

GOVERNANCECOMMISSIE GEZONDHEIDSZORG

Kenmerk: Gc 18 / 03

De Governancecommissie Gezondheidszorg, samengesteld als volgt:

mr. H.F.M. Hofhuis, wonende te Den Haag, voorzitter,
drs. Y.J.M. ten Brummelhuis, MSM, wonende te Nijmegen,
drs. W. Geerlings, wonende te Den Haag,
drs. H.A. Snapper, wonende te Eelderwolde,
bijgestaan door mr. F. Diepraam, secretaris,

heeft op 26 februari 2019 als volgt geoordeeld in de zaak van:

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

tegen:

de stichting **B.**,
gevestigd te Y.,
verweerster,
gemachtigde: mr. D.M. de Bruin.

Partijen worden hierna aangeduid als "verzoekster" respectievelijk "verweerster".

1. Procesverloop

- 1.1 Met een brief van 18 september 2018 heeft verzoekster de Governancecommissie Gezondheidszorg (hierna: de Commissie) een verzoek tot toetsing aan de Governancecode Zorg 2017 (hierna: de Code) voorgelegd. Bij het toetsingsverzoek zijn vier bijlagen gevoegd (genummerd 1-4). De Commissie heeft een kopie van deze brief toegezonden aan de raad van bestuur (RvB) en de raad van toezicht (RvT) van verweerster, met de uitnodiging daarop te reageren.
- 1.2 Verweerster heeft met een brief van 12 oktober 2018, die is ondertekend door de RvB en de voorzitter van de RvT, een verweerschrift ingediend. Zij heeft hierin *primair* geconcludeerd dat verzoekster niet-ontvankelijk is in het toetsingsverzoek. *Subsidiair* heeft verweerster de Commissie verzocht het toetsingsverzoek af te wijzen en af te zien van een nader onderzoek.
- 1.3 Nadat het secretariaat van de Commissie aan beide partijen had verzocht verhinderdata op te geven voor de mondelinge behandeling van het verzoek, heeft de voorzitter van de RvB op 18 oktober 2018 telefonisch contact opgenomen met het secretariaat van de Commissie. Hij heeft daarbij meegedeeld dat verzoekster niet kan worden ontvangen in het toetsingsverzoek en dat daarom een mondelinge behandeling van het verzoek niet nodig is. De secretaris van de Commissie heeft daarop aan beide partijen een e-mailbericht van 19 oktober 2018 gezonden met – kort gezegd – de vermelding van de mogelijkheid dat de Commissie in geval van een mogelijke

kennelijke niet-ontvankelijkheid eerst daarover oordeelt. Door een betreurenswaardige administratieve vergissing (het gebruik van een verkeerd e-mailadres van verweerster) heeft dit bericht verweerster niet bereikt. Dit is gebleken na de ontvangst van een e-mailbericht van 20 december 2018 van de kant van verweerster. Dit heeft geleid tot een e-mail van 21 december 2018 van de secretaris van de Commissie aan beide partijen, met onder meer de mededeling dat de mogelijkheid van een korte voorprocedure over de ontvankelijkheidsvraag niet meer openstaat.

- 1.4 Op 27 december 2018 heeft een vertegenwoordigster van verweerster een nader bericht ingezonden. De secretaris van de Commissie heeft daarop gereageerd met een e-mailbericht van 28 december 2018.
- 1.5 Met een brief van 7 januari 2019 heeft verzoekster gereageerd op het primaire verweer met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid.
- 1.6 Met een brief van 21 januari 2019 heeft de gemachtigde van verweerster namens de RvB en de RvT een nadere reactie ingediend. Daarbij zijn tien bijlagen gevoegd (aangeduid met de letters A-J).
- 1.7 De Commissie heeft het verzoek behandeld op de zitting van 29 januari 2019 te Utrecht. Door een verhindering van één van de leden van de kamer die voor de behandeling was aangewezen, bestond de kamer van de Commissie uit vier leden (in plaats van het reglementaire aantal van vijf). Met de uitdrukkelijke instemming van partijen heeft deze kamer het toetsingsverzoek behandeld.
- 1.8 Bij de zitting van 29 januari 2018 waren aan de zijde van verzoekster aanwezig C. (voorzitter) en D. (jurist werkzaam bij verzoekster). Aan de zijde van verweerster waren aanwezig E. (de bestuurder), F. (voorzitter van de RvT), G. (lid van de RvT) en H. (controller), met de gemachtigde van verweerster. Partijen hebben het woord gevoerd. Zij hebben voorts vragen van de Commissie beantwoord.
- 1.9 Zoals aangekondigd tijdens de zitting, heeft de secretaris van de Commissie met een aan beide partijen gerichte e-mail van 30 januari 2019 aan verweerster verzocht om inzending van enkele nadere stukken (statuten, jaarlijkse verantwoordingsdocumenten). Verweerster heeft aan het zojuist bedoelde verzoek van de Commissie gevolg gegeven met een e-mail van 1 februari 2019 (met zes bijlagen) van haar gemachtigde. Verzoekster is in de gelegenheid gesteld hierop schriftelijk te reageren. Zij heeft dit gedaan met een per e-mail verzonden brief van 7 februari 2019 van haar voorzitter.
- 1.10 Verzoekster heeft op 30 januari 2019 de tekst van de door haar voorzitter voorgedragen zittingsaantekeningen nagezonden. Verweerster heeft, met een e-mail van 4 februari 2019 van haar gemachtigde, bezwaar gemaakt tegen de nazending van dit stuk, dat volgens haar gegevens bevat die tijdens de mondelinge behandeling niet zijn besproken. De Commissie heeft besloten geen acht te slaan op dit stuk. Op 4 februari 2019 heeft de secretaris van de Commissie dit aan partijen meegedeeld.

2. Enkele vaststaande feiten

- 2.1 Verzoekster is een branchevereniging van zorgondernemers. Zij houdt zich bezig met het (doen) behartigen van gemeenschappelijke belangen van haar leden in de sectoren Zorg, Wel-

- zijn en Wonen. Verzoekster is een van de brancheorganisaties die als “*deelnemer*” zijn aangesloten bij de Stichting Scheidsgerecht Gezondheidszorg, die de Commissie in stand houdt. Zij is aangesloten bij Brancheorganisaties Zorg (BoZ), die de Code heeft vastgesteld.
- 2.2 Verweerster houdt een thuiszorgorganisatie in stand die actief is in heel Nederland. Haar bedrijfsopbrengsten hebben in 2017 ruim € 400 miljoen bedragen. Zij levert in Nederland zorg aan ongeveer 100.000 cliënten. Verweerster is lid van verzoekster en daarmee verplicht tot naleving van de Code.
 - 2.3 E. (“E.”) is een van de oprichters (“*founding fathers*”) van verweerster, die sinds 2006 bestaat, en hij is de enige bestuurder van deze rechtspersoon. Hij vormt daarmee de RvB en heeft een dienstverband bij verweerster voor 0,8 fte. Hij is daarnaast de enige bestuurder en aandeelhouder van de besloten vennootschap I. (“I.”). Deze vennootschap houdt op haar beurt:
 - a. 27% van de aandelen in de besloten vennootschap J. (“J.”);
 - b. 50% van de aandelen in de besloten vennootschap K. (“K.”);
 - c. 51% van de aandelen in de besloten vennootschap L. (“L.”).
 - 2.4 De RvT bestaat thans uit twee leden. De benoeming van een derde lid, in de plaats van een lid dat is afgetreden, is nabij.
 - 2.5 Artikel 6 lid 1 van de statuten van verweerster bepaalt onder meer dat iedere bestuurder “*elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling of belangenverstrengeling tussen hem en [verweerster] (vermijdt)*”. Artikel 6 lid 6 bepaalt, voor zover thans van belang, dat het bestuur (de RvB) de goedkeuring nodig heeft van de RvT voor een besluit tot “*rechtshandelingen, waarbij de stichting [zijnde verweerster, toevoeging Commissie] een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders*”.
 - 2.6 J. voert een ICT-onderneming die diensten levert aan verweerster en andere zorgorganisaties. De jaarmzet van J. bedraagt ongeveer € 12 miljoen. De omzet van J. uit opdrachten van verweerster bedroeg in de afgelopen jaren rond de € 2 à 3 miljoen per jaar. M. (“M.”) is, via de besloten vennootschap N. (“N.”), waarvan hij alle aandelen heeft, de bestuurder van J.. De door J. aan verweerster geleverde software, hardware en IT-systemen zijn specifiek afgestemd op (de werkwijze van) verweerster.
 - 2.7 K. houdt een zorgorganisatie in stand die psychiatrische zorgdiensten levert. Tussen verweerster en K. vinden geen transacties plaats. De (enige) bestuurder van K. is O..
 - 2.8 L. houdt zich bezig met het leveren van HRM-diensten aan B.exploitanten. M. is, via N., de bestuurder van J.. L. is enig aandeelhouder en bestuurder van de onder meer besloten vennootschappen P. en Q. and R. (“R.”).
 - 2.9 R. levert al jaren adviesdiensten aan zorgorganisaties in binnen- en buitenland, waaronder verweerster. Tot en met 2014 betaalde verweerster daarvoor aan R. een jaarlijkse *fee* ter grootte van 3 promille van de jaarmzet van verweerster. In 2015 betaalde verweerster een *fee* van 1,5 promille van haar jaarmzet aan R.. Vanaf 2016 heeft verweerster geen jaarlijkse *fees* meer aan R. betaald, maar kunnen vergoedingen worden betaald voor advies- en ontwikkelopdrachten. Daarvan is in 2016 en 2017 geen sprake geweest.

- 2.10 In de Jaarrekening 2015 van verweerster is melding gemaakt van een door verweerster aan de besloten vennootschap Q. – thans: R., toevoeging Commissie – betaalde vergoeding ten bedrage van € 525.202 voor “het gebruik van het Q. en het ontwikkelen van nieuwe concepten”.
- 2.11 Op 29 januari 2018 is tussen verweerster en de Belastingdienst een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin - kort en zakelijk weergegeven - onder meer is bepaald dat:
- indien E. of een (in)direct door hem gehouden vennootschap een overeenkomst aangaat met een gelieerde partij, deze overeenkomst schriftelijk zal worden vastgelegd, en de daaruit voortvloeiende transacties tegen zakelijke voorwaarden en een zakelijke prijs worden uitgevoerd;
 - in voorkomende gevallen vooroverleg zal plaatsvinden over *transfer pricing* of voorwaarden voor transacties binnen de groep;
 - de exploitatie van de rechten schriftelijk zal worden gedocumenteerd en uitsluitend zal geschieden tegen zakelijk onderbouwde en vastgestelde vergoedingen;
 - het de (private) eigenaar van de rechten slechts onder nader omschreven voorwaarden is toegestaan om voor nieuwe onderdelen of producten van het concept een vergoeding van verweerster te ontvangen;
 - de prijsstelling van J. en de voorwaarden van haar dienstverlening ten behoeve van verweerster te allen tijde zakelijk zullen zijn, afdoende gedocumenteerd en in overeenstemming met de prijzen en voorwaarden die J. is overeengekomen met derde partijen;
 - verweerster geen gelden te leen zal verstrekken aan onder meer E.;
 - de allocatie van kosten en opbrengsten tussen verweerster en enkele nader genoemde (gelieerde) vennootschappen zodanig zal zijn dat deze steeds zullen worden toegerekend aan de rechtspersoon waarop zij betrekking hebben.
- 2.12 Het Jaarverslag 2017 van verweerster bevat de volgende verwijzing naar de tussen haar en de Belastingdienst gemaakte afspraken:
- “Als onderdeel van het ten uitvoer brengen van de vaststellingsovereenkomst [verweerster]-Belastingdienst, heeft in voorjaar 2018 een herschikking van de structuur plaatsgevonden. Hierbij is een aantal aan [verweerster] gelieerde entiteiten geliquideerd en zijn bepaalde activiteiten van die entiteiten overgedragen aan nieuw opgerichte entiteiten. Tevens zijn aandelen van enkele entiteiten overgedragen aan andere aandeelhouders en heeft overdracht plaatsgevonden van merkrecht/auteursrecht. Met deze herschikking van activiteiten is een strikte scheiding gerealiseerd, tussen enerzijds een groep van entiteiten die zorgactiviteiten verricht die gefinancierd worden met publiek geld en anderzijds een groep van entiteiten die commerciële activiteiten verricht die gefinancierd worden met private gelden. Deze beide groepen hebben verschillende bestuurders. Transacties tussen deze groepen worden steeds ter voorafgaande goedkeuring voorgelegd aan de Raad van Toezicht van [verweerster].”*
- 2.13 In februari en maart 2018 hebben enkele media aandacht besteed aan de onderneming van verweerster en aan haar gelieerde rechtspersonen.
- 2.14 Op 23 maart 2018 heeft verzoekster aan E. (als de bestuurder van verweerster) een brief met de volgende inhoud gestuurd:

"[Verzoekster] heeft kennis genomen van berichtgeving die vragen oproep ten aanzien van de governancestructuur van [verweerster] en de met deze Stichting verbonden of geïsoleerde rechtspersonen, alsmede met het handelen van u als bestuurder van [verweerster] met rechtspersonen waarvan u eigenaar bent en waarin u zeggenschap heeft ("Boegbeeld achter B. hield publiek- en privé geld niet gescheiden", T. d.d. 16 februari 2018; "B. sluisde miljoenen voor privé bedrijven oprichter E.", d.d. 7 maart 2018).

Het naleven van de Governancecode Zorg 2017 (en hiervoor de Zorgbrede Governancecode 2010) geldt als een lidmaatschapsverplichting voor de leden van [verzoekster]. Binnen onze vereniging hebben wij afgesproken dat [verzoekster], in het geval dat wij signalen krijgen dat (een van de) lidmaatschapsverplichtingen mogelijk niet juist worden nageleefd, gehouden is een verkennend onderzoek hiernaar te doen.

In dit kader ontvangen wij graag antwoord op de volgende vragen:

- 1. In hoeverre is de hiervoor genoemde berichtgeving over de governancestructuur en het handelen van u als bestuurder juist en volledig?*
- 2. Met welke rechtspersonen is [verweerster] verbonden, en uit welk eigendoms- en zeggenschapsrelaties bestaat deze verbinding?*
- 3. Met welke rechtspersonen bent u als privé persoon verbonden, en uit welke eigendoms- en zeggenschapsrelatie bestaat deze verbinding?*
- 4. Hoe heeft u zich bij het inrichten van de governancestructuur van [verweerster] en de hiermee verbonden rechtspersonen en bij het handelen als bestuurder van [verweerster] rekenschap gegeven van het bepaalde in de Governancecode Zorg 2017, dat stelt dat "elke vorm van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremming van enig lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht en de zorgorganisatie wordt voorkomen en de schijn hiervan wordt vermeden"?*
- 5. Hoe heeft u zich bij het inrichten van de governancestructuur van [verweerster] en de hiermee verbonden rechtspersonen en bij het handelen als bestuurder van [verweerster] rekenschap gegeven van het bepaalde in de Zorgbrede Governancecode 2010, dat stelt dat "elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremming tussen enig lid van de raad van bestuur en de zorgorganisatie wordt vermeden? Besluiten tot het aangaan van transacties, waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht"?*
- 6. Meent u dat [verweerster] aan de Governancecode Zorg 2017 voldoet? En wilt u dit motiveren?*
- 7. Hoe is het tegengaan van belangenverstremming geregeld in de reglementen van de raad van bestuur en de raad van toezicht?*

Aan de raad van toezicht van [verweerster] hebben wij in het kader van ons verkennend onderzoek ook enkele vragen voorgelegd. Wij voegen deze brief zorgvuldigheidshalve bij."

2.15 Op 23 maart 2018 heeft verzoekster tevens een brief aan de RvT gestuurd. Deze brief bevatte een soortgelijke inleiding als de brief aan E. en voorts de volgende vragen:

- "1. In hoeverre is de hiervoor genoemde berichtgeving over de governancestructuur en het handelen van uw bestuurder naar uw oordeel juist en volledig?"*

2. *Weet u met welke rechtspersonen [verweerster] zich heeft verbonden, en weet u uit welke eigendoms- en zeggenschapsrelaties deze verbinding bestaat? Heeft u het aangaan van deze verbindingen goedgekeurd?*
3. *Weet u met welke rechtspersonen de bestuurder van [verweerster] zich als privé persoon heeft verbonden, en weet u uit welke eigendoms- en zeggenschapsrelaties deze verbinding bestaat? Zijn deze verbindingen gemeld, en zo ja, hoe luidde uw oordeel hierover?*
4. *Hoe heeft u zich bij het goedkeuren van de governancestructuur van [verweerster] en de hiermee verbonden rechtspersonen en bij het beoordelen van het handelen van de bestuurder van [verweerster] rekenschap gegeven van het bepaalde in de Governancecode Zorg 2017, dat stelt dat "elke vorm van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling van enig lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht en de zorgorganisatie wordt voorkomen en de schijn hiervan wordt vermeden"?*
5. *Hoe heeft u zich bij het goedkeuren van de governancestructuur van [verweerster] en de hiermee verbonden rechtspersonen en bij het beoordelen van het handelen van de bestuurder van [verweerster] rekenschap gegeven van het bepaalde in de Zorgbrede Governancecode 2010, dat stelt dat "elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen enig lid van de raad van bestuur en de zorgorganisatie wordt vermeden? Besluiten tot het aangaan van transacties, waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht"?*
6. *Meent u dat [verweerster] aan de Governancecode Zorg 2017 voldoet? En wilt u dit motiveren?"*

- 2.16 Met een brief van 20 april 2018 heeft E. aan verzoekster, kort samengevat, het volgende geantwoord.
- (1) De berichtgeving over de governancestructuur en zijn handelen als bestuurder was niet juist en niet volledig.
 - (2) Naar aanleiding van een vaststellingsovereenkomst van 29 januari 2018 met de Belastingdienst is een herschikking van de structuur gerealiseerd.
 - (3) Hij, E., heeft één personal holding met drie deelnemingen, die elk ook andere aandeelhouders hebben. Hij maakt geen deel uit van de directie van een van deze deelnemende vennootschappen.
 - (4) Er is geen sprake van persoonlijke bevoordeling of belangenverstremgeling. Alle transacties tussen de "publieke tak" en de "private tak" hebben tegen zakelijke voorwaarden, na extern advies en met toestemming van de RvT, plaatsgevonden.
 - (5) Besluiten waarbij eventuele tegenstrijdige belangen van materiële betekenis spelen, worden vooraf voorgelegd aan de RvT.
 - (6) Verweerster past de zeven principes van de Code toe.
 - (7) De RvB en de RvT bespreken met de nodige regelmaat de *governance*, de groepsstructuur en de transacties.
- 2.17 Met een brief van 20 april 2018 heeft de voorzitter van de RvT aan verzoekster, kort samengevat, het volgende geantwoord.
- (1) De berichtgeving over de governancestructuur en het handelen van de bestuurder van verweerster was niet juist en niet volledig.
 - (2) De RvT is volledig bekend met de groepsstructuur van verweerster.

- (3) De RvT is, mede op basis van mededelingen van de bestuurder, volledig bekend met diens verbondenheid met andere rechtspersonen, en acht deze passend in het kader van het functioneren van de bestuurder en het belang van de werkzaamheid en effectiviteit van verweerster.
- (4) De governancestructuur is met grote regelmaat onderwerp van bespreking met de bestuurder. Daarbij wordt, na adviezen van specialisten, beoordeeld of in wezen of in schijn sprake is van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling. Een van de uitvloeisels van deze beoordeling is dat de laatste jaren, met het groeien van de organisatie, de *governance* en de documentatievereisten zijn aangescherpt.
- (5) De RvT heeft, voor zover nodig en na kennisneming van voorgenomen besluiten, ingestemd met transacties tussen enerzijds verweerster en met haar verbonden entiteiten en anderzijds vennootschappen waarin de bestuurder eveneens bestuurder of aandeelhouder is.
- 2.18 Op 17 juli 2018 heeft tussen partijen een bespreking plaatsgevonden. Daarbij heeft verweerster de *governance* en de organisatie van verweerster en de aan haar gelieerde (rechts)personen nader toegelicht. Verzoekster heeft van deze bespreking een gespreksverslag gemaakt.
- 2.19 Met een e-mail van 19 juli 2018 heeft verweerster twee organogrammen aan verzoekster toegezonden, waarin schematisch de voormalige en de huidige structuur van de groep waarvan verweerster en de daarmee verbonden partijen deel uitmaken, zijn weergegeven.
- 2.20 Met een e-mail van 15 augustus 2018 heeft de voorzitter van de RvT gereageerd op het door verzoekster opgestelde verslag van de bespreking van 17 juli 2018. Hij heeft hierin de aandacht van verzoekster gevraagd voor enkele, in dit bericht beschreven, inhoudelijke en tekstuele opmerkingen over dat verslag. Verzoekster heeft deze opmerkingen verwerkt in het definitieve verslag. In dit verslag is onder meer melding gemaakt van de in 2.9 genoemde betaling door verweerster aan R. van *fees* in de jaren tot en met 2015. Daaraan is toegevoegd:
- "Vanaf 2016 worden geen fees meer betaald, maar kunnen vergoedingen worden betaald voor advies- en ontwikkelopdrachten. Dat is in 2016 en 2017 niet het geval geweest. De RvB is wel direct of indirect betrokken bij deze opdrachtverleningen. Het is echter de RvT, en niet de RvB, die besluit over het gunnen van een dergelijke opdracht. Naar een voorlopige inschatting zal het gaan om een omzet van plm. 3 miljoen Euro per jaar."*
- 2.21 In de zojuist vermelde e-mail van 15 augustus 2018 heeft de voorzitter van de RvT aan verzoekster aangeboden om de bredere context van de structuur en werkwijze van verweerster toe te lichten. Verzoekster heeft daarvan geen gebruik gemaakt.
- 2.22 Nadien heeft tussen partijen geen overleg meer plaatsgevonden, met dien verstande dat de voorzitter van verzoekster in een gesprek op 17 september 2018 aan de bestuurder van verweerster heeft meegedeeld dat verzoekster een toetsingsverzoek aan de Commissie zou voorleggen. Dit is de daarop volgende dag gebeurd.
- 2.23 Op 21 november 2018 heeft de RvT een document met de titel "*Governance Code B.*" ("*GC B.*") vastgesteld. In dit document zijn de zeven principes van de Code besproken aan de hand van de inrichting van de *governance* van verweerster. Bij "Principe 5 Goed bestuur" is onder meer verwezen naar de vaststellingsovereenkomst tussen de Belastingdienst en verweerster.
- 2.24 In december 2018 heeft verweerster een zogeheten "*Statuut Toezicht B.*" ("*Statuut Toezicht*") opgesteld. Hierin is onder meer de volgende passage opgenomen:

"Verbinding met andere B. activiteiten

Sinds het sluiten van de overeenkomst met de Belastingdienst eind januari 2018 bestaat er een strikte scheiding tussen de publieke tak (Stichting B.) en de private tak (de aan B. gelieerde entiteiten). De RvT is uitsluitend een orgaan van [verweerster]. Voor een goede vervulling van haar taken heeft de RvT volledig inzicht in de verbindingen die bestaan met andere partijen die, direct dan wel indirect, verbonden zijn, financieel en organisatorisch, met [verweerster] of haar Bestuurder of medewerkers. (...)

3. De standpunten van partijen

Het standpunt van verzoekster

- 3.1 Verzoekster stelt dat bij haar twijfel bestaat over de juiste naleving van de Code door verweerster. Blijkens het toetsingsverzoek van 18 september 2018 vraagt verzoekster zich af of (1) de relatie tussen enerzijds verweerster en anderzijds R. en J. en (2) het feit dat de besluitvorming over transacties tussen enerzijds verweerster en anderzijds R. en J. bij de RvT is ondergebracht, zich verdragen met het gebod om (de schijn van) persoonlijke bevoordeling en (de schijn van) belangenverstrengeling tegen te gaan. Verzoekster legt aan de Commissie de vraag voor of verweerster zich bij de inrichting van haar governancestructuur en bij het aangaan van (financiële) transacties met de aan haar verbonden en/of gelieerde vennootschappen voldoende rekening heeft gegeven van de regel van onderdeel 2.6.1 van de Code. Verzoekster stelt ook de vraag of verweerster voldoende heeft gedaan om (de schijn van) persoonlijke bevoordeling en (de schijn van) belangenverstrengeling tegen te gaan. Desgevraagd heeft verzoekster tijdens de mondelinge behandeling op 29 januari 2019 verklaard dat haar verzoek mede betrekking heeft op de betaling (door verweerster aan R.) van de *fees* in de jaren 2012-2015.

Het standpunt van verweerster

- 3.2 *Primair* heeft te gelden dat verzoekster niet kan worden ontvangen in het toetsingsverzoek, omdat zij niet heeft voldaan aan het vereiste van artikel 12 lid 2 onder b van het Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg ("het Reglement"). Verzoekster is slechts afgegaan op eenzijdige, tendentieuze berichtgeving, heeft geen eigen onderzoek gedaan en heeft haar, verweerster, niet in staat gesteld om na het gesprek van 17 juli 2018 de situatie in een vervolggesprek nader toe te lichten. Ook heeft verzoekster niet toegelicht welke "*twijfels*" precies bij haar bestonden. Als gevolg daarvan is zij, verweerster, niet in de gelegenheid gesteld om naar aanleiding daarvan zo nodig maatregelen te nemen. Verzoekster is zonder opgave van redenen voorbijgegaan aan het aanbod van verweerster (gedaan op 17 juli 2018 en 15 augustus 2018) om een nadere toelichting te geven. Verweerster is pas op 17 september 2018 mondeling ingelicht over de voorgenomen indiening van het verzoek, terwijl het verzoek reeds op de dag erna is ingezonden. Het verzoek voldoet ook niet aan artikel 13 lid 1 aanhef en onder d van het Reglement, omdat het geen nauwkeurige omschrijving en motivering bevat en evenmin een concreet omschreven geval vermeldt. Verweerster is daardoor geschaad in haar mogelijkheden om adequaat verweer te voeren.
- 3.3 *Subsidiar* verzoekt verweerster de Commissie om af te zien van een nader onderzoek doordat het verzoek van verzoekster disproportioneel is, en daarmee in strijd is met de bepalingen van het Reglement en met het zorgvuldigheidsbeginsel. Gelet op het door verzoekster gelegde verband met mediaberichten in februari en maart 2018, is het toetsingsverzoek volgens haar aldus

te begrijpen dat het betrekking heeft op de periode vanaf 2018 tot heden. Het aantal transacties tussen verweerster en de door verzoekster genoemde andere rechtspersonen is in deze periode zeer beperkt geweest.

- 3.4 Aan R. heeft verweerster in de periode vanaf februari 2018 tweemaal personeelskosten doorbelast. Dit is gebeurd wegens de uitleen van personeel door verweerster. In het eerste geval was sprake van een doorbelasting van de werkelijke salariskosten (van "dedicated personeel") met een opslag van 15%. In het tweede geval zijn, met goedkeuring van de RvT, de werkelijke uren (van "on demand-personeel") doorbelast met een opslag van 50%. Er is geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat sprake is (geweest) van (schijn van) belangenverstremgeling. R. heeft immers aan verweerster betaald, geen gelden van haar ontvangen. E. is geen bestuurder van R., en hij is dat ook niet geweest. Evenmin heeft hij beheersdaden voor R. verricht. Het in stand blijven van een zakelijke verbintenis met R. is een levensvoorwaarde voor verweerster, omdat niet zij maar private partijen eigenaar zijn van het B.concept.
- 3.5 In de verhouding tussen verweerster en J. is in de periode vanaf februari 2018 tweemaal sprake geweest van noodzakelijke kosten in verband met inkoop van specifieke software, hardware en IT-systemen die leiden tot een betere, want efficiëntere en goedkopere, bedrijfsvoering van verweerster. Deze transacties hebben plaatsgevonden tegen zakelijke voorwaarden en tarieven. De totale ICT-kosten van verweerster hebben in 2017, mede als gevolg van de samenwerking met J., 1,8% van de opbrengsten bedragen. Mede door de lage ICT-kosten heeft verweerster beduidend lagere bedrijfskosten dan andere zorginstellingen. Er is geen aanleiding om te veronderstellen dat sprake is (geweest) van (schijn van) belangenverstremgeling. E. is geen bestuurder van J., en hij is dat ook niet geweest. Evenmin heeft hij voor J. beheersdaden verricht.
- 3.6 Tussen verweerster en K. hebben in de periode vanaf februari 2018 in het geheel geen transacties plaatsgevonden.
- 3.7 Als gevolg van de combinatie van de door verweerster getroffen maatregelen, zoals onder meer blijkend uit het Statuut Toezicht, de GC B. en de vertrouwelijke afspraken met de Belastingdienst, staat buiten twijfel dat zij, verweerster, heeft voldaan aan onderdeel 2.6.1 van de Code.

De verdere stellingen van partijen

- 3.8 Datgene wat partijen verder hebben aangevoerd, komt voor zover nodig hierna aan de orde.

4. De beoordeling van het verzoek

Algemeen

- 4.1 De Commissie dient allereerst vast te stellen op welke gedragingen van verweerster – en meer in het algemeen: op welke aspecten van haar governancestructuur – het toetsingsverzoek betrekking heeft. Dit is nodig omdat verweerster heeft aangevoerd dat gebeurtenissen van vóór 2018 geen rol mogen spelen. Volgens haar vallen deze gebeurtenissen buiten het toetsingsverzoek en heeft zij haar verweer daarop dus ook niet gericht en niet behoeven te richten.
- 4.2 In het toetsingsverzoek van 18 september 2018 heeft verzoekster geen gebeurtenissen (gedragingen van verweerster of andere relevante gegevens) van vóór 2018 genoemd. In algemene zin verlangt zij toetsing van bepaalde relaties en transacties van verweerster aan de Code, dat wil zeggen: de governancecode die sinds 1 januari 2017 geldt. Uit dit een en ander leidt de Commissie af dat het verzoek betrekking heeft op gebeurtenissen van na 1 januari 2017. Verweerster behoefde er daarom niet op bedacht te zijn dat ook eerdere kwesties onderwerp van de toetsing zouden zijn. Dit geldt dus ook voor de betalingen van *fees* door R. (en haar rechtsvoorganger) aan verzoekster in een reeks jaren vóór 2016. Dergelijke betalingen zijn wel vermeld in de (bij het toetsingsverzoek gevoegde) correspondentie van partijen in de maanden maart en april 2018 (zie 2.14-17) en in het eveneens bijgevoegde verslag van de bespreking van partijen op 17 juli 2018, maar verweerster is terecht afgegaan op datgene wat in het verzoek zelf is opgenomen.
- 4.3 Als gevolg van het in 4.2 vermelde komt de Commissie niet toe aan de beoordeling van de stelling van verweerster dat verzoekster, voor zover het om de hier bedoelde betaling van *fees* zou gaan, niet in haar verzoek kan worden ontvangen doordat zij daarmee te laat is. Verweerster heeft zich hierbij beroepen op artikel 12 lid 2 aanhef en onder e van het Reglement, dat bepaalt dat de Commissie een verzoeker niet-ontvankelijk verklaart indien *“meer dan twaalf maanden zijn verstreken na het concrete voorval waarop het toetsingsverzoek betrekking heeft en de vermelding daarvan in het jaarlijkse verantwoordingsdocument van de zorgorganisatie”*. Verweerster heeft in dit verband aangevoerd dat de betaling van deze *fees* is opgenomen in haar Jaarrekening 2015 en dat dit document is te zien als het in artikel 12 bedoelde *“jaarlijkse verantwoordingsdocument”* van verweerster. Verzoekster heeft hiertegenover betoogd dat die jaarrekening geen gegevens bevat waaruit kenbaar was dat de bestuurder van verweerster tevens de meerderheid van de aandelen bezit in L., de houder van alle aandelen in R.. Een nader onderzoek naar de juistheid van dit betoog kan dus achterwege blijven.
- 4.4 De beoordeling van de ontvankelijkheid dient voorts te geschieden aan de hand van artikel 12 lid 2 aanhef en onder b van het Reglement. Hierin is bepaald – samengevat en voor zover thans relevant – dat de Commissie een verzoeker niet-ontvankelijk verklaart indien het toetsingsverzoek niet tevoren aan de raad van bestuur van de zorgorganisatie kenbaar is gemaakt en sindsdien een zodanige termijn is verlopen dat de zorgorganisatie redelijkerwijs gelegenheid heeft gehad om daarover met de verzoeker constructief overleg te plegen en naar aanleiding daarvan zo nodig maatregelen te treffen. Gegeven het prealabele verweer verdient ook artikel 13 lid 1 aanhef en onder d van het Reglement de aandacht. Deze bepaling houdt – voor zover hier van belang – in dat een verzoek een nauwkeurige omschrijving en motivering van het verzoek tot toetsing van de naleving van een of meer principes van de Code *“in een concreet omschreven geval”* bevat (en dus: dient te bevatten).

- 4.5 Binnen het in 4.2 omliggende kader gaan beide partijen uit van de toepasselijkheid van de Code in de versie die sinds 1 januari 2017 geldt. Het inhoudelijke debat van partijen spitst zich toe op de betekenis van onderdeel 2.6.1 van de Code in deze zaak. De eerste alinea van dit onderdeel luidt als volgt:

Elke vorm van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling van enig lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht en de zorgorganisatie wordt voorkomen en de schijn hiervan wordt vermeden.

De ontvankelijkheid van verzoekster

- 4.6 Het beroep van verweerster op artikel 12 lid 2 aanhef en onder b van het Reglement slaagt niet. Verzoekster heeft de kwestie die zij aan de Commissie voorlegt, tevoren met verweerster besproken. In het overleg van partijen zijn de relevante aspecten in de kern besproken. Uit de reactie van verweerster op het toetsingsverzoek blijkt niet dat zij, indien haar meer tijd voor uitleg of overleg of voor het treffen van nadere maatregelen zou zijn gegeven, haar werkwijze of interne regelingen zou hebben aangepast. Daarmee is voldaan aan de kennelijke strekking van de hier besproken ontvankelijkheidseis. Hierbij is, voor zover nodig, tevens van belang dat verzoekster niet met stelligheid betoogt dat verweerster de Code heeft geschonden, maar (slechts) dat zij daarover twijfel heeft en een oordeel van de Commissie vraagt.
- 4.7 De Commissie volgt verweerster ook niet in het beroep van haar, verweerster, op de woorden "een concreet omschreven geval" in artikel 13 lid 1 aanhef en onder d van het Reglement. Met deze woorden is niet bedoeld dat het om een of meer welomschreven gebeurtenissen moet gaan. Als een toetsingsverzoek melding maakt van het bestaan van een – mogelijk – met de Code strijdige connectie of reglementaire voorziening, heeft de verzoeker toegang tot de Commissie. Deze dient dan te onderzoeken of er inderdaad strijd met de Code is.
- 4.8 Verzoekster is dus ontvankelijk in het verzoek voor zover dit betrekking heeft op de kwesties – ontleend aan de situatie van na 1 januari 2017 – waarover zij in haar verzoek twijfel heeft geuit.

De inhoudelijke beoordeling van het verzoek

- 4.9 Bij de beoordeling van het verzoek stelt de Commissie voorop dat het in deze zaak niet gaat om de bijzonderheden (en de praktische uitwerking) van het concept dat aan de organisatie van verweerster ten grondslag ligt, en evenmin om de efficiëntie van haar werkwijze, de kwaliteiten van haar bestuurder of de kwaliteit van de zorg die zij biedt. Verzoekster heeft ten aanzien van al deze aspecten verklaard dat zij respect heeft voor de wijze waarop verweerster en haar bestuurder in dit opzicht werken. Haar twijfel – en daarmee de inzet van haar toetsingsverzoek – betreft de vraag of twee specifieke onderdelen van de bestuurlijke opzet van verweerster en enkele andere, met haar verbonden, rechtspersonen verenigbaar zijn met de Code, en meer in het bijzonder met het aangehaalde onderdeel 2.6.1 daarvan. Het gaat verzoekster hierbij om (1) de relaties tussen verweerster en R. en tussen verweerster en J. en de financiële transacties met deze rechtspersonen, en (2) de "beheersmaatregel" voor de verhouding tussen de RvB en de RvT bij transacties tussen verweerster en die beide andere rechtspersonen.
- 4.10 Voor zover hier van belang strekt onderdeel 2.6.1 van de Code tot het voorkomen van persoonlijke bevoordeling of belangenverstrengeling van de bestuurder, of van de schijn daarvan. Uit dit laatste ("de schijn") volgt dat het niet alleen gaat om gevallen van persoonlijke bevoordeling

of belangenverstremgeling die zich werkelijk hebben voorgedaan of om het reële en concrete gevaar dat die zich zullen voordoen, maar ook om een bestuurlijke constellatie die de schijn daarvan oproept. Dit betekent niet dat elke door iemand gevoelde schijn voldoende is. Voor strijdigheid met dit voorschrift is een zekere, geobjectiveerde, mate van deze schijn nodig.

- 4.11 Het staat vast dat verweerster zakelijke overeenkomsten sluit met twee vennootschappen (J. en R.) waarin E. indirect financiële belangen heeft. I., een vennootschap waarvan hij de enige bestuurder en aandeelhouder is, houdt immers aandelen in J. en in L., en deze laatste rechtspersoon is de enige aandeelhouder en bestuurder van R.. Het staat ook vast dat E. de enige bestuurder is van verweerster en dus als enige deze vennootschap kan binden, met dien verstande dat overeenkomsten waarbij verweerster een tegenstrijdig belang heeft met E., statutair de goedkeuring van de RvT behoeven. Terzijde tekent de Commissie hierbij aan dat deze statutaire voorziening niet geheel juist is omschreven in het verslag van het gesprek van partijen op 17 juli 2018. Het is immers niet de RvT die besluiten neemt over het gunnen van opdrachten aan R., maar de RvB (E. dus) met goedkeuring van de RvT. Verweerster wordt ook bij dergelijke opdrachten vertegenwoordigd door haar bestuurder, niet door de RvT. Dit neemt niet weg dat de Commissie ervan zal uitgaan dat de voorbereiding van transacties van deze aard in belangrijke mate bij de RvT ligt, een orgaan waarvan E. geen deel uitmaakt. Zo heeft verweerster het gepresenteerd en verzoekster heeft niet gesteld dat het er in de praktijk van de besluitvorming binnen de organisatie van verweerster niet werkelijk zo aan toegaat.
- 4.12 Deze situatie, waarin E. de enige bestuurder is van verweerster en tevens (indirect) de houder van de meerderheid van de aandelen in een vennootschap, R., die blijkens de eigen verklaring van verweerster een zakelijke verbintenis met verweerster heeft die “*een levensvoorwaarde*” is voor haar, verweerster, levert in beginsel de schijn van belangenverstremgeling – in de zin van onderdeel 2.6.1 van de Code – op. Heel kort door de bocht gezegd: hij contracteert, indirect, met zichzelf.
- 4.13 De Commissie dient nu allereerst te onderzoeken of de bestuurlijke en andere voorzieningen die verweerster in dit verband heeft getroffen, van zodanige aard zijn dat er geen strijd met de Code is. Het gaat hierbij in het bijzonder om (1) de binnen verweerster getroffen voorziening waarbij transacties met R. of J. in belangrijke mate worden voorbereid door de RvT en tevens de goedkeuring van dit orgaan behoeven, (2) de afspraak met de Belastingdienst, die in het bijzonder betrekking heeft op het zakelijke en marktconforme karakter van de tarieven die R. en J. aan verweerster in rekening brengen, en (3) het gegeven dat E. niet de bestuurder van R. en J. is. Deze drie aspecten komen hierna, in 4.14-16, achtereenvolgens aan de orde.
- 4.14 De rol van de RvT bij transacties met R. of J. neemt niet weg dat E., als de enige bestuurder, de enige is die namens verweerster overeenkomsten sluit met – in de terminologie van de door verweerster samengestelde organogrammen – deze met verweerster “*verbonden partijen*”. Daar komt bij dat van E. in zijn hoedanigheid van de bestuurder mag worden verwacht dat hij ook zelf instemt met het voortbestaan, wijzigen of opzeggen van contracten die – opnieuw in de door verweerster zelf gekozen termen – “*een levensvoorwaarde*” voor haar zijn. De (succesvolle) werkwijze van verweerster is volgens haar eigen stellingen immers in wezenlijke mate afhankelijk van het “*B.-concept*” dat zij als “*eigendom*” van de hier bedoelde private partijen heeft omschreven.
- 4.15 De vaststellingsovereenkomst met de Belastingdienst is hooguit van ondergeschikte en bijkomende betekenis voor de beoordeling van het toetsingsverzoek. Voor de fiscus zijn andere ge-

gevens en mogelijke waarborgen van belang dan voor de Commissie, die slechts tot taak heeft gedragingen van zorgorganisaties te toetsen aan de Code. Hierbij komt het, zoals eerder vermeld, mede aan op de *schijn* van belangenverstremgeling. Het gaat dan niet alleen om bijvoorbeeld schijnconstructies, waarvan hier geen sprake is, maar ook om connecties die, in de hier vereiste mate van objectiviteit en mede door hun betekenis voor de betrokken partijen én hun duurzame karakter, tot verstremgeling van belangen kunnen leiden.

- 4.16 Het gegeven dat E. geen bestuurslid is van R. en J. neemt niet weg dat hij, als meerderheids-respectievelijk minderheidsaandeelhouder van de rechtspersonen die alle aandelen in deze beide vennootschappen houden, een eigen, persoonlijk belang heeft bij de resultaten van R. en J.. Dit gezichtspunt is ook relevant voor de enige bestuurder van deze beide vennootschappen, die bij zijn bestuurlijke handelen daarmee rekening zal kunnen of zelfs zal moeten houden.
- 4.17 Op grond van hetgeen in 4.14-16 is overwogen, is de in beginsel geconstateerde schending van onderdeel 2.6.1 van de Code niet weggenomen.
- 4.18 Dit maakt het nodig te beoordelen of verweerster erin is geslaagd deze in beginsel bestaande schending toe te lichten en te rechtvaardigen op zodanige wijze dat de slotsom moet zijn dat verweerster de Code niet heeft geschonden. Hierbij kan betekenis toekomen aan een ruim aantal vaststaande omstandigheden en belangen die in dit geval op het spel staan. Hiertoe behoren (onder meer) enerzijds het belang van duidelijkheid over de reikwijdte van de Code ten aanzien van onderwerpen waarover gereede twijfel kan ontstaan en anderzijds de behoeften – mogelijk de noodzaak – voor de zorgorganisatie in kwestie om te handelen in strijd met (de letter van) de Code. Deze nadere toets vloeit voort uit het algemene beginsel “pas toe of leg uit” dat met zoveel woorden was neergelegd in de vorige versie van de governancecode, de Zorgbrede Governancecode 2010, en ook bij de toepassing van de (huidige) Code een rol kan spelen.
- 4.19 De Commissie brengt in dit opzicht in herinnering dat tussen partijen vaststaat dat verweerster met gebruikmaking van een eigen, door E. en enkele anderen bedacht en ontwikkeld, concept op efficiënte wijze goede zorg verleent. Zo bezien kan haar organisatie als voorbeeld voor anderen dienen. In dit opzicht gaat het in de kern dus om de vraag of deze sterke positieve kenmerken van deze zorgorganisatie een voldoende rechtvaardiging vormen voor de (in beginsel vastgestelde) schending van de Code.
- 4.20 Met inachtneming van alle hier relevante factoren beantwoordt de Commissie deze kernvraag ontkennend. Doorslaggevend hierbij is dat de eis van het voorkomen van (de schijn van) belangenverstremgeling de uitwerking vormt van een vitaal beginsel van de Code. De branche heeft hier bewust voor gekozen. Daarbij speelt het gegeven dat het in overheersende mate om publieke middelen gaat een belangrijke rol. In dit concrete geval is de schijn van verstremgeling van belangen manifest. De zakelijke verbintenis van verweerster met in het bijzonder R. is volgens de eigen woorden van verweerster “*een levensvoorwaarde*” voor haar. Anders gezegd: zij heeft in feite geen keuze. Maar dit betekent dan tevens dat de belangen van verweerster en R. nauw met elkaar zijn verweven. De positie van E. aan elk van deze beide kanten is dan extra hachelijk, ondanks het ontbreken van enige aanwijzing voor persoonlijke bevoordeling van hem ten koste van de publieke belangen die voortvloeien uit de aard en de bekostiging van de organisatie van verweerster. Het zojuist vermelde leidt ook tot verwerping van het betoog van verweerster dat zij, ook tegen de achtergrond van de ontstaansgeschiedenis van haar organisatie (en het B.concept), in de noodzaak verkeert om de banden met J. en R. aan te houden. In de kern vloeit de schijn van belangenverstremgeling immers niet voort uit deze banden, maar uit

het gegeven dat E. hier posities “aan beide zijden van de tafel” heeft. In de huidige fase van ontwikkeling van de organisatie en van het daaraan ten grondslag liggende succesvolle concept is dat niet onontkoombaar.

- 4.21 Geen van de overige omstandigheden waarop verweerster zich verder nog heeft beroepen, doet afbreuk aan deze slotsom. Dit alles leidt tot het hierna te vermelden oordeel.

5. Het oordeel van de Governancecommissie

Verweerster heeft in het hier beschreven opzicht de regel van onderdeel 2.6 1 van de Zorgbrede Governancecode 2017 geschonden.

Dit oordeel is verzonden aan partijen op 26 februari 2019.