedt begeleiding en zorg tijdens zwangerschap, bevalling en de kraamperiode. Bij haar zijn ongeveer 200 personen werkzaam. Volgens haar, uit 1997 daterende, statuten kent zij een bestuur ("de Directie"), een raad van toezicht en een ondernemingsraad. Tot dusver was er steeds een eenhoofdige directie. De statuten bepalen dat "het aantal zittende leden" van de RvT "tenminste vijf" dient te bedragen en dat, als het aantal minder dan vijf bedraagt, de RvT bevoegd blijft maar "onverwijld" maatregelen tot aanvulling neemt (artikel 13 lid 3) en voorts dat de RvT-leden ten hoogste twaalf jaren deel van deze raad kunnen uitmaken (artikel 13 lid 5). Sinds 1 juni 2001 werd de directie gevormd door H. (verder H.). De statuten schrijven voor dat er "reglementen van de Raad van Toezicht en van de Directie" zijn. Op 21 december 1998 is een Reglement Raad van Toezicht Stichting A. vastgesteld dat nog steeds van kracht is. De stichting kent tot nog toe geen directiereglement.
- 2.2 Op 5 juli 2013 hebben het managementteam, leidinggevend en de OR een gesprek gehad met de toenmalige vicevoorzitter van de RvT, B.. Zij hebben zijn aandacht gevraagd voor hun ernstige zorgen over het functioneren van H.. Op 7 juli 2013 hebben zij op verzoek van B. een schriftelijke toelichting daarop gegeven. Op 10 juli 2013 heeft de RvT de zorgen en deze schriftelijke toelichting besproken in een bijzondere vergadering. De RvT heeft H. vervolgens wegens dringende redenen

per 11 juli 2013 vrijgesteld van werkzaamheden. Na een extern onderzoek door een onafhankelijk forensisch accountant heeft de RvT H. op 25 september 2013 op staande voet ontslagen.

- 2.3 Over het einde van de arbeidsovereenkomst van H. en de stichting zijn twee procedures gevoerd voor de kantonrechter te Y.. In beide procedures heeft de kantonrechter op 20 januari 2014 een beslissing gegeven. In een kortgedingvonnis van die datum heeft hij het voorlopige oordeel uitgesproken dat voor het gegeven ontslag geen dringende reden bestond. Bij dat vonnis is de stichting veroordeeld tot doorbetaling van H.'s salaris. De andere zaak betrof het verzoek van de stichting tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met H. voor het geval dat uiteindelijk zou worden beslist dat de arbeidsovereenkomst met H. niet op 25 september 2013 wegens een dringende reden rechtsgeldig was geëindigd. In deze zaak heeft de kantonrechter geoordeeld dat H. een ernstig verwijt treft. Van hem had, mede gezien zijn positie als enig bestuurder van de stichting, "meer integer gedrag" mogen worden verwacht. De kantonrechter heeft, voor zoveel nodig, de arbeidsovereenkomst met H. ontbonden per 1 februari 2014.
- 2.4 De RvT heeft direct na het moment waarop H. was vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden, B. aangesteld als degene die feitelijk de functie van directeur/bestuurder waarnam. B. was sinds 1 april 2007 lid van de RvT. Hij is in het handelsregister van de kamer van koophandel per 1 augustus 2013 uitgeschreven als lid van de RvT.
- 2.5 Met een brief van 19 september 2013 heeft B., als "interim bestuurder" en "mede namens de Raad van Toezicht", aan de OR gevraagd om advies over het voorgenomen besluit van de RvT om (i) H. op staande voet te ontslaan en (ii) hem, B., terzelfder tijd te benoemen tot "interim directeur/bestuurder". Met een brief van 25 september 2013 heeft de OR aan de RvT de schriftelijke bevestiging gegeven van zijn positieve advies over het voorgenomen ontslag op staande voet. Daarop heeft B., met een brief van diezelfde datum, en blijkens de ondertekening van deze brief opnieuw "namens de Raad van Toezicht" en als "interim directeur/bestuurder", aan de OR bericht (i) dat de RvT heeft besloten de directeur met onmiddellijke ingang te ontslaan en (ii) dat hij, B., "[v]oor de komende maanden" als interim-directeur/bestuurder voor de stichting zal werken. Hieraan is toegevoegd: "Wij hopen als Raad van Toezicht op een [...] optimale samenwerking met Uw Raad [...]". Op 26 september 2013 heeft de OR de RvT herinnerd aan de rol van de OR bij de benoeming van een interim-bestuurder. Met een brief van 26 september 2013 heeft B., wederom als interim-bestuurder en namens de RvT, aan de OR gevraagd om advies uit te brengen over het voorgenomen besluit van de RvT om hem, B., per direct te benoemen tot interim-bestuurder, en wel voor een periode van maximaal één jaar na het ontslag van H.. Op 8 oktober 2013 heeft de OR hierover negatief geadviseerd. In een brief van 14 oktober 2013 heeft de OR een nadere toelichting gegeven op dit advies. Volgens deze brief heeft de OR een gebrek aan vertrouwen in de RvT en in B. als voormalig lid daarvan, mede gelet op de aan het ontslag van H. ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden. De OR heeft te kennen gegeven (ernstig) te betwijfelen of B. degene is "met die kennis van de

Kraamzorg die onze organisatie gedurende het komende jaar de juiste sturing kan geven”.

- 2.6 Hierna hebben diverse gesprekken plaatsgevonden tussen de OR en B., onder meer op 7 november 2013. Blijkens een brief van 11 november 2013 is de OR vervolgens akkoord gegaan met het aanblijven van B. als interim-directeur tot uiterlijk 31 mei 2014. De OR heeft daarbij zijn vertrouwen in B. uitgesproken om als tijdelijk bestuurder een aantal in deze brief genoemde processen af te ronden, waaronder de afhandeling van het dossier H., het werven van een nieuwe bestuurder en het opstellen van statuten, een directiereglement en een reglement voor de RvT.
- 2.7 Als interim-bestuurder heeft B. bevorderd dat er nieuwe statuten zijn voorbereid. Er bestaan diverse conceptversies van deze statuten. De OR heeft bij zijn verzoek een versie van “december 2013” overgelegd. Hierin is voorzien in een lidmaatschap van de raad van toezicht voor een periode van vier jaren, met de mogelijkheid van één herbenoeming (voor een zelfde periode). De RvT heeft bij zijn verweerschrift een versie van “27 augustus 2013” gevoegd, waarin sprake is van een benoemingsperiode van vier jaren, met de mogelijkheid van tweemaal een herbenoeming. In beide versies wordt verwezen naar (de toepasselijkheid van) de Code.
- 2.8 Er zijn ook concepten van een nieuw reglement van de RvT en van een directiereglement.
- 2.9 Met ingang van 1 januari 2014 is de stichting lid geworden van ActiZ, een van de organisaties wier leden zijn gebonden aan de Code.
- 2.10 Met een brief van 6 februari 2014 heeft de voorzitter van de RvT aan de OR een rooster van aftreden van de leden van de RvT doen toekomen. Dit rooster luidt als volgt:

	Benoeming	1^e Periode	2^e Periode	3^e Periode
D.	1-10-2006	2006-2011	2011-2015	2015-2019
C.	1-04-2002	2002-2006	2006-2010	2010-2014
E.	1-10-2006	2006-2010	2010-2014	2014-2018
I.	1-01-2007	2007-2009	2009-2013	2013-2017
B.	1-04-2007	2007-2011	2011-2015	2015-2019

- 2.11 Per 15 april 2014 is een nieuwe bestuurder aangetreden. Deze heeft, als eenhoofdige directie, de taken van B. overgenomen. Blijkens een mededeling van de RvT ter zitting van de commissie zou 25 april 2014 de laatste werkdag van B. zijn.

3. Samenvatting van het geschil

3.1 De OR stelt, samengevat, het volgende.

- (1) De stichting is in elk geval sinds 1 januari 2014 gebonden aan de Code. Ook voordien bestond voor haar echter al de verplichting om zich aan de Code te houden. Zo bepaalt de overeenkomst van februari 2013 van Achmea (en de zorgverzekeraars van die groep) met de stichting onder meer dat de Code een onlosmakelijk deel van de overeenkomst uitmaakt. Ook andere zorgverzekeraars waarmee de stichting heeft gecontracteerd, hebben het vaste beleid dat zorginstellingen waarmee zij overeenkomsten afsluiten, zich aan de Code binden.
- (2) De benoeming van B. als interim-bestuurder is in strijd met de artikelen 3.2.3 en 4.4.3 van de Code. De RvT heeft deze afwijking niet (voldoende) uitgelegd en heeft evenmin een goede verklaring gegeven voor het feit dat B. zo lang deze functie heeft vervuld. Pas in februari 2014, zeven maanden na zijn aanwijzing als interim-bestuurder, is de RvT begonnen met de procedure voor het vinden van een nieuwe bestuurder. Er is ook twijfel over de deskundigheid van B. in deze situatie. De onrechtmatige gedragingen van H. hebben plaatsgevonden gedurende een lange periode waarin de(z) RvT, waarvan ook B. deel uitmaakte, in functie was. Met zijn brief van 11 november 2013 is de OR er onder druk mee akkoord gegaan dat B. een aantal processen zou afronden, mits dit uiterlijk op 31 mei 2014 het geval zou zijn. Het is onbegrijpelijk dat B. niet meer haast heeft gemaakt met het op orde brengen van de statuten en de reglementen, in overeenstemming met de Code.
- (3) De RvT houdt onvoldoende toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving voor de stichting en haar statutaire doelstellingen. De statuten voldoen immers nog steeds niet aan de eisen van de Wtzi, de Wmcz, de Code en bepalingen uit de modelstatuten van de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in de Zorg (NVTZ). Zo voldoet de RvT niet aan de statutaire eisen voor het aftreden van zijn leden. Het in februari 2014 bekendgemaakte rooster van aftreden is overigens ook niet in overeenstemming met hetgeen in de (aan de OR bekende) conceptversie van december 2013 is opgenomen.
- (4) ten onrechte bestaat de RvT sinds 1 augustus 2013 uit vier leden. Uit de statuten volgt dat wanneer het aantal leden van de RvT minder dan vijf bedraagt, de RvT weliswaar bevoegd blijft, maar onverwijld maatregelen moet nemen om het ledenaantal binnen zes maanden in overeenstemming te brengen met de statuten.

3.2 De RvT heeft, eveneens samengevat, het volgende aangevoerd.

- (1) De OR dient niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn verzoeken, nu hij geen belanghebbende is in de zin van de Code en gebruik kan maken van de bevoegdheden op grond van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: de Wor).

- (2) Overigens is naleving van de Code voor haar eerst verplicht geworden op het moment dat zij lid werd van ActiZ, een van de deelnemende brancheorganisaties. Dit was per 1 januari 2014 het geval. De door de OR overgelegde overeenkomst met Achmea is niet ondertekend, zodat voor de RvT niet duidelijk is of dit de definitieve versie betreft.
- (3) De benoeming van het RvT-lid B. als waarnemend en interim-bestuurder was geboden omdat het aantrekken van een andere interim-bestuurder een te groot risico leek op te leveren. Na enkele maanden heeft de RvT heroverwogen of B. moest doorgaan als interim-bestuurder. De druk en de weerstand vanuit de organisatie jegens de RvT waren zo groot dat de RvT niet goed wist hoe de organisatie zou reageren op een nieuwe interim-bestuurder. De RvT wilde iemand die hij kon vertrouwen en die de organisatie goed kent. Bij zijn schriftelijke mededeling aan de OR dat hij het negatieve advies van 8 oktober 2013 van de OR naast zich heeft neergelegd en B. als interim-bestuurder heeft benoemd, heeft de RvT zijn beweegredenen hiervoor uiteengezet. De belangrijkste argumenten waren continuïteit voor de instelling en de mogelijkheid krachtig in te grijpen in de ontstane noodsituatie. De RvT had signalen uit de organisatie gekregen dat B. vertrouwen genoot. Daarbij wilde de RvT voorkomen dat men (weer) onvoldoende zou worden geïnformeerd door de (interim-) bestuurder. B. was sinds 1 augustus 2013 geen lid van de RvT meer, zodat er sprake was van voldoende onafhankelijkheid van hem als interim-bestuurder ten opzichte van de RvT (en omgekeerd). B. was overigens pas ruim 6,5 jaar lid van de RvT. Afgezien van dit alles is de OR blijkens zijn brief van 11 november 2013 ermee akkoord gegaan dat B. in elk geval tot eind mei 2014 zou aanblijven als interim-bestuurder. In deze brief noemde de OR ook de processen die B. moet afronden. Deze processen zijn inmiddels goeddeels afgerond. Pas in de tweede helft van januari 2014 was er duidelijkheid in de procedures met H.. Vervolgens heeft de RvT besloten een nieuwe bestuurder aan te trekken. Daarin is hij inmiddels geslaagd. Per 15 april 2014, dus eerder dan overeengekomen, zal de nieuwe bestuurder de taken van B. overnemen.
- (4) De RvT erkent dat er sprake is van een afwijking van de Code, maar betoogt dat deze afwijking voldoende is gemotiveerd en uitgelegd.
- (5) In het verweerschrift heeft de RvT gesteld dat de bij dit stuk overgelegde conceptstatuten in overeenstemming zijn met de Code en (nagenoeg ook met) de modelstatuten van de NVTZ. Daaraan is toegevoegd dat deze tekst in de RvT-vergadering van 7 april 2014 zal worden vastgesteld. Ter zitting heeft de gemachtigde van de RvT verklaard dat in de aanloop naar die vergadering is gebleken dat de hier bedoelde tekst niet geheel strookt met de Code en daarom nog niet is vastgesteld. Het concept ligt nog, ter aanpassing, bij de notaris. Gelet op deze stand van zaken heeft de OR op dit moment geen belang bij toetsing van de (concept)statuten door de commissie.
- (6) De zittende leden van de RvT zullen in elk geval hun lopende termijn mogen uitspelen.

- (7) Sinds 1 augustus 2013 telt de RvT vier leden. B. zou terugkeren in de RvT, maar in verband met het gestelde in de Code is de RvT nu op zoek naar een nieuw lid.

4. Overwegingen van de commissie

Algemeen

- 4.1 Een ondernemingsraad is, zoals de commissie eerder heeft geoordeeld, aan te merken als een "belanghebbende" in de zin van het Reglement Governance-commissie Gezondheidszorg. Belanghebbenden hebben toegang tot de commissie als zij op enige wijze nadeel ondervinden van de wijze van naleving van de Code. Nu de OR heeft gesteld dat dit het geval is, kan hij in zijn verzoek worden ontvangen. Dit wordt niet anders doordat de OR (ook) over rechtsmiddelen op grond van de Wor beschikt. De commissie is bedoeld als een laagdrempelige instantie die kan oordelen over mogelijke schendingen van de Code. Alleen langs deze weg kan zo'n oordeel worden verkregen.
- 4.2 Het is de taak van de commissie om te beoordelen of aan haar voorgelegde gedragingen van zorginstellingen in overeenstemming zijn met de Code. De commissie stelt niet vast of dergelijke instellingen al dan niet in strijd met de wet of andere voor de zorg geldende regelingen handelen. De commissie kan wel beoordelen of een zorginstelling al dan niet in strijd handelt met haar eigen statuten, maar voor zo'n oordeel is alleen plaats als de Code daarover iets voorschrijft. Ook dan staat toetsing aan de Code dus centraal.
- 4.3 De commissie is alleen bevoegd tot oordelen als de zorginstelling in kwestie is aangesloten bij een brancheorganisatie die de Code onderschrijft. In dit geval staat vast dat de stichting pas sinds 1 januari 2014 lid is van een van die brancheorganisaties, te weten ActiZ. Dit betekent dat de commissie geen oordeel kan geven over gedragingen van de RvT van vóór 1 januari 2014. Dit wordt niet anders door datgene wat de OR heeft gesteld over gebondenheid van de stichting aan de Code op grond van overeenkomsten met zorgverzekeraars. Het is aan de desbetreffende zorgverzekeraars en niet aan de OR om actie te ondernemen op grond van hun overeenkomst met de stichting. De OR staat daarbuiten.
- 4.4 Voor zover de RvT heeft betoogd dat hij niet met ingang van 1 januari 2014 direct en volledig aan de Code kan worden gehouden doordat de stichting enige tijd nodig heeft (gehad) om aan de regels van de Code te voldoen, volgt de commissie de RvT hierin niet. De stichting, en daarmee ook de RvT, kenden de Code, als zorgbrede regeling, al veel langer. Dit ligt niet alleen in het algemeen al voor de hand, maar blijkt bijvoorbeeld ook uit de conceptversie van 27 augustus 2013 van de statuten, waarin reeds is verwezen naar (toepasselijkheid van) de Code. De commissie dient dus te beoordelen of de RvT met ingang van 1 januari 2014 – en op de door de OR aangeduide onderdelen – de Code naleeft.

De benoeming van een lid van de RvT tot interim-bestuurder

- 4.5 Blijkens zijn brief van 11 november 2013 heeft de OR ingestemd met het aanblijven van B. (gewezen lid van de RvT) als interim-directeur tot uiterlijk eind mei 2014. Hiermee is niet te verenigen dat de OR zich in volle omvang beklaagt over het optreden van B. in deze hoedanigheid.
- 4.6 Dit betekent niet dat de commissie, die tot taak heeft om toe te zien op de naleving van de Code, niet ambtshalve een oordeel mag geven over gedragingen die haar, in een procedure waarin hoor en wederhoor zijn toegepast, zijn gebleken. Ook in dit opzicht moet de commissie zich beperken tot de periode vanaf 1 januari 2014. Zij kan dus geen oordeel geven over het in 2.5 vermelde optreden van B. in 2013 waarbij hij bij herhaling tegelijkertijd als interim-directeur én namens de RvT heeft gehandeld.
- 4.7 In het kader van haar ambtshalve uitgevoerde toetsing door de commissie is wel de vraag aan de orde of de RvT in strijd met de Code heeft gehandeld door toe te laten dat B., die direct na diens terugtreden als RvT-lid (en mogelijk al eerder) de functie van interim-bestuurder heeft vervuld, ook na 1 januari 2014 daarmee is doorgedaan. De commissie stelt vast dat deze situatie tot 15 april 2014 heeft voortgeduurd. Dit optreden van B. is niet te rijmen met artikel 3.2 lid 3 van de Code, dat bepaalt dat een voormalig lid van de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn toezichthoudende functie niet benoembaar is tot lid van de Raad van Bestuur. Een dergelijke opeenvolging van functies is ook niet te rijmen met andere bepalingen van de Code die ertoe strekken dat de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht onafhankelijk van elkaar optreden.
- 4.8 De commissie dient te beoordelen of deze afwijking van de Code in de omstandigheden van dit geval gerechtvaardigd was. De Code laat afwijkingen immers toe als daarvoor een voldoende klemmende grond bestaat. De RvT heeft zich op dit punt beroepen op de onzekere periode die de stichting van het ene op het andere moment is ingegaan na het terugtreden van de enige bestuurder. Destijds viel, zo stelt de RvT, te verwachten dat er op korte termijn duidelijkheid zou zijn over de geldigheid van het aan H. verleende ontslag – die weliswaar op staande voet was ontslagen, maar dit ontslag in rechte bestreed –, maar uiteindelijk heeft het tot 20 januari 2014 geduurd voordat de ontbindingsprocedure was geëindigd. Bovendien heeft de RvT zich beroepen op het gegeven dat de stichting, ook door de aard van de kwesties die tot het ontslag hadden geleid, in lastig vaarwater was terechtgekomen, waardoor het veel beter was om als interim-bestuurder iemand aan te stellen die de organisatie al goed kende dan een buitenstaander.
- 4.9 De commissie acht deze omstandigheden van onvoldoende gewicht om als rechtvaardiging te dienen voor de in 4.7 vastgestelde afwijking van de Code. Reeds in de brief van 26 september 2013, dus nog voordat bekend was dat H. de gerechtvaardigdheid van het hem gegeven ontslag zou bestrijden, heeft B. immers, namens de RvT, aan de OR te kennen gegeven dat hij voor “maximaal één jaar” als interim-bestuurder zou optreden. De duur van de kantonprocedures heeft daarop

dus geen invloed gehad. Afgezien hiervan heeft de OR terecht de vraag gesteld of B., als gewezen RvT-lid, wel de juiste persoon was om (zo lang) op te treden als interim-bestuurder, nu de gedragingen van H. twijfel oproepen over de effectiviteit van het toezicht op die voormalige bestuurder. De zaak tegen H. is ook niet aan het licht gebracht in het kader van het toezicht van de RvT zelf, maar door mededelingen van bezorgde personen uit de organisatie. Hoe dit ook zij, de RvT heeft naar het oordeel van de commissie geen toereikende uitleg gegeven voor het voortduren van het optreden van het gewezen RvT-lid B. als de feitelijke bestuurder gedurende zo lange tijd.

4.10 Dit leidt tot het hierna in 5.1 te vermelden oordeel.

Het functioneren en de samenstelling van de RvT

4.11 Artikel 4.2 lid 7 van de Code bepaalt dat een lid van de Raad van Toezicht "maximaal tweemaal voor een periode van vier jaar" zitting kan hebben in deze raad. Deze bepaling roept de vraag op hoe de positie van de zittende leden van de RvT moet worden beoordeeld op 1 januari 2014, toen de stichting door het lidmaatschap van ActiZ onderworpen werd aan de Code. De commissie acht het redelijk dat een zittend RvT-lid dat op die datum reglementair langer dan vier jaren deel van deze raad uitmaakt, zijn lopende termijn kan uitdienen. Dit betekent dat de leden D., C., E. en I. respectievelijk uiterlijk op 1 oktober 2015, op 1 april 2014, op 1 oktober 2014 en op 1 januari 2017 zouden moeten aftreden. Nu vaststaat dat C. ook thans nog lid van de RvT is, heeft de RvT in elk geval ten opzichte van hem in strijd met de Code gehandeld. Onbesproken blijft hierbij nog dat onduidelijk is op welke grond, volgens het in 2.10 opgenomen rooster van aftreden, het lid D. een eerste periode van vijf jaren kan hebben gefunctioneerd.

4.12 Dit rooster van aftreden, dat de RvT op 6 februari 2014 – en dus op een tijdstip waarop de Code onmiskenbaar van toepassing was – aan de OR heeft toegezonden, voorziet zonder voorbehoud in een (na 1 januari 2014 aanvangende) derde benoemingsperiode voor de leden D. en E.. Dit is strijdig met de Code, die immers een derde periode niet toelaat. Ook de vermelding – eveneens zonder voorbehoud – van B. in dit rooster is niet te verenigen met de Code. Als gewezen interim-bestuurder kan hij immers niet terugkeren in de RvT. Bij het hier overwogene verdient opmerking dat de RvT zowel in het verweerschrift als in de mondelinge toelichting van zijn gemachtigde ter zitting van de commissie, zonder terughoudendheid heeft verwezen naar dat rooster, dat hij kennelijk in overeenstemming acht met de Code.

4.13 De RvT heeft niets gesteld dat een voldoende rechtvaardiging van de hier vastgestelde afwijking van de Code oplevert. Het in 4.11 en 12 overwogene leidt tot de oordelen die in 5.2 en 5.3 zijn vermeld.

Het toezicht door de RvT

- 4.14 Terecht stelt de OR ook vragen over de naleving door de RvT van de statuten van de stichting. Het niet naleven van de eigen statuten is te beschouwen als een met de Code strijdige vorm van *governance*. In strijd met de (geldende) statuten heeft de stichting nog steeds geen reglement voor de directie. Ook heeft de RvT ontoelaatbare onduidelijkheid geschapen en laten bestaan over de verenigbaarheid van haar nieuwe statuten en de Code. Zowel in zijn verweerschrift als in de pleitnotities van haar gemachtigde ter zitting van de commissie is vermeld dat de door de RvT overgelegde conceptversie van de statuten (te weten de versie van 27 augustus 2013) in overeenstemming is met de Code. Ten aanzien van de mogelijkheid tot herbenoeming van een RvT-lid is dat echter niet het geval. Zoals vermeld, voorziet de Code in een termijn van maximaal acht jaren, terwijl de versie van 27 augustus 2013 een zittingsduur van maximaal twaalf jaren mogelijk maakt. Desgevraagd heeft de RvT ook tijdens de zitting geen duidelijkheid kunnen bieden over de versie die thans wordt voorbereid. Ook de OR kent die versie niet.
- 4.15 In strijd met de geldende statuten bestaat de RvT ook al sinds 1 augustus 2013 uit vier leden in plaats van het minimale aantal van vijf. Het ziet ernaar uit dat de RvT de vacante vijfde plaats heeft opengehouden voor B., maar zoals reeds is overwogen, zou diens terugkeer in de RvT zonder meer in strijd zijn met de Code. Afgezien daarvan is het openhouden van een vacature in de RvT in strijd met artikel 13 lid 3 van de statuten, voor zover daarin de plicht is neergelegd om "onverwijld" maatregelen tot aanvulling van het minimale aantal van vijf te nemen. Bovendien voorzien de (concept)statuten tot op de dag van de zitting niet aan de Code. Ook het rooster van aftreden is niet conform de Code.
- 4.16 Voor zover de RvT al enige uitleg heeft gegeven voor de afwijking van de Code op al deze punten, is die uitleg onvoldoende. Te minder is dit het geval nu de OR, zoals ook reeds is overwogen, twijfel kon hebben over het optreden van de RvT in het verleden. In een dergelijke situatie dient een Raad van Toezicht extra zorg te betrachten bij de naleving van de statuten en de Code.
- 4.17 In 5.4 is het oordeel vermeld waartoe deze overwegingen over het door de RvT uitgeoefende toezicht leiden.

De slotsom

- 4.18 De commissie komt tot het oordeel dat het handelen van de RvT gedurende de periode sinds 1 januari 2014 op de hierna in 5.1-4 te noemen punten in strijd is met de Code.

5. Het oordeel van de Governancecommissie

- 5.1 De RvT heeft van 1 januari 2014 tot 15 april 2014 in strijd met de Code gehandeld door het gewezen RvT-lid B. te handhaven als interim-bestuurder.
- 5.2 De RvT handelt sinds 1 april 2014 in strijd met de Code door de continuering van het RvT-lidmaatschap van C..

- 5.3 De RvT handelt sinds 1 januari 2014 in strijd met de Code door (i) het aantal leden van de RvT te beperken tot vier en (ii) uit te gaan van het in 2.10 opgenomen rooster van aftreden ten aanzien van de RvT-leden D., E. en B., op de wijze zoals in 4.12 vermeld;
- 5.4 De RvT handelt sinds 1 januari 2014 (i) in strijd met de Code door de statuten niet te hebben aangepast aan het bepaalde in de Code over de maximale benoemingsduur van een RvT-lid en (ii) in strijd met de statuten van de stichting door geen directiereglement vast te stellen.
- 5.5 Het verzoek van de OR wordt voor het overige afgewezen.

Dit oordeel is aan partijen verzonden op 14 mei 2014.