

GOVERNANCECOMMISSIE GEZONDHEIDSZORG

Kenmerk: Gc 17/04

Aangepaste versie, na herstel op 10 januari 2018 van een kennelijke fout in nr. 4.9

De Governancecommissie, samengesteld als volgt:
mr. H.F.M. Hofhuis, wonende te Den Haag, voorzitter,
mr. G.J. Bloemendal, wonende te Zeist,
drs. Z.D. Woldhuis, wonende Zeist,
drs. J.H. Colijn, wonende te Nijmegen,
dr. M. van Ooijen, wonende te Gennep,
bijgestaan door mr. A.T.B. de Vries, secretaris,

heeft op 20 december 2017 als volgt geoordeeld in de zaak van:

1. de vereniging **A.**,
gevestigd te Z.,

en

2. de vereniging **B.**,
gevestigd te Z.,

verzoeksters,

tegen:

1. **RvT van C.**,
gevestigd te Y.,

en

2. **RvB van C.**,
gevestigd te Y.,

verweerders,
gemachtigde: mr. T.A.M. van den Ende.

De partijen worden hierna aangeduid respectievelijk als verzoeksters (afzonderlijk: A. en B.) en verweerders (afzonderlijk: de raad van toezicht en de raad van bestuur, afgekort RvB en RvT). C. wordt aangeduid als de stichting.

1. Procesverloop

- 1.1 Met een brief van 27 oktober 2017, die op diezelfde datum is ontvangen door het secretariaat van de Governancecommissie (hierna: de Commissie), hebben verzoeksters naar aanleiding van een melding van een derde een verzoek ingediend bij de Commissie tot toetsing van drie nader omschreven kwesties aan de Governancecode Gezondheidszorg 2010 (hierna: de Code). Bij het verzoekschrift zijn vijf bijlagen gevoegd.
- 1.2 Verweerders hebben met een brief van 17 november 2017 van hun gemachtigde, ontvangen door het secretariaat van de Commissie op 22 november 2017, een verweerschrift ingediend met 21 bijlagen (genummerd 1-21). Zij concluderen in hun verweerschrift primair dat verzoeksters niet ontvankelijk zijn in hun toetsingsverzoek. Subsidiair verzoeken zij de Commissie de onderscheiden onderdelen van het toetsingsverzoek ongegrond te verklaren, althans te oordelen dat niet in strijd is gehandeld met de Code 2010. Zij vragen de Commissie het verzoek af te wijzen en niet over te gaan tot het doen van aanbevelingen.
- 1.3 Met een brief van 30 november 2017, ontvangen door het secretariaat van de Commissie op diezelfde datum, hebben verzoeksters in aanvulling op de in 1.1 vermelde stukken een "zienswijze" ingediend.
- 1.4 De Commissie heeft het verzoek behandeld op de zitting van 8 december 2017 te Z.. Namens B. waren aanwezig D., voorzitter, en E., jurist bij B.. Namens A. waren aanwezig F., voorzitter, en G., jurist bij A.. Namens de RvT waren aanwezig H., voorzitter van de RvT en van de remuneratiecommissie van de stichting (verder: H.), I., lid van de RvT en J., voormalig vicevoorzitter van de RvT en van de remuneratiecommissie, en K., secretaris van de RvT en de RvB, allen vergezeld door de gemachtigde van verweerders. Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht, de gemachtigde van verweerders en H. mede aan de hand van aantekeningen, die aan verzoeksters en aan de Commissie zijn overgelegd.
- 1.5 Aan het einde van de zitting zijn verzoeksters in de gelegenheid gesteld om binnen enkele werkdagen aan de Commissie te berichten of enkele feitelijke gegevens waarop verweerders zich voor het eerst tijdens de mondelinge behandeling hadden beroepen, juist zijn. Verweerders hebben met een e-mailbericht van 12 december 2017 van G. voormeld laten weten dat de bedoelde feitelijke gegevens hen (verweerders) niet tot nadere opmerkingen of kanttekeningen leiden.

2. De vaststaande feiten

- 2.1 De stichting houdt onder meer het L. te Y. (hierna: het ziekenhuis) in stand. De RvB bestaat uit drie leden. Voorzitter van de RvB is M. (hierna: M.).
- 2.2 De stichting is lid van A. en van B.. Deze verenigingen stellen de naleving van de Code verplicht voor hun leden.
- 2.3 In maart 2012 is N. (hierna: N.) aangetreden als lid van de RvT. Voordien was hij gedurende tien jaren lid geweest van de raad van toezicht van de stichting die het toenmalige O., te X., in stand hield. Het O. lag buiten het verzorgingsgebied van het ziekenhuis.

- 2.4 Problemen binnen de RvB hebben in 2012 geleid tot activiteiten ter verbetering van de samenwerking tussen de leden van de RvB onder begeleiding van de externe adviseur P. (hierna: P.), die daarvoor op voordracht van M. was ingeschakeld. M. kende P. van een eerder contact. P. is na dat eerdere contact de persoonlijke coach geworden van M. geworden. Later is hij ook als begeleider bij een van de zelfevaluaties van de RvT opgetreden.
- 2.5 De stichting is een van de initiatiefnemers van (en partners in) Q., samen met de stichtingen die het R. en het S. in stand houden. Deze coöperatie is op 5 juli 2013 opgericht. In het verleden daarvan is de besloten vennootschap T. opgericht (hierna: T.). In T. is, bij wijze van doorstart, het ziekenhuis ondergebracht dat voorheen werd geëxploiteerd onder de naam O.. T. heeft een eigen toelating op grond van de Wet toelating zorginstellingen. De stichting die het O. in stand hield, was op 24 juni 2013 gefailleerd. Q., inmiddels genaamd T., houdt alle aandelen in T.. Als lid van deze coöperatie is de stichting (indirect) aandeelhouder van T..
- 2.6 In 2013 heeft het bestuur van Q. H. benoemd als interim-bestuurder van T.. T. werkt samen met de ziekenhuizen die in de coöperatie zijn vertegenwoordigd, waaronder het L.. De benoeming van H. als interim-bestuurder van T. heeft ongeveer een half jaar geduurd, en wel tot eind 2013.
- 2.7 In het voorjaar van 2014 is H. benoemd tot voorzitter van de RvT. Hieraan is een openbare wervingsprocedure voorafgegaan. Bij de selectie van de nieuwe voorzitter van de RvT, eind 2013, was P. betrokken als (zoals verweerders het noemen) procesbegeleider.

3. De standpunten van de partijen

- 3.1 Verzoeksters wensen een oordeel van de Commissie over de vraag of verweerders ten aanzien van een of meer van de hierna te bespreken kwesties hebben gehandeld in strijd met de Code. Zij hebben daarover geen afgerond eigen oordeel maar wel twijfel, en zij leggen deze kwesties daarom aan de Commissie voor. Kort samengevat geven zij hierop de volgende toelichting. De naleving van de Code vormt een verplichting van alle leden van verzoeksters. Verzoeksters zijn daarom alert op signalen over situaties die mogelijk strijdig zijn met de Code. Zij spreken dan het desbetreffende lid aan en doen onderzoek. Dit optreden strekt tot het behoud en het vergroten van het vertrouwen van de samenleving in zorgorganisaties. Bij twijfel over de naleving van de Code leggen verzoeksters de kwestie(s) waarover het dan gaat, ter toetsing voor aan de Commissie, die tot een onafhankelijk oordeel komt. Daarbij hechten verzoeksters ook aan het algemene belang bij de uitleg van normen uit de Code in het kader van de rechtsontwikkeling. Hun twijfel ten aanzien van verweerders betreft in het bijzonder de vraag of verweerders ten aanzien van de drie kwesties die hierna, in de onderdelen 4.9-11, ter sprake komen, de Code hebben nageleefd.
- 3.2 Verweerders hebben de stellingen van verzoeksters in alle onderdelen bestreden. Zij betogen dat zij ten aanzien van geen van de drie door verzoeksters bedoelde kwesties in strijd met de Code hebben gehandeld. Op dit betoog komt de Commissie voor zover nodig hierna terug.

4. De beoordeling van het verzoek

Algemeen

- 4.1 Het toetsingsverzoek strekt tot het beoordelen van gedragingen van verweerders die zich vóór 1 januari 2017 hebben voorgedaan. Daarom zal de Commissie die gedragingen en gebeurtenissen toetsen aan de toen geldende Code, dat wil zeggen de Zorgbrede Governancecode 2010. Verzoeksters hebben verklaard het op prijs te stellen dat de Commissie ook haar advies geeft over de voorgelegde kwesties in relatie tot de sinds 1 januari 2017 geldende Governancecode Zorg. De Commissie voldoet niet aan dit verzoek. Er is niet a priori reden om te verwachten dat de hierna te vermelden toetsing dan anders zou zijn uitgevallen, maar de vraag of de bedoelde gedragingen en gebeurtenissen in strijd zijn met de Code van 2017 heeft geen onderwerp van het debat uitgemaakt. De Commissie kan daarover geen oordeel geven. Zij zal in deze procedure dus uitsluitend toetsen aan de Code (van 2010).
- 4.2 Verzoeksters stellen – mede met verwijzing naar de brief van een derde die reden heeft gegeven voor hun toetsingsverzoek – dat naast de eerder bedoelde drie kwesties mogelijk nog andere kwesties spelen. De Commissie zal op die mogelijke andere kwesties niet ingaan. Ook daarop heeft het debat van partijen immers geen betrekking gehad.
- 4.3 Verzoeksters hebben in algemene zin de aandacht gevraagd voor het feit dat zorginstellingen steeds vaker gaan samenwerken in concernverbanden. Verzoekers hebben de Commissie gevraagd welke gelding de Code, meer in het bijzonder artikel 4.4 lid 5 van de Code, heeft indien de casus niet een zorginstelling maar een concern met meer dan één zorginstelling betreft. De Commissie zal niet in algemene zin op dit aspect ingaan, ook weer als gevolg van het feit dat het niet (in voldoende mate) onderwerp van het debat van partijen heeft gevormd. De Commissie bespreekt de toepasselijkheid van de Code bij concernverhoudingen in deze procedure alleen daar waar dit aspect in de aan haar voorgelegde kwesties relevant is.

De ontvankelijkheid van verzoekers

- 4.4 Verweerders hebben drie vragen opgeworpen over de ontvankelijkheid van verzoeksters in hun toetsingsverzoek:
- (1) Zijn verzoeksters belanghebbenden in de zin van het Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg (hierna: het Reglement), gelet op de artikelen 1, aanhef en onder 8, en 12 lid 2, aanhef en onder a, daarvan?
 - (2) Staat artikel 12 lid 2, aanhef en onder b, van het Reglement – met de voorwaarde dat voldoende constructief overleg tussen partijen moet hebben plaatsgevonden – in de weg aan de ontvankelijkheid van verzoeksters?
 - (3) Is de voor de indiening van een toetsingsverzoek bepaalde termijn van artikel 12 lid 2, aanhef en onder e, van het Reglement in dit geval verstreken?
- 4.5 De Commissie beantwoordt vraag (1) bevestigend en overweegt daartoe als volgt. Zij heeft op grond van artikel 6 lid 1 van het Reglement tot taak een oordeel te geven op verzoeken van belanghebbenden tot toetsing van de naleving van een of meer principes van de Code door een zorgorganisatie. Het begrip "belanghebbende" in artikel 1, aanhef en onder 8, moet worden uitgelegd in overeenstemming met het doel en de strekking van de Code. De Commissie is de enige instantie waaraan vragen over het niet of onjuist toepassen van de Code kunnen

worden voorgelegd. De toegang tot de Commissie moet dan ook niet onnodig worden bemoeilijkt. Volgens het Reglement wordt onder "belanghebbende" verstaan: de natuurlijke of rechtspersoon die rechtstreeks bij de zorgorganisatie is betrokken en op enigerlei wijze nadeel ondervindt van de wijze van naleving van de Code door de zorgorganisatie. Beide criteria moeten ruim worden uitgelegd om te bewerkstelligen dat de Code effectief wordt gehandhaafd. Nu de stichting lid is van A. en van B. en de naleving van de Code een verplichting van de leden van deze brancheorganisaties vormt, moeten A. en B. de mogelijkheid hebben een verzoek tot toetsing aan de Code door de Commissie te doen. Zij kunnen nadeel ondervinden als een van hun leden de Code niet naleeft en de bedoelde verplichting een wassen neus zou zijn. Hieruit volgt dat verzoeksters zijn aan te merken als belanghebbenden. Het belang dat de Code binnen de stichting wordt toegepast dan wel dat voldoende uitleg wordt gegeven bij een afwijking van de Code, staat in de verdere beoordeling centraal.

- 4.6 De Commissie beantwoordt vraag (2) ontkennend. Op grond van artikel 12 lid 2, aanhef en onder b, van het Reglement dient het verzoek tot naleving van de Code tevoren schriftelijk aan het bestuur van de zorgorganisatie in kwestie kenbaar te zijn gemaakt. Bovendien moet een zodanige termijn zijn verlopen dat de zorgorganisatie redelijkerwijs de gelegenheid heeft gehad om daarover met de verzoekende partij constructief overleg te plegen en naar aanleiding daarvan zo nodig maatregelen te nemen. Verweerders stellen dat een dergelijk constructief overleg, ondanks herhaald verzoek van hen daartoe, door de houding van verzoeksters niet heeft plaatsgevonden en dat verzoeksters daarom niet ontvankelijk zijn in het toetsingsverzoek. De Commissie volgt verweerders hierin niet. Naar aanleiding van de melding door de eerder bedoelde derde hebben verzoeksters met brieven van 29 mei 2017 aan verweerders drie van de gemelde kwesties voorgelegd en daarbij enkele vragen gesteld. Bij brieven van 3 respectievelijk 7 juli 2017 hebben verweerders een toelichting gegeven over de kwesties en de vragen van verzoeksters beantwoord. Verweerders hebben daarbij te kennen gegeven met deze reacties de vragen van verzoeksters te hebben beantwoord en zij hebben zich bereid verklaard tot een nadere toelichting. Volgens hen heeft zich in geen van de aan hen voorgelegde kwesties een schending van de Code voorgedaan. Verzoeksters zijn tot de bevinding gekomen dat zij voldoende geïnformeerd zijn door verweerders, maar dat zij nog twifelen aan de juistheid van de conclusie van verweerders dat in alle opzichten aan de Code is voldaan, in het bijzonder ten aanzien van de drie bedoelde kwesties. Zij hebben aan verweerders meegedeeld geen behoefte te hebben aan een gesprek. Vervolgens hebben verzoeksters de kwesties ter toetsing voorgelegd aan de Commissie. De Commissie is van oordeel dat verzoeksters met de hier aangehaalde briefwisseling hebben voldaan aan de eis van constructief overleg in de zin van artikel 12 lid 2, aanhef en onder b. Dergelijk overleg behoeft niet mondeling te geschieden. Verweerders hebben voldoende gelegenheid gehad om hun standpunt in de aan hen voorgelegde kwesties te verwoorden en waren stellig in hun overtuiging dat zij aan de Code hadden voldaan. In zo'n geval is nader overleg niet nodig en konden verzoeksters zich tot de Commissie wenden voor een onafhankelijk oordeel. Hierbij verdient opmerking dat de Commissie geen oordeel geeft over de (gewenste) omgangsvormen tussen een brancheorganisatie en een van haar leden.
- 4.7 Ook op vraag (3) past een ontkennend antwoord. Artikel 12 lid 2, aanhef en onder e, van het Reglement bepaalt dat een verzoeker niet ontvankelijk is in zijn toetsingsverzoek indien meer dan twaalf maanden zijn verstreken "na het concrete voorval waarop het toetsingsverzoek betrekking heeft en de melding daarvan in het jaarlijkse verantwoordingsdocument van de zorg-

organisatie". Deze termijn gaat dus pas lopen nadat van het "concrete voorval" melding is gemaakt in het jaardocument van de zorgorganisatie. Deze uitleg ligt ook hierom voor de hand, omdat derden – zoals verzoeksters – van veel "concrete voorvallen" geen kennis kunnen hebben als daarover niets is vermeld in het jaardocument. Het zou ongerijmd zijn als een termijn zou kunnen aanvangen, en mogelijk zelfs zou eindigen, voordat een belanghebbende weet had (of redelijkerwijs kon hebben) van het voorval in kwestie. In dit geval is niet gesteld of gebleken dat het jaardocument melding heeft gemaakt van een of meer van de voorvallen waarop het verzoek betrekking heeft. Weliswaar zijn de daarin bedoelde benoemingen van twee leden van de RvT opgenomen in het jaardocument van de stichting, zoals verweerders onweersproken hebben gesteld, maar in de kwesties die nu aan de Commissie zijn voorgelegd, zijn juist de omstandigheden en de voorgeschiedenis van deze benoemingen van belang voor de beoordeling daarvan in het licht van de Code. De derde kwestie, betreffende P., is – naar tussen partijen vaststaat – in het geheel niet vermeld in het jaardocument. Verzoeksters zijn pas door de melding door een derde bekend geraakt met de hier besproken mogelijke schendingen van de Code.

De kwesties die in het toetsingsverzoek aan de orde zijn gesteld

- 4.8 De drie kwesties waarvoor verzoeksters de aandacht van de Commissie hebben gevraagd, zijn – zakelijk samengevat – de volgende:

- (1) De diverse rollen van P. roepen de vraag op of zij verenigbaar zijn met de Code.
- (2) Bij de benoeming van H. tot voorzitter van de RvT, na zijn optreden als interim-bestuurder van T., rijst de vraag of hiermee de schijn van belangenverstrengeling in voldoende mate is voorkomen.
- (3) Deze zelfde vraag komt op bij de benoeming van N. tot lid van de RvT na zijn lidmaatschap van de raad van toezicht van de stichting die het O. in stand hield.

De Commissie bespreekt deze vragen in de hierna te vermelden volgorde.

- 4.9 Ten aanzien van de benoeming van H. tot voorzitter van de RvT geldt het volgende. De voorzitter van de RvT is het meest prominente lid van dit toezichthoudende orgaan van de stichting. De selectie voor deze functie dient dan ook objectief, transparant en onafhankelijk van de RvB plaats te vinden. Elke schijn van belangenverstrengeling dient te worden vermeden. Aan deze eis is in het geval van de benoeming van H. tot voorzitter van de RvT niet – en in elk geval niet voldoende – voldaan. H. had contact met de voorzitter van de RvB over deze functie en solliciteerde daarnaar vrij kort na¹ de periode dat hij interim-bestuurder van SMC was. Deze zorginstelling werd in stand gehouden door Q., waarin de stichting participeerde. De ziekenhuizen T. en L. werkten met elkaar samen. Ook tussen H. enerzijds en M. en de stichting anderzijds bestond dus een zakelijke relatie. In het profiel van de voorzitter van de RvT is de aandacht gevraagd voor de eis dat deze voorzitter met gezag moet kunnen optreden in crisissituaties waarbij de RvB in het geding is. Dit aandachtspunt is mede vermeld naar aanleiding van incidenten bij collega-zorgaanbieders in de regio en elders. Door de benoeming van H. is een schijn van belangenverstrengeling opgeroepen rondom de belangrijkste toezichthoudende functie. De RvT had moeten beseffen dat iedere zodanige schijn moet

¹ De woorden "vrij kort na" zijn in deze herstelde versie van het oordeel de plaats gekomen van het woord "in", dat op een kennelijke vergissing berustte.

worden vermeden. De Commissie constateert dat de Code, en in het bijzonder de artikelen 2.1 lid 3, 4.1 lid 1 en 4.5 lid 1 daarvan, zijn geschonden. De uitleg van verweerders voor deze afwijking van de Code is onvoldoende.

- 4.10 Ten aanzien van de benoeming van N. als lid van de RvT overweegt de Commissie als volgt. N. is weliswaar lid van de RvT van het O. geweest, maar aan deze functie is (op reguliere wijze) een einde gekomen meer dan een jaar voordat hij toezichthouder bij de stichting werd. Zijn vertrek bij het O. heeft plaatsgevonden ruim vóór het faillissement van de stichting die dat ziekenhuis in stand hield. Bovendien staat als onweersproken vast dat de verzorgingsgebieden van de beide ziekenhuizen (het O. en het L.) elkaar niet overlaptten. De Commissie komt op basis van de hier relevante feiten tot de conclusie dat ter zake van de benoeming van N. als lid van de RvT de Code niet is geschonden. Het wezenlijke verschil met de benoeming van H. was dat in diens geval zijn externe functie (van interim-bestuurder) een zorgorganisatie betrof die tijdens de uitoefening van deze functie vennootschappelijk was verbonden met de stichting.
- 4.11 Ten aanzien van de rol van P. binnen de stichting geldt het volgende. P. is binnen de organisatie van de stichting in diverse rollen opgetreden. Het gaat hierbij in het bijzonder om de combinatie van zijn optreden als persoonlijke coach van de voorzitter van de RvB (na de begeleiding van de RvB gedurende enige tijd in 2012 en 2013) en als begeleider (of procesbewaker) bij de vervulling van de vacature van voorzitter van de RvT in 2013, en later ook als begeleider (en in elk geval aanwezige) bij een zelfevaluatie van de RvT. Als de persoonlijke coach van de voorzitter van de RvB kon P. niet meer onbevangen optreden als begeleider van de RvT, het orgaan dat nu juist toezicht moet houden op de RvB. Het is de taak van de RvT om een evenwicht te zoeken in zijn verhouding tot de RvB en de individuele leden van de RvB, en om daarbij de nodige afstand te bewaren teneinde de toezichthoudende taak goed te kunnen vervullen. Daarmee strookt niet dat P., als de adviseur en de vertrouwenspersoon van de voorzitter van de RvB, een rol speelt in en met de RvT. Verweerders hebben nog betoogd dat P. geen lid was of is van de RvT of van de RvB en dat daardoor geen (schijn van) belangenverstrengeling kon optreden. Dit betoog treft echter geen doel. Het gaat niet om het handelen van P. zelf, maar om diens inschakeling door verweerders of een van hen. Daarbij hebben verweerders de vereiste onderlinge afstand niet in acht genomen. De Commissie oordeelt dat verweerders door deze samenvaal van rollen van P. de artikelen 3.3 lid 1, eerste volzin, en 4.1 lid 1 van de Code heeft geschonden. De uitleg van verweerders over deze schendingen is ontoereikend.

Ten slotte

- 4.12 Bij haar hierna te vermelden oordelen maakt de Commissie geen onderscheid tussen de twee verweerders. Zo'n onderscheid zou niets wezenlijks toevoegen aan de oordelen, en bovendien lopen de gedragingen van de RvT en de RvB hiervoor op onderdelen te zeer dooreen.

5. Het oordeel van de Governancecommissie

De Governancecommissie Gezondheidszorg oordeelt dat verweerders ten aanzien van de in paragraaf 4 vermelde aspecten de artikelen 2.1 lid 3, 3.3 lid 1, eerste volzin, 4.1 lid 1 en 4.5 lid 1 van de Zorgbrede Governancecode 2010 hebben geschonden.

Deze herstelde versie van het oordeel is verzonden aan partijen op 10 januari 2018.