

GOVERNANCECOMMISSIE GEZONDHEIDSZORG

Kenmerk: Gc 20/01

De Governancecommissie, samengesteld als volgt:
mr. H.F.M. Hofhuis, wonende te Den Haag, voorzitter,
prof. mr. A.G. Castermans, wonende te Leiden,
drs. W. Geerlings, wonende Den Haag,
drs. J.H. Colijn, wonende te Nijmegen,
mr. G.J. Bloemendal, wonende te Zeist,
bijgestaan door mr. F. Diepraam, secretaris,

heeft op 15 juli 2020 als volgt geoordeeld in de zaak van:

A.,
wonende te Z.,
verzoeker,

tegen:

de stichting **B.**,
gevestigd te Y.,
verweester,
gemachtigden: mr. K.D. Meersma en mr. M. de Jong.

Partijen worden in het vervolg aangeduid als verzoeker en verweester.

1. Procesverloop

- 1.1 Met een brief van 25 januari 2020 heeft verzoeker aan de Governancecommissie Gezondheidszorg (hierna: de Commissie) een verzoek tot toetsing aan de Governancecode Zorg 2017 (hierna: de Code) voorgelegd en verzocht om te oordelen dat de raad van bestuur (hierna: de RvB) en (de voorzitter van) de raad van toezicht (hierna: de RvT) van verweester in strijd met de Code hebben gehandeld. Bij het toetsingsverzoek zijn elf bijlagen gevoegd (genummerd 1-11). De Commissie heeft een kopie van deze brief toegezonden aan de RvB en de RvT van verweester, met de uitnodiging daarop te reageren.
- 1.2 Verweester heeft met een brief van 9 maart 2020 van haar gemachtigde mr. De Jong een verweerschrift ingediend. Zij heeft hierin geconcludeerd tot afwijzing van het toetsingsverzoek. Bij het verweerschrift waren veertien bijlagen gevoegd (genummerd 1-14).
- 1.3 De mondelinge behandeling van het toetsingsverzoek zou aanvankelijk plaatsvinden op 7 april 2020, maar is voor onbepaalde tijd aangehouden in verband met de beperkende maatregelen als gevolg van de coronacrisis.
- 1.4 Verzoeker heeft met een brief van 23 juni 2020 een pleitnotitie voor de mondelinge behandeling ingezonden.

- 1.5 De Commissie heeft het verzoek behandeld op de zitting van 3 juli 2020 te Utrecht. Bij de zitting waren aan de zijde van verzoeker aanwezig: verzoeker zelf en zijn echtgenote. Aan de zijde van verweerster waren aanwezig: C. en D. (voorzitter respectievelijk lid van de RvT) en E. (bestuurder a.i.), met de gemachtigde van verweerster. Verzoeker heeft een korte toelichting op zijn in 1.3 vermelde pleitnotitie gegeven. De gemachtigden van verweerster hebben het woord gevoerd mede aan de hand van door hen overgelegde "Aantekeningen ten behoeve van hoorzitting bij Governancecommissie Gezondheidszorg". Partijen hebben voorts vragen van de Commissie beantwoord.

2. Enkele vaststaande feiten

De partijen

- 2.1 Verweerster levert zorg aan ouderen en jonggehandicapten in de regio X. (W.). Haar organisatie bestaat uit acht woonzorglocaties, een zorgboerderij, een hospice, en welzijnsdiensten en zij biedt thuiszorg.
- 2.2 Organen van verweerster zijn de RvB en de RvT. Van 2016 tot 1 maart 2020 had verweerster een eenhoofdige RvB. Deze functie werd bekleed door F., die hierna ook zal worden aangeduid als "de bestuurder". De RvT bestaat uit zes leden. Voorzitter van de RvT is sinds 1 februari 2019 G. voormeld (hierna: de voorzitter van de RvT).
- 2.3 Verzoeker is per 1 februari 2012 toegetreden tot de RvT en was vanaf die datum ook de voorzitter van de auditcommissie Financiën (vanaf 2015: auditcommissie Financiën & Vastgoed, hierna: de auditcommissie) van de RvT. Tevens was verzoeker vanaf 2014 vicevoorzitter van de RvT en lid van de remuneratiecommissie. Op 31 januari 2020 zou de tweede benoemingstermijn van verzoeker verstrijken en zou zijn lidmaatschap van de RvT als gevolg daarvan eindigen.

Enkele relevante statutaire en reglementaire bepalingen

- 2.4 De statuten van verweerster houden, voor zover hier van belang, het volgende in:

"Raad van Toezicht: Schorsing, ontslag, defungeren, ontstentenis, belet.

Artikel 7.

1. *De Raad van Toezicht is bevoegd tot schorsing en ontslag van alsmede het verlenen van decharge aan de leden van de Raad van Toezicht. Een lid van de Raad van Toezicht wordt geschorst en ontslagen wegens:*

(...)

- c. wijziging van de omstandigheden of andere gewichtige redenen waarvan de Raad van Toezicht in het belang van de Stichting oordeelt dat zijn handhaving als lid van de Raad van Toezicht redelijkerwijs niet van de Stichting kan worden verlangd.*

(...)

Raad van Toezicht: Bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden

Artikel 8

1. *De Raad van Toezicht is verantwoordelijk voor het toezicht op het beleid van de Raad van Bestuur en de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie.*

(...)

Raad van Bestuur: Bevoegdheden, taken, en verantwoordelijkheden.

Artikel 10.

(...)

5. *De Raad van Bestuur verschaft de Raad van Toezicht tijdig alle informatie die nodig is voor een goede uitoefening van de functie van de Raad van Toezicht.*
6. *De Raad van Bestuur is bevoegd te besluiten tot het aangaan van overeenkomsten:*
 - a. *tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen,*
 - b. *waarbij de Stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt,*
 - c. *mits de Raad van Bestuur daartoe voorafgaande goedkeuring heeft gekregen van de Raad van Toezicht.*
7. *Aan de voorafgaande goedkeuring van de Raad van Toezicht zijn, onverminderd het elders in de statuten bepaalde, onderworpen de besluiten van de Raad van Bestuur omtrent:*

(...)

 - l. *het beleid van de Stichting op hoofdlijnen;*

(...)
8. *Zonder voormelde voorafgaande goedkeuring van de Raad van Toezicht kan de Stichting ter zake de in lid 6 van de in dit artikel genoemde besluiten niet rechtsgeldig worden vertegenwoordigd."*

- 2.5 Binnen de organisatie van verweerster is voorts het *Reglement Raad van Toezicht K.* (hierna: het Reglement RvT) van toepassing; K. is de afkorting van de vroegere naam van verweerster. Het Reglement RvT houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

Artikel 5 Einde lidmaatschap

(...)

- 5.2 *Aftreden, schorsing en ontslag*
 - 5.2.1 *Een lid van de Raad van Toezicht treedt eigener beweging af indien een of meerdere statutaire gronden voor ontslag aanwezig zijn.*

(...)

Artikel 6 Werkwijze en besluitvorming Raad van Toezicht

(...)

2. *Behoudens het elders in deze statuten bepaalde, besluit de Raad van Toezicht met gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen."*

Voorgenomen herpositionering en samenwerking met I.

- 2.6 In 2018 is tussen de RvB en de RvT gesproken over een voorgenomen herpositionering van verweerster (toen nog genaamd: H.). Daarnaast is gesproken over een voorgenomen intensieve samenwerking met het nabijgelegen ziekenhuis I. (I.), op grond waarvan verweerster haar geriatrische revalidatiezorgactiviteiten zou onderbrengen in een op het terrein van I. op te richten gebouw. Met de daarvoor te bouwen opstallen was een investeringsbudget van € 7 miljoen gemeoid.

- 2.7 Vooruitlopend op de RvT-vergadering van 11 december 2018 heeft de RvB een besluitvormingsdocument aangeboden met de vraag aan de RvT om goedkeuring voor een herpositioneringstraject in het eerste kwartaal van 2019. Deze vraag is onder meer als volgt toegelicht:

"In het voorjaar 2018 heeft onderzoeksbureau J. een imago-onderzoek uitgevoerd (...) Op basis van de resultaten uit het imago-onderzoek, en de terugkoppeling hiervan in de organisatie, heb ik als bestuurder besloten het herpositioneringstraject verder vorm te geven. In concreto betekent dit het vergroten van de naamsbekendheid en dito voorkeurspositie. We geven hieraan vorm door het gefaseerd introduceren van een nieuwe naam en huisstijl. Het beoogde moment voor lancering is q1 2019 (...)

De Medezeggenschapsraad en de Cliëntenraad worden conform afspraak geïnformeerd tijdens de overlegvergaderingen met de Raad van Bestuur.

Na goedkeuring van de Raad van Toezicht zal het besluit inzake de herpositionering tijdens de nieuwjaarsbijeenkomst op 14 januari 2019 worden gecommuniceerd aan de medewerkers en vrijwilligers van K.."

- 2.8 In zijn vergadering van 11 december 2018 heeft de RvT de gevraagde goedkeuring voor de herpositionering van verweerster verleend.
- 2.9 Tijdens de RvT-vergadering op 11 december 2018 zijn ook een concept voor een samenwerkingsovereenkomst tussen verweerster en I. en de daarbij behorende erfpachtconstructie aan de orde gekomen. De (concept)notulen luiden op dat punt onder meer als volgt:

"3.8 Samenwerking I. inzake GRZ

[Verzoeker] licht toe dat in de vergadering van de auditcommissie Financien & Vastgoed d.d. 10 december 2018 de samenwerkingsovereenkomst is besproken. Hiertoe zijn diverse opmerkingen gemaakt over de erfpachtconstructie en het ontbreken van afspraken hierover in de overeenkomst.

Deze opmerkingen worden verwerkt en zodra gereed wordt het document opnieuw aangeboden aan de auditcommissie Financien & Vastgoed en vervolgens aan de Raad van Toezicht (actie).

L. [lid van de RvT, toevoeging Commissie] vraagt of er sprake is van een onevenwichtige positie tussen K. en I. in de beoogde samenwerking. [De bestuurder] licht toe dat dit niet zo het geval is en de belangen van beide partijen groot zijn. Het verzoek is dit krachtiger en steviger op te schrijven in het voorliggende document (actie).

5. Herpositionering K.

5.1 Besluitvormingsdocument herpositionering K.

[Verzoeker] vraagt naar de kostenpost die in de begroting 2019 is opgenomen voor de herpositionering. [De bestuurder] licht toe dat in de begroting 2019 een bedrag van 120k is opgenomen voor de herpositionering. Dit betreft de kosten voor de lancering, de campagne, de realisatie van een nieuwe website en kosten op het gebied van ICT. "

- 2.10 In april 2019 heeft de RvB de RvT uitgenodigd voor een bijeenkomst op 20 mei 2019 ter onthulling van de nieuwe naam van verweerster. Naar aanleiding daarvan heeft verzoeker in een overleg op 3 mei 2019 aan de RvB en de overige leden van de RvT te kennen gegeven dat hij het procedureel onjuist vond dat de RvB een nieuwe naam had vastgesteld en deze intern en extern

zou gaan communiceren zonder deze naam ter goedkeuring aan de RvT voor te leggen en zonder de RvT overigens in het keuzeproses te hebben betrokken. Tijdens een vervolgoverleg op 6 mei 2019 hebben de overige leden van de RvT desondanks geoordeeld dat de procedure met betrekking tot de naamswijziging voldoende zorgvuldig was geweest.

- 2.11 Op 20 mei 2019 is de nieuwe (statutaire) naam van verweerster, te weten "B.", gelanceerd.
- 2.12 Blijkens (concept)notulen van de RvT-vergadering op 21 mei 2019 is de kwestie nogmaals aan de orde gekomen, en is afgesproken om in het vervolg bij onderwerpen van vergelijkbaar belang duidelijkere (proces)afspraken te maken:

"De nieuwe naam van de organisatie, te weten B., is op maandag 20 mei 2019 gelanceerd. Het traject hiertoe en het proces dat is doorlopen wordt besproken. De conclusie wordt getrokken, dat er in de vergadering van de raad van toezicht op 11 december 2018, toen het vervolg van het herpositioneringstraject werd goedgekeurd, geen expliciete afspraken zijn gemaakt over de rol van de raad van toezicht in het vervolgtraject. De verwachtingen over en weer waren niet helder en blijken achteraf niet naar ieders wens. De afspraak wordt gemaakt, dat in het vervolg wanneer onderwerpen van dusdanig belang aan de orde zijn explicieter wordt toegezien op het maken van duidelijke afspraken zowel op inhoud als proces."

- 2.13 Tijdens de RvT-vergadering op 18 juli 2019 is opnieuw gesproken over de voorgenomen samenwerking met I.. De (concept)notulen luiden op dat punt onder meer als volgt:

"3.6 Samenwerkingsovereenkomst I. GRZ, 3.7 Notariële akte erfpacht, 3.8 Notitie risicoprofiel I. GRZ

F. licht kort het onderhandelingstraject toe dat gevoerd is met het I.. In de vergaderingen met de bestuurders van het I. is meerdere keren gesproken over het onderwerp restwaarde na 30 jaar. Het I. heeft aangegeven op voorhand niet een bepaald bedrag voor de restwaarde te willen opnemen. De ziekenhuizen in Nederland moeten krimpen, in onze regio zien we een stijgende geboortegolf tot 2050, deze daalt echter daarna. Het I. voorziet dat zij het gebouw na het aflopen van de erfpacht na 30 jaar niet willen gebruiken. Indien zij het gebouw na 30 jaar nog doorexploiteren willen zij de restwaarde wel betalen.

D. merkt op dat de inspanningsverplichting voor het I. explicieter toegevoegd dient te worden, zodanig dat er een bepaalde waarde aan toe te kennen is. Dit betekent ook concreter formuleren hoe de restwaarde wordt bepaald en op basis waarvan (en tegen welke voorwaarden) het I. kan besluiten om na 30 jaar geen gebruik meer te willen maken van het pand.

De samenwerkingsovereenkomst dient overall meer gelijkwaardigheid uit te ademen. Dit betekent met name in artikel 3.4 toevoegen dat het I. patiënten zal wijzen op de mogelijkheden voor geriatrische revalidatiezorg bij B. en in artikel 7.2 de term waarde in het economisch verkeer aanpassen naar vervangingswaarde.

Alles gehoord hebbende vat de voorzitter van de Raad van Toezicht als volgt samen:

De Raad van Toezicht:

- erkent het maatschappelijk belang van GRZ [geriatrische revalidatiezorg, toevoeging Commissie] en de voordelen voor de cliënt bij een samenwerking en directe nabijheid in/bij het ziekenhuis;
- stelt vast dat vanuit bedrijfsvoeringperspectief deze keuze de noodzakelijke verbouwing en uitbreiding M. aanmerkelijk goedkoper maakt;
- wijst er nadrukkelijk op dat de deal, louter bezien als vastgoedinvestering voor B. ongunstig is. Het rendement is namelijk aanzienlijk geringer dan van een vastgoedinvestering mag worden verwacht. Oorzaak is dat enkel de grondeigenaar (I.) over 30 jaar bepaalt of aan de opstallen nog een restwaarde toekomt.
De Raad van Toezicht verzoekt daarom de Raad van Bestuur om in de samenwerkingsovereenkomst en/of de notariële akte erfpacht in toon en tekst de gelijkwaardigheid te benadrukken en in het bijzonder te verwerken dat:
 - o partner I. een inspanningsverplichting heeft tot behoud van waarde na 30 jaar;
 - o bij tussentijdse verkoop sprake moet zijn van volledige vervangingswaarde voor B., inclusief de kosten die gepaard gaan met interne bedrijfsvoering en verhuizing.

De Raad van Toezicht geeft goedkeuring aan het besluit van de Raad van Bestuur om de samenwerking met het I. inzake de GRZ te bewerkstelligen en het vervolg verder vorm te geven.

Tot slot wordt opgemerkt dat de plannen en de voortgang met betrekking tot de samenwerking met I. meerdere malen zijn besproken in de vergaderingen van de auditcommissie en de Raad van Toezicht. Juist om die reden is het van belang dat bij de finale bespreking en besluitvorming een totaalbeeld wordt geschetst vanuit de diverse perspectieven zodat het vraagstuk integraal behandeld kan worden.

De Raad van Bestuur zal hierop toezien in het vervolg bij het aanbieden van vergaderstukken."

- 2.14 Tijdens een vergadering met de auditcommissie op 21 oktober 2019 heeft de RvB meegedeeld dat diezelfde dag een samenwerkingsovereenkomst met I. was ondertekend waarin ook afspraken zijn vastgelegd over de daarmee samenhangende erfpachtconstructie.
- 2.15 Op 24 oktober 2019 hebben de leden van de RvT de stukken ontvangen ter voorbereiding op de RvT-vergadering van 29 oktober 2019. Bij die stukken bevond zich de samenwerkingsovereenkomst met de daarbij behorende conceptakte tot vestiging van het recht van erfpacht.
- 2.16 De namens verweerster ondertekende samenwerkingsovereenkomst met I. bevat in artikel 2.2 de volgende bepaling:

"2.2 I. zal aan B. een zakelijk gebruiksrecht (hierna te noemen: '**Recht van erfpacht**') verlenen dat inhoudt de bevoegdheid tot het in eigendom hebben en houden, alsmede het onderhouden van een zorgcentrum voor geriatrische revalidatiezorg een en ander overeenkomstig het bepaalde in de (concept) notariële akte voor de vestiging van een erfpachtrecht (hierna te noemen: '**Akte**') die als **Bijlage 1** aan de Overeenkomst is gehecht."

Artikel 5 leden 5-7 van de als bijlage aan de samenwerkingsovereenkomst gehechte (concept)akte (waarin het I. werd aangeduid als Eigenaar en verweerster als Erfpachter) luiden als volgt:

- “5. Bij het eindigen van het Recht van erfpacht door tijdsverloop heeft de Eigenaar de keuze:
- a. om de door Erfpachter gerealiseerde opstallen in eigendom te houden. Alsdan zal Eigenaar aan Erfpachter een vergoeding voor de gerealiseerde opstallen voldoen gelijk aan de marktwaarde van de opstallen.
 - b. om Erfpachter te verzoeken/verplichten om er voor zorg te dragen dat de opstallen en alle toebehoren, binnen zes (6) maanden nadat het verzoek daartoe Erfpachter heeft bereikt, worden verwijderd en dat de ondergrond in dezelfde (cultuurtechnische en milieukundige) staat wordt teruggebracht.(...) Partijen hebben – onverminderd het hiervoor omschreven keuzerecht voor de Eigenaar – jegens elkaar de voorkeur kenbaar gemaakt voor het onder 5.a omschreven scenario.
6. Indien het Recht van erfpacht eindigt door opzegging door de Erfpachter (of in geval van faillissement van Erfpachter, door de curator), of door de Eigenaar indien sprake is van blijvend zwaarwegend verzuim van de Erfpachter, is de Eigenaar niet verplicht om de waarde van het Recht van erfpacht aan de Erfpachter te vergoeden.
7. a. De Eigenaar heeft niet het recht om het Recht van erfpacht door opzegging te beëindigen, behoudens in geval van blijvend zwaarwegend verzuim van de Erfpachter en behoudens indien een derde het perceel (als onderdeel van een groter geheel) vrij van erfpacht in eigendom wenst te verwerven.
- b. Indien een derde het perceel als onderdeel van een groter geheel) vrij van erfpacht in eigendom wenst te verwerven geldt voor de Eigenaar een opzegtermijn van minimaal drie (3) jaar en dient Eigenaar aan Erfpachter de waarde van de gerealiseerde opstallen te vergoeden, welke waarde alsdan wordt berekend tegen de waarde in het economisch verkeer met als minimum de oorspronkelijke boekwaarde van de opstallen, jaarlijks (voor ieder jaar dat de opstallen in gebruik zijn geweest) verminderd op basis van annuïtaire afschrijving.
- c. Indien de situatie als hiervoor onder b. omschreven zich voordoet zal de waarde in het economisch verkeer worden vastgesteld – rekening houdend met de looptijd die het Recht van erfpacht zonder de opzegging nog zou hebben gehad en de functie van de opstallen met toebehoren – als volgt:
1. door Eigenaar en Erfpachter in onderling overleg, of, als Eigenaar en Erfpachter geen overeenstemming bereiken over deze waarde:
 2. door een door Eigenaar en Erfpachter gezamenlijk aangewezen onafhankelijke deskundige, of, als Eigenaar en Erfpachter geen overeenstemming bereiken over een gezamenlijk aan te wijzen onafhankelijk deskundige:
 3. door drie onafhankelijk deskundigen gezamenlijk. Zowel de Eigenaar als de Erfpachter hebben het recht om één deskundige te benoemen; de beide aldus benoemde deskundigen wijzen gezamenlijk de derde onafhankelijke deskundige aan”.

Artikel 8 lid 1 van de als bijlage aan de samenwerkingsovereenkomst gehechte (concept)akte luidt als volgt:

- “1. De kosten van deze akte en de kosten van de inschrijving in de openbare registers, zijn voor rekening van ***.”

- 2.17 Tijdens de RvT-vergadering op 29 oktober 2019 heeft verzoeker te kennen gegeven dat hij zich niet kon vinden in de afspraken die de RvB met I. heeft gemaakt. De (concept)notulen houden voor zover hier relevant het volgende:

"3.8 Samenwerking I. GRZ

[Verzoeker] merkt op dat het woord inspanningsverplichting ontbreekt in artikel 5 lid a in de notariële akte erfpacht. D. valt hem hierin bij. Er volgt een discussie over de het opnemen van dit woord, de afspraken die hiertoe zijn gemaakt in de vergadering van de Raad van Toezicht van 18 juli 2019 en of het bestuur en de voorzitter Raad van Toezicht in de vervolgacties conform afspraak hebben gehandeld.

De afspraak wordt gemaakt dat de bestuurder de argumentatie ten aanzien van het verzoek om het woord 'inspanningsverplichting' al dan niet expliciet op te nemen in de notariële akte erfpacht nagaat en terugkoppelt aan de gehele Raad van Toezicht (actie). De akte zal vooralsnog niet getekend worden.

*Tot slot merkt [verzoeker] op dat in artikel 7 lid a wordt gesproken over zwaarwegend verzuim. Dit dient gespecificeerd te worden. Daarnaast dient in de notariële akte erfpacht in artikel 8 lid 1 de *** nog ingevuld te worden, namelijk dat de kosten voor rekening van beide komen, te weten 50/50."*

- 2.18 In een memo van 4 november 2019 heeft de RvB aan de RvT een toelichting gegeven op de gang van zaken rond de ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst. De RvB heeft daarbij onder meer te kennen gegeven dat de tekst daarvan tevoren was afgestemd met de voorzitter van de RvT:

"In juni 2019 heeft het I. alles getoetst bij haar Raad van Toezicht en medegedeeld dat de bouw niet door kan gaan, indien het I. de verplichting wordt opgelegd om de marktwaarde te betalen na 30 jaar, ook als het I. dit gebouw niet kan exploiteren. Dit heeft dan ook gemaakt dat de bestuurder van B. de RvT in de vergadering van 18 juli 2019 expliciet heeft gevraagd een uitspraak te doen over de goedkeuring ondanks de ongunstige deal gezien als louter vastgoedinvestering.

Daarna heeft de bestuurder van B. nogmaals gesproken met de bestuurders van het I. inzake het opnemen van het woord "inspanningsverplichting". Dit heeft geleid tot nog enkele tekstuele verbeteringen, zoals weergegeven in artikel 5 lid 5a en 5b.

De bestuurder heeft vervolgens deze tekstverbeteringen met de voorzitter RvT doorgenomen en zij waren beiden in de veronderstelling hetgeen gedaan te hebben wat moest.

In de vergadering van 29 oktober jl. blijkt echter door de opmerking van A. dat de RvT niet in alle stappen is meegenomen en het proces wellicht ook niet helemaal kent. (...)

Alles overziend zou de bestuurder, gegeven het besluit dat van de RvT dat de maatschappelijke verantwoordelijkheid en meerwaarde prevaleert en ondanks dat de inspanningsverplichting niet kan worden opgenomen, het proces logischerwijs willen voort zetten."

- 2.19 In een reactie van 8 november 2019 op dit memo heeft verzoeker laten weten dat naar zijn oordeel zowel procedureel als inhoudelijk onjuist was gehandeld. Hij heeft erop aangedrongen dat de RvT een nieuw besluit zou nemen over de kwestie. De reactie houdt hierover het volgende in:

"De RvT zal een nieuw besluit moeten nemen over de kwestie. Dat gebeurt bij gewone meerderheid van stemmen. Afhankelijk van de uitkomst rijst de vraag of deze gang van zaken intern moet worden gehouden of dat hierover informatie aan bepaalde instanties moet worden verstrekt."

- 2.20 Op 10 november 2019 heeft de voorzitter van de RvT aan de overige leden van de RvT haar excuses aangeboden voor de gang van zaken rond de besluitvorming over de samenwerking met I., en erop aangedrongen dat spoedig een RvT-vergadering plaatsvindt:

*"Na onze vergadering op 18 juli (zie bijlage verslag, goedgekeurd 129/10) is door het bestuur en mij meerdere malen gesproken over de voortgang van de gesprekken die het bestuur met het bestuur van I. voerde. De uiteindelijke tekst is ergens in augustus afgerond. Zoals in vergadering al gedaan biedt ik nogmaals mijn excuses aan voor het proces waarbij ik de auditcommissie niet heb betrokken en de raad in augustus niet direct heb geïnformeerd over de uiteindelijke tekst. Inhoudelijk was het misschien niet anders gaan lopen, maar het gehele proces zouden we zeker positiever hebben beleefd en gewaardeerd.
(...)*

Voor collega [verzoeker] is het goedkeuren van de nu voorliggende akte niet denkbaar. Hij heeft vervolgens een reactie op de memo van bestuurder geschreven die ik hierbij ook meezend.

In de memo van [verzoeker] gaat het niet alleen over de inhoud, maar ook over het proces en daarmee over een aantal governance vraagstukken die ons als Raad aangaan. Daarover kunnen we niet met elkaar via mail communiceren en is een vergadering op korte termijn noodzakelijk."

- 2.21 Tijdens een RvT-vergadering op 12 november 2019 hebben de leden van de RvT uitvoerig over de kwestie gesproken. De (concept)notulen van deze vergadering luiden voor zover relevant als volgt:

"[Verzoeker] merkt op dat in de vergadering van de Raad van Toezicht van 18 juli jl. is besloten dat de Raad van Toezicht akkoord gaat met het plan onder voorwaarde dat de inspanningsverplichting daadwerkelijk wordt toegevoegd. In de notariële akte erfpacht stond dit vervolgens niet. Daarnaast is het andere punt ten aanzien van de volledige vervangingswaarde ook niet opgenomen conform de notulen van de vergadering van 18 juli jl. In de stukken wordt nu gesproken over waarde in het economisch verkeer. Dit zijn twee verschillende begrippen, aldus [verzoeker].

G. merkt op dat we als Raad van Toezicht nu met name moeten bespreken wat we doen als het niet lukt om de inspanningsverplichting alsnog op te laten nemen. En [verzoeker] heeft gelijk, het betreft ook de vervangingswaarde. Wat heeft de Raad van Toezicht nog nodig om ook hierover een uitspraak te kunnen doen?

[Verzoeker] merkt op dat er al veel is gesproken over de samenwerking met het I. en geeft aan dat hij vanaf het begin kritisch is geweest. Hij geeft aan dat hij niet akkoord zal gaan met een notariële akte erfpacht waarin de beide hierboven genoemde zaken niet zijn verwerkt. Een nadere discussie heeft hij hiervoor niet meer nodig. [Verzoeker] is van mening, dat de bestuurder met haar staf onvoldoende kwaliteit heeft laten zien. Bovendien is er in zijn ogen procedureel onjuist gehandeld, net zoals in het voorjaar bij de naamswijziging. De bestuurder heeft volgens hem de Raad van Toezicht gepasseerd. Hij spreekt uit geen vertrouwen meer te hebben in de bestuurder.

(...)

Na intern overleg tussen de leden van de Raad van Toezicht worden de bestuurder en secretaris gevraagd om weer aan te sluiten.

De voorzitter licht toe dat de Raad van Toezicht opnieuw de discussie wenst te voeren over de restwaardeberekening en vervangingswaarde en geen goedkeuring geeft aan de notariële akte erfpacht zoals deze nu voorligt.

De Raad van Toezicht spreekt haar vertrouwen uit in de bestuurder. Op dit punt wijkt de [verzoeker] af van de overige leden van de Raad van Toezicht en legt zich (nog) niet bij het meerderheidsstandpunt neer. [Verzoeker] wil zich over de ontstane situatie kunnen beraden."

- 2.22 In de weken na de RvT-vergadering van 12 november 2019 heeft e-mailcorrespondentie tussen verzoeker en de (voorzitter van de) RvT plaatsgevonden waarin verzoeker heeft meegedeeld geen vertrouwen meer te hebben in de zittende bestuurder en "bij wijze van tussenoplossing" heeft aangedrongen op uitbreiding van de RvB met een tweede lid. De verhoudingen zijn daarna kennelijk verslechterd.
- 2.23 Op 27 november 2019 heeft een ingelaste RvT-vergadering plaatsgevonden met als onderwerp de samenwerking binnen de RvT. In een door een lid van de RvT opgesteld verslag is onder meer het volgende vastgelegd:

"[Verzoeker] geeft aan dat hij niet over procedures wil spreken maar over de inhoud. N. benadrukt dat e.e.a. juist over de inhoud gaat: de hele raad is het er over eens dat er in de casus I. niet goed is gehandeld. Verschil van mening zit in de consequenties: de overige leden zien het NIET als een (citaat [verzoeker]) 'gigantisch governanceprobleem, integriteitskwesaties die structureel en herhaaldelijk zijn opgetreden', maar als een incident waarop zeker geacteerd moet worden. [Verzoeker] geeft aan zich niet alleen door casus I., maar ook t.a.v. de naamgeving B., de sollicitatiegesprekken van zijn opvolging als lid RvT gepasseerd voelt en spreekt over gebrek aan competentie van zijn collega in de auditcommissie. Letterlijk: 'zwakke man'. Hij schoffeert diverse leden RvT in woord en toon.

Vervolgens geeft O. aan dat, als er geen nieuwe feiten zijn, er een besluit genomen kan worden. Er worden geen nieuwe feiten geconstateerd, het verschil zit in de consequenties die [verzoeker] versus overige leden wil verbinden aan de reeds besproken feiten. P. wil daar geen compromis in sluiten, tenzij hij garantie krijgt dat er een bestuurder met financiële portefeuille komt voor 31 januari. Hij zal dan 'voor de Bühne' aanblijven. [Verzoeker] zal zich niet terugtrekken zolang dit besluit niet genomen is, en zal op wens van de RvT naar vergaderingen komen. Hij begrijpt dat normaal samenwerken niet meer kan.

De voorzitter wijst hem op het reglement dat in artikel 5.2.1 aangeeft dat uit eigener beweging vertrekken aan de orde is als samenwerking in de raad niet meer mogelijk is. De raad wordt nu gehinderd het werk voor de organisatie goed te doen door zijn opstelling. P. herkent dat het werk gehinderd wordt, maar (citaat): "dat is in een conflict nu eenmaal altijd". Hij heeft niets met reglementen en procedures en wil op dit moment nog "alle kaarten voor de borst te houden"."

- 2.24 Op 28 november 2019 heeft de voorzitter van de RvT onder meer het volgende aan verzoeker bericht:

"Beste [verzoeker],

In de vergadering woensdag 27 november jl. is komen vast te staan, en door jou en alle andere leden bevestigd, dat verder samenwerken geen optie meer is. De huidige situatie waarin je mening volledig afwijkt van de andere vijf leden, je aangeeft je ook niet te willen conformeren aan het besluit van de meerderheid, je alle leden incompetent vindt en dat je de voorzitter inmiddels niet meer vertrouwd, maken het onmogelijk om goed te functioneren als Raad van Toezicht. Eerder had je het vertrouwen in bestuurder ook al opgezegd en aangegeven niet meer met haar constructief te kunnen werken. Je veroorzaakt, dat we als orgaan onvoldoende ons werk kunnen doen, met het belang van de organisatie voorop.

Ondanks al onze pogingen je tot rede te bewegen is er nu ons inziens sprake van een omstandigheid, waarbij in het belang van de organisatie handhaving van het lidmaatschap in redelijkheid niet meer verlangd kan worden (7lid 1c statuten) én dan is artikel 5.2.1. van het [Reglement RvT] van toepassing. Dat luidt: "een lid van Raad van Toezicht treedt eigener beweging af, indien een of meerdere statutaire gronden voor ontslag aanwezig zijn". Woensdag gaf je aan daar niet aan te willen voldoen, maar ik wil je dat bij deze uitdrukkelijk nogmaals in overweging geven. Als je werkelijk van mening bent, dat alle andere leden van de raad het onjuist zien en je na discussie ook niet bij de grote meerderheid wil neerleggen dan is de ultieme consequentie terugtreden, en niet de weg kiezen die je nu bewandelt.

Je bracht in als "compromis", dat als wij waarborgen, dat er een tweede bestuurder wordt benoemd met het profiel financiën/vastgoed/bedrijfsvoering, je op basis daarvan zou kunnen aftreden op een datum die je zelf zou bepalen.

*Nog los van het reeds door ons gestelde, dat wij niet wensen te werken op de wijze zoals jij nu voorstaat, onder oneigenlijke druk en met voorwaarden vooraf, is het ook conform wet- en regelgeving niet mogelijk een dergelijk besluit zomaar eigenstandig te nemen. We hebben daarin zorgvuldige processen te doorlopen om ons te houden aan de structuur van medezeggenschap, een zorgvuldige selectie te doen en we zijn te allen tijde verplicht een goed voorbereide start van een eventueel tweehoofdig bestuur mogelijk te maken.
(...)*

Ik ontvang uiterlijk maandag a.s. 17 uur een bericht, dat je gegeven de omstandigheden uit eigener beweging terug treedt uit de Raad van Toezicht per datum 2 december 2019. Krijgen we die bevestiging niet, dan rest ons geen andere mogelijkheid meer, na alle pogingen die gedaan zijn, om ons zelfstandig te beraden op jouw positie in de raad van toezicht."

- 2.25 De bestuurder (het enige lid van de RvB) heeft eind november 2019 aan de voorzitter van de RvT bericht dat zij met ingang van 1 maart 2020 vertrekt bij verweerster in verband met een andere baan per die datum. De voorzitter van de RvT heeft begin december 2019 de leden van de RvT in kennis gesteld van het vertrek van de bestuurder, dat per 1 maart 2020 heeft plaatsgevonden.
- 2.26 Op 3 december 2019 heeft verzoeker in een brief aan de voorzitter en de overige leden van de RvT onder meer het volgende geschreven:

"De harde voorwaarde en het compromisvoorstel.

Als het aan mij lag zou de bestuurder ontslagen worden, dat is geen geheim. Maar ik heb het niet alleen voor het zeggen. En het gaat niet om mij, maar om de belangen van B.. Het is evident niet in het belang van B. een bestuurder te hebben die de governanceregels meermaals en op slinkse wijze omzeilt en ook niet een bestuurder te hebben die met derden een financieel voor B. zeer nadelige overeenkomst sluit. Meer dan voldoende reden om afscheid te nemen. Maar als het niet lukt om de bestuurder weg te krijgen, dan is het voor B. 'second best' dat er naast deze bestuurder een tweede bestuurder wordt benoemd, gelijk in hiërarchie en met voldoende financieel-juridische kennis van zaken en voldoende onderhandelingsinzicht en –vaardigheid om dit soort kapitale fouten te voorkomen. Bovendien is er dan ook op bestuurdersniveau een zeker toezicht op de naleving van de governanceregels.

En moet dit dan onder de dreiging om anders de zaak naar buiten te brengen, met name naar een extern toezichthouder? Ja, want er is geen alternatief."

- 2.27 Op 4 december 2019 heeft de voorzitter van de RvT verzoeker uitgenodigd voor een RvT-vergadering op 9 december 2019 om daar te worden gehoord over het voornemen van de RvT om over te gaan tot schorsing van verzoeker tot het einde van zijn termijn op 1 februari 2020.
- 2.28 Op 5 december 2019 heeft de voorzitter van de RvT aan verzoeker onder meer het volgende gemaild:

"Beste [verzoeker],

Je mails van gisteravond versterken zeer het totaalbeeld dat wij de laatste weken gekregen hebben en geven nogmaals aan, dat je opstelling het werk in de Raad van Toezicht zodanig hindert, dat we niet meer samen kunnen werken met het belang van de organisatie voorop. Ook nu weer trek je eenzijdig conclusies die onjuist zijn en maakt je houding opnieuw helder dat iedere vorm van samenwerking onmogelijk is. Met onze discussie heeft het vertrek van [bestuurder] ook niets te maken, anders dan jij veronderstelt.

We kunnen nu ook niet meer volstaan met een schorsing en overwegen over te gaan tot ontslag. Dat zal dan ook het agenda onderwerp zijn van maandag aanstaande, mede gezien deze laatste ontwikkelingen.

Maandag [9 december 2019, toevoeging Commissie] ben je in de gelegenheid om door ons gehoord te worden over dit voornemen. Deze datum en het tijdstip is overigens al eerder gepland mede op basis van jouw agenda. Ik neem nota van je aankondiging dat jij er geen behoefte aan hebt daar aanwezig te zijn, maar het leek mij goed dit nogmaals aan te geven. Ik hoor graag, nu omgaand, of je daar aanwezig zal zijn."

- 2.29 Op 9 december 2019 is verzoeker niet verschenen bij de vergadering van de RvT. De RvT heeft vervolgens in zijn afwezigheid besloten tot zijn ontslag als lid van de RvT per 10 december 2019. Dit ontslag is op 12 december 2019 schriftelijk aan hem bevestigd.
- 2.30 Per 1 maart 2020 is E. voormeld aangetreden als (enig) lid van de RvB a.i.
- 2.31 Intussen heeft de RvT zijn definitieve goedkeuring gegeven aan de RvB om mee te werken aan de akte van erfpachtverlening tussen I. en verweerster. Deze akte is op 18 juni 2020 verleden. De inhoud daarvan stemde zakelijk overeen met die van de door de toenmalige bestuurder ondertekende overeenkomst van samenwerking. De RvB had tevoren een externe toets op de samenwerkingsovereenkomst en de daarmee zakelijk overeenstemmende conceptakte van erfpachtverlening laten uitvoeren door een externe accountant, Q..

3. De standpunten van partijen

- 3.1 Verzoeker vraagt om het handelen van (de RvB en de RvT van) verweerster te toetsen aan de principes van de Code, meer in het bijzonder de principes 4.1.2 en 5.6 van die Code, en te oordelen dat de RvB en (de voorzitter van) de RvT daarmee in strijd hebben gehandeld. Verzoeker stelt daarbij, kort gezegd, het volgende:
- (a) De RvB heeft in strijd gehandeld met artikel 10 lid 5 in verbinding met de artikelen 8 lid 1 en 10 lid 7 aanhef en onder *l* van de statuten door ten aanzien van de naamswijziging in mei 2019 de RvT alle informatie te onthouden.
 - (b) De RvB heeft in strijd gehandeld met artikel 10 lid 6 onder *a* en *c* van de statuten door de samenwerkingsovereenkomst met I. aan te gaan zonder voorafgaande goedkeuring van de RvT.
 - (c) De voorzitter van de RvT heeft in strijd gehandeld met de principes van de Code door het besluit van 18 juli 2019 van de RvT (en de daarbij gestelde voorwaarden) te negeren, bewust leden van de RvT te passeren door de aangepaste bepalingen van de samenwerkingsovereenkomst met I. te accorderen en meer in het algemeen onvoldoende onafhankelijkheid ten opzichte van de bestuurder te bewaren.
 - (d) De voorzitter van de RvT heeft in strijd met de principes van de Code gehandeld door verzoeker een ultimatum op te leggen om ontslag te nemen en na zijn weigering vervolgens zelf het voorstel tot zijn ontslag in te brengen.
 - (e) De RvT heeft in strijd gehandeld met de principes van de Code door na te laten het vertrouwen in de bestuurder op te zeggen en verzoeker te ontslaan.
- 3.2 Verweerster concludeert tot afwijzing van het verzoek. Zij stelt daarbij, kort gezegd, het volgende:
- (a) Rond de naamswijziging in mei 2019 is weliswaar "ruis" ontstaan in de verhouding tussen de RvB en de RvT, maar de RvB heeft deze "ruis" op een zorgvuldige manier weggenomen. Partijen zijn een dialoog met elkaar aangegaan en de situatie is achteraf geëvalueerd. De gang van zaken rond de naamswijziging van verweerster toont daarmee juist aan dat de RvB aanspreekbaar is en actief verantwoording aflegt. Los daarvan is het besluit tot naamswijziging een typische bestuursaangelegenheid, zodat niet valt in te zien waarom zou zijn gehandeld in strijd met artikel 10 lid 7 aanhef en onder *l* van de statuten.
 - (b) De RvB heeft de door de RvT op 18 juli 2019 verleende goedkeuring opgevat als een integrale goedkeuring om de samenwerking met I. te bewerkstelligen en het vervolg daarvan verder vorm te geven. Uit niets blijkt dat de RvB door de RvT gestelde voorwaarden bewust naast zich heeft neergelegd.
 - (c) De voorzitter van de RvT heeft dezelfde uitleg gegeven aan de besluitvorming in de vergadering van 18 juli 2019 als de RvB, en dus eveneens verondersteld dat de RvT integrale goedkeuring had verleend. Bij verschillende gelegenheden heeft zij daarna haar excuses aangeboden aan de leden van de RvT. Daarmee heeft zij laten zien dat ook zij aanspreekbaar is en open en eerlijk communiceert.
 - (d) Aan de voorzitter van de RvT kan niet worden verweten, en het was een gebaar van goede wil, dat zij verzoeker heeft gevraagd om eerst zelf ontslag te nemen. Als partijen over en weer erkennen dat de samenwerking niet meer mogelijk is, levert dat op basis van de statuten en het reglement van de RvT gegronde redenen op om over te gaan tot schorsing of ontslag.
 - (e) De RvT had geen aanleiding om het vertrouwen in de RvB op te zeggen en was op grond van het reglement van de RvT en de statuten van verweerster bevoegd tot ontslagverlening aan verzoeker nadat was gebleken dat samenwerken geen optie meer was.

4. De beoordeling van het verzoek

- 4.1 Het toetsingsverzoek stelt drie hoofdthema's aan de orde: de naamswijziging van de Stichting, de overeenkomst met I. en het ontslag van verzoeker; alles in relatie tot de verplichtingen van de Stichting op grond van de Code. Deze thema's komen hierna achtereenvolgens aan de orde.
- 4.2 Wat de naamswijziging betreft is een gegeven dat de RvT bekend was met het in gang zetten van het proces dat tot naamswijziging moest leiden en daarmee ook heeft ingestemd. Ook staat vast dat de RvB de RvT niet heeft betrokken in de uiteindelijke keuze voor de nieuwe naam. Als het aan de RvB had gelegen, zouden de leden van de RvT deze naam voor het eerst hebben gehoord bij de feestelijke en publieke onthulling van de naam op 20 mei 2019. Het toetsingsverzoek stelt de vraag aan de orde of dit laatste zich verdraagt met de Code.
- 4.3 De Commissie stelt hierbij voorop dat de Code geen gedragsregels, laat staan principes, bevat die een rechtstreeks antwoord geven op de vraag of de RvT tijdig – dat wil zeggen: voordat de beslissing is gevallen – moet worden betrokken bij een naamswijziging van de zorgorganisatie. Ditzelfde geldt voor de statuten en reglementen van de Stichting. Mede gelet op een opmerking van de kant van de Stichting tijdens de mondelinge behandeling verdient hierbij aantekening dat een gedraging van (een orgaan van) de Stichting in strijd met de eigen statuten en reglementen van de Stichting in beginsel steeds een schending van de Code oplevert. Goede *governance* veronderstelt om te beginnen naleving van de geldende regels, los van de mogelijkheid dat een gedraging die naar de letter in strijd is met een statutaire of reglementaire bepaling, in bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn en daarom geen schending van de Code vormt. Deze gebondenheid aan de wet en de statuten vormt een onderdeel van gedragsregel 4.1.1 van de Code, dat voorschrijft dat de raad van bestuur en de raad van toezicht ieder *“overeenkomstig hun wettelijke en statutaire taken”* verantwoordelijk zijn voor de *governance* van de zorgorganisatie. Het vastleggen van deze verantwoordelijkheid zou een loze letter zijn als handelen in strijd met de wet of de statuten geen schending van de Code zouden vormen. De reglementen van de zorgorganisatie staan in dit opzicht op één lijn met de statuten, waarop zij veelal zijn gebaseerd. Diverse bepalingen van de Code vermelden de statuten en de reglementen ook in een en dezelfde zin. Wat hiervan verder ook zij, volgens gedragsregel 6.1 van de Code is de raad van toezicht verantwoordelijk voor het toezicht op het beleid van de raad van bestuur en de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie. Wat precies onder het beleid van de raad van bestuur en de algemene gang van zaken valt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- 4.4 Bij de beoordeling van de gang van zaken bij de naamswijziging is beslissend of de RvB in de omstandigheden van dit geval de RvT ten onrechte, en dus zonder voldoende rechtvaardiging, heeft genegeerd. Tot de hier relevante omstandigheden behoren de volgende gegevens. De naam waaronder een zorgorganisatie optreedt kan tot uitdrukking brengen wat de organisatie als geheel belangrijk vindt, waar zij intern en extern de nadruk op wil leggen en waarin zij zich onderscheidt. Dit speelt ook bij de naamswijziging van de Stichting. Zij heeft zelf gesteld dat de nieuwe naam moest passen binnen het meerjarenbeleidsplan 2017-2020 van de Stichting. Zij is bij haar keuze zorgvuldig, met inschakeling van een extern bureau, te werk gegaan. Gedurende het proces dat zij hiervoor heeft ingezet, heeft zij velen geraadpleegd, intern en extern. Zelf vermeldt zij dat *“alle relevante stakeholders”* bij de naamswijziging zijn betrokken. Gelet op dit alles komt de Commissie tot de slotsom dat de naamswijziging niet in alle gevallen een

"typische bestuursaangelegenheid" is, zoals de Stichting heeft gesteld, en dat de RvB in dit opzicht de zojuist vermelde gedragsregel 6.1 van de Code heeft geschonden. In de hier geschetste omstandigheden vormt de naamswijziging een aspect van *"de algemene gang van zaken in de organisatie"* en betreft de keuze voor een nieuwe naam een onderdeel van *"het beleid"* van de RvB. De Stichting heeft aangevoerd dat de voorzitter van de RvT bij de afronding van het op deze kwestie betrekking hebbende agendapunt in de RvT-vergadering van 11 december 2018 heeft gezegd dat de keuze voor een bepaalde naam *"aan de organisatie"* is, maar deze stelling brengt de Commissie niet tot een ander oordeel. Daarmee is immers, nog daargelaten dat deze samenvattende mededeling niet is opgenomen in het (concept)verslag van die vergadering, niet gezegd dat de RvT niet zou worden betrokken in de afweging die aan de keuze zou voorafgaan. Ook de RvT behoort immers tot het (algemene) begrip *"de organisatie"*.

- 4.5 Aan de in 4.4 vermelde slotsom van de Commissie doet niet af dat verzoeker bij de voorbereiding van zelfevaluatie van de RvT, in oktober 2019, bepaald positief was in zijn beoordeling van het functioneren van de RvT en diens voorzitter. Het ging bij de naamswijziging immers niet om het functioneren van de RvT maar om dat van de RvB. Het kan zijn dat verzoeker toen niet zo zwaar tilde aan het gebeurde rond de naamswijziging, maar het van belang vond om bij de erfpachtkwestie, die kort daarna speelde, ook deze eerdere gebeurtenis te betrekken als voorbeeld van het volgens hem tekortschietende optreden van de RvB. Dat stond hem vrij. De Stichting heeft niet aangevoerd dat verzoeker zijn recht om ook ten aanzien van de naamskwestie een toetsingsverzoek in te dienen, heeft verwerkt of niet-ontvankelijk is in zijn toetsingsverzoek voor het deze kwestie betreft. De Commissie ziet ook ambtshalve geen grond voor een dergelijk oordeel.
- 4.6 Aan de slotsom van de Commissie over de kwestie van de naamswijziging doet ook niet af dat de RvB en de RvT later hebben vastgesteld dat *"het proces"* niet *"naar ieders wens"* is verlopen en dat de afspraak is gemaakt dat in het vervolg bij onderwerpen van dergelijk belang *"explicietter wordt toegezien op het maken van duidelijke afspraken zowel op inhoud als proces"* (zie in 2.12). Het inzicht dat iets niet goed is verlopen en een daarop gevolgde afspraak om het in de toekomst beter te doen zijn van belang ook uit het oogpunt van goede *governance*, maar maken een schending van de Code niet met terugwerkende kracht ongedaan, waarbij in het midden kan blijven of enige genoegdoening aan het adres van verzoeker gepast zou zijn geweest.
- 4.7 Het tweede hoofdthema betreft de samenwerking met I. en in het bijzonder de erfpachtovereenkomst van de Stichting met dat ziekenhuis. Deze overeenkomst had een zakelijk karakter. Daarnaast speelden – zoals de Stichting terecht heeft betoogd – bij de overeenkomst algemene maatschappelijke belangen, ook van de Stichting zelf, een rol. De uiteindelijke keuze was een bestuurlijke afweging, waarmee rekening moest worden gehouden met alle aspecten. Van zakelijke aard waren de mogelijke financiële risico's voor de Stichting door de erfpachtconstructie. Gelet op de omvang en de reikwijdte van beslissingen hierover ging het ook in dit opzicht om een majeure beslissing, die goede afstemming met de RvT vergde. Het betrof bovendien een overeenkomst tot verkrijging van een registergoed, die op grond van artikel 10 lid 6, in verbanding met lid 8, van de statuten van de Stichting aan goedkeuring van de RvT was onderworpen. Dit is op zichzelf ook niet in geschil.
- 4.8 De financiële en andere zakelijke aspecten van de erfpachtovereenkomst behoorden bij uitstek tot het deskundigheidsgebied van verzoeker als lid van de RvT. Hij heeft onweersproken betoogd dat geen ander RvT-lid op deze terreinen deskundig was. Dit strookt met het gegeven dat verzoeker van de aanvang af voorzitter was van de auditcommissie van de RvT voor Financiën & Vastgoed. Het staat vast dat verzoeker, zodra hij bekend was met de voorgenomen opzet van de erfpachtconstructie, met klem de aandacht van de andere leden van de RvT en van

de RvB heeft gevraagd voor de zijns inziens bestaande noodzaak om goede afspraken te maken over de restwaarde van de opstallen bij tussentijdse beëindiging van de erfpacht en na afloop van de erfpachttermijn. De RvT heeft hierin lange tijd op zijn kompas gevaren. In overeenstemming daarmee heeft zijn medelid van de zojuist genoemde auditcommissie in de RvT-vergadering van 18 juli 2019 een opmerking gemaakt die geheel in de lijn ligt van de eerdere aanbevelingen van verzoeker.

- 4.9 Een centrale rol in deze kwestie – en ook in het debat van partijen – vormt de verslaglegging van het besluit van de RvT in die vergadering van 18 juli 2019, dat in 2.13 is geciteerd. In de daar vastgelegde samenvatting van de voorzitter van de RvT van de uitkomst van dat debat is met zoveel woorden vermeld dat “*de deal*” met I., louter gezien als vastgoedinvestering voor de Stichting, “*ongunstig*” is. In verband hiermee heeft de RvT de RvB verzocht om in de samenwerkingsovereenkomst en de erfpachtafakte de gelijkwaardigheid van beide partijen (de Stichting en I.) te benadrukken en “*in het bijzonder te verwerken*” (i) dat I. een inspanningsverplichting heeft tot behoud van de waarde na 30 jaar en (ii) dat bij tussentijdse verkoop de Stichting de “*volle-dige vervangingswaarde*” vergoed krijgt. Daarop volgt de samenvattende zin dat de RvT “*goed-keuring*” geeft aan het besluit van de RvB om de samenwerking met I. te bewerkstelligen en verder vorm te geven.
- 4.10 Beide partijen (verzoeker en de Stichting) gaan uit van deze samenvatting als weergave van het besluit van de RvT. Beiden interpreteren dit besluit als een *voorwaardelijke* goedkeuring van het onderliggende besluit van de RvB. Ook de Commissie gaat hiervan uit. De centrale vraag is dan of de RvB en de voorzitter van de RvT, die door de RvB is geraadpleegd, daarna hebben gehandeld in overeenstemming met deze voorwaardelijk verleende goedkeuring.
- 4.11 Anders dan de Stichting ziet de Commissie in de vastgelegde goedkeuring door de RvT geen “*integrale goedkeuring*”. Juist door de twee belangrijke en expliciet weergegeven voorwaarden was er geen goedkeuring-zonder-meer, met (bijvoorbeeld en hooguit) de verplichting voor de RvB om zich serieus in te spannen om gevolg te geven de twee specifieke wensen van de RvT. Dit klemt temeer nu de bedoelde voorwaarden een voorgeschiedenis hadden en een vervolg vormden van de bestendige waarschuwingen van verzoeker, als op dit gebied deskundig lid van de RvT, om hierin een voor de Stichting gunstiger resultaat te bereiken.
- 4.12 De Commissie beantwoordt de in 4.10 weergegeven centrale vraag ontkennend. Het staat vast dat de bestuurder niet is geslaagd in haar poging om de hier bedoelde twee voorwaarden tot gelding te laten komen in de (door haar ondertekende) samenwerkingsovereenkomst. Nadat de bestuurder was gebleken dat dit niet was gelukt, had zij dit gegeven moeten terugkoppelen naar de toezichthouder (en goedkeurende instantie), te weten de RvT. Ruggespraak met alleen de voorzitter van de RvT, zonder de wetenschap dat deze de kwestie had doorgeleid of zou doorgeleiden naar de gehele RvT, volstond niet. Dit was niet zozeer een voorbeeld van gebrek aan onafhankelijkheid van de voorzitter van de RvT ten opzichte van de RvB, zoals verzoeker heeft betoogd, als wel een miskennis van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de RvT in zijn toezichthoudende taak. Het ondertekenen van de samenwerkingsovereenkomst zonder dat de beide voorwaarden waren vervuld, was onmiskennisbaar in strijd met het besluit van 18 juli 2019 van de RvT. Door hun hier beschreven gedragingen hebben de RvB en de voorzitter van de RvT artikel 10 lid 6 aanhef en onder a en c van de statuten van de Stichting geschonden en daarmee gehandeld in strijd met de gedragsregels 4.1.1 en 4.1.2 van de Code, waarin de gebondenheid aan de wettelijke en statutaire taken van de beide raden is vastgelegd. Dit handelen was ook rechtstreeks strijdig met de gedragsregels 5.5 en 5.6. Gedragsregel 5.5 houdt in dat de raad van bestuur zorg draagt voor zorgvuldige besluitvorming “*naar procedure, proces en inhoud*” en dat besluitvorming door de raad van bestuur “*toetsbaar*” is door de raad van toezicht.

Gedragsregel 5.6 bepaalt onder meer dat de raad van bestuur aan de raad van toezicht “*tijdig alle informatie [verschafft] die nodig is voor een goede uitoefening van de functie van de raad van toezicht*”. De voorzitter van de RvT heeft in haar optreden op dit punt gedragsregel 6.1 van de Code geschonden. Deze gedragsregel gaat uit van verantwoordelijkheid van de raad van toezicht *als geheel*.

- 4.13 Ook hier geldt dat de latere vaststelling van de RvB en de voorzitter van de RvT dat hun interpretatie van het besluit van 18 juli 2019 kennelijk niet door (de leden van) de RvT is gedeeld en de daarop gevolgde excuses van de voorzitter van de RvT aan de overige leden van de RvT niet afdoen aan de hier vastgestelde schendingen van de Code. Openheid en “*aanspreekbaarheid*” achteraf maken de schending niet ongedaan. Geen doel treft ook het betoog van de Stichting dat de RvB en de RvT een alomvattende bestuurlijke afweging hebben moeten maken waarin niet alleen de zakelijk-inhoudelijke nadelen van de erfpachtconstructie (als “*vastgoeddeal*”) meespeelden. Op zichzelf is het waar dat de bestuurlijke besluitvorming meer aspecten omvatte, maar de kwestie die hier aan de orde is betreft niet de juistheid (in bestuurlijk opzicht) van de genomen beslissingen, maar de toepassing van de relevante bepalingen van de Code. Het ligt niet op de weg van de Commissie om een oordeel te geven over de inhoud van de afspraken van de Stichting met I.. De Commissie voegt hieraan toe dat het betoog van de Stichting geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat voor de schending van de Code een voldoende rechtvaardiging bestond. De Stichting heeft zich ook niet daarop beroepen, maar ten gronde aangevoerd dat zij de Code niet heeft geschonden.
- 4.14 De Stichting heeft zich beroepen op de in 2.31 genoemde externe toets door Q., die is uitgevoerd na het aantreden van de bestuurder a.i. Volgens de Stichting is daaruit gebleken dat de overeenkomst tussen haar en I. zakelijk evenwichtig was en dat het mogelijke financiële nadeel waarvoor verzoeker steeds de aandacht had gevraagd, hooguit “*enkele tonnen*” en zeker geen miljoenen euro’s zou omvatten. De Commissie gaat aan deze stellingen voorbij. In de eerste plaats ligt het, zoals ook in 4.13 is overwogen, niet op haar weg om een oordeel te geven over de *gerechtvaardigheid* van de transactie met I. en de daartegen geuite bezwaren van verzoeker. De Commissie heeft slechts tot taak om bepaalde gedragingen van een zorgorganisatie te toetsen aan de Code. In de tweede plaats heeft de Stichting het rapport van Q. niet overgelegd. Terecht heeft verzoeker betoogd dat hij daardoor niet in de gelegenheid is gesteld om te beoordelen of de toets met terugwerkende kracht zijn zakelijke en inhoudelijke bezwaren heeft weggenomen. Dit geldt *mutatis mutandis* ook voor de Commissie.
- 4.15 Het derde hoofdthema betreft het ontslag van verzoeker als lid van de RvT, met inbegrip van de voorgeschiedenis daarvan en het gegeven dat de andere leden van de RvT geen gevolg hebben gegeven aan de wens van verzoeker om het vertrouwen in de bestuurder op te zeggen.
- 4.16 Het niet volgen van deze wens van verzoeker levert geen schending van de Code op. Het behoort tot de eigen verantwoordelijkheid van een orgaan als de RvT om te beoordelen of bepaalde gedragingen van een bestuurder grond opleveren voor het opzeggen van vertrouwen in de bestuurder of zelfs het ontslag. Een raad van toezicht heeft hierin een ruime beleidsvrijheid. De opstelling van de RvT na eind oktober 2019 valt niet daarbuiten.
- 4.17 Ten aanzien van het uiteindelijk aan verzoeker verleende ontslag maakt de Commissie een onderscheid tussen enerzijds de gebeurtenissen in het tijdvak van 12 tot eind november 2019 en anderzijds (de aanloop naar) het eigenlijke ontslag, waartoe de RvT op 10 december 2019 heeft besloten. De Commissie bespreekt eerst dit laatste en vervolgens de daaraan voorafgegane periode.

- 4.18 Een raad van toezicht heeft een collectieve verantwoordelijkheid. In totaliteit moet hij evenwichtig zijn samengesteld. Elk lid van een raad van toezicht is medeverantwoordelijk voor het geheel, maar heeft veelal – en zo ook in dit geval – een eigen terrein (portefeuille) waarin de specifieke ervaring en deskundigheid van de betrokkene tot hun recht komen. Een raad van toezicht en zijn leden moeten onafhankelijk van de raad van bestuur werken, ook al dienen zij uiteindelijk hetzelfde belang. Een onafhankelijke, toetsende rol van de raad van toezicht als geheel is niet goed mogelijk als zijn leden ook zelf niet op onafhankelijke en kritische wijze hun taak vervullen. Deze algemene eisen en uitgangspunten nemen echter niet weg dat de leden, ondanks mogelijk hevige zakelijke meningsverschillen, een minimum aan vertrouwen in elkaar behoren te hebben. Als dat vertrouwen onherstelbaar is verdwenen, kan een raad van toezicht zijn taken niet meer effectief vervullen. Ontslagverlening aan een of meer leden kan dan onontkoombaar zijn en *a fortiori* geen schending van de Code opleveren. De Commissie concludeert dat na eind november 2019 de situatie – uit het oogpunt van effectieve samenwerking – zodanig was geëscaleerd dat ontslagverlening aan verzoeker uiteindelijk onontkoombaar was geworden, en in elk geval, en op zijn minst genomen, geen schending van de Code inhield. De RvT heeft gebruikgemaakt van zijn bevoegdheid op grond van artikel 7 lid 1 aanhef en onder c van de statuten. Hier deden zich toen een wijziging van de omstandigheden en/of andere gewichtige redenen voor waarvan de RvT in het belang van de Stichting heeft kunnen oordelen dat handhaving van verzoeker als lid van de RvT redelijkerwijs niet van de Stichting kan worden verlangd. Een verder gaande toetsing valt buiten de taak van de Commissie. Ook de aan de ontslagverlening voorafgegaan maar door verzoeker niet opgevolgde raad van de voorzitter van de RvT aan verzoeker om vrijwillig terug te treden, is op zichzelf niet strijdig met enige gedragsregel van de Code.
- 4.19 Anders ligt dit bij de gebeurtenissen die daaraan zijn voorafgegaan. Hierbij zijn in het bijzonder de volgende omstandigheden – tezamen en in onderling verband bezien – van belang. Verzoeker had als lid van de RvT een uitstekende staat van dienst. De Stichting heeft dit ook erkend, en zijn directe benoeming tot voorzitter van de commissie die op enig moment de auditcommissie Financiën & Vastgoed is gaan heten, past hierin. Niet in discussie is het al vermelde gegeven dat verzoeker bij uitstek deskundig is op zakelijk (financieel-economisch en juridisch) gebied, zeker bij vastgoedtransacties. Daar komt bij dat zijn (zakelijke) bezwaren tegen de wijze waarop de voorgenomen samenwerking met I. geleidelijk aan vorm kreeg, aanvankelijk door de gehele RvT zijn gedeeld. Kort gezegd: hij had daarmee een punt. Het feit dat de RvB en de voorzitter van de RvT (deze laatste op de in 4.12 beschreven wijze) het besluit van 18 juli 2019 van de RvT hebben genegeerd, heeft begrijpelijkerwijs het ongenoegen van verzoeker opgewekt. Hij heeft daaraan op scherpe en indringende wijze uiting gegeven. De Commissie heeft niet vastgesteld dat hij daarbij de grenzen van de behoorlijkheid te buiten is gegaan. De Stichting verwijt hem dat hij daarbij “*schofferend*” te werk is gegaan, maar de voorbeelden die zij daarvan, ook desgevraagd, heeft genoemd, rechtvaardigen naar het oordeel van de Commissie deze negatieve kwalificatie niet. Hooguit vormt de vermelding in zijn brief van 3 december 2019 aan de voorzitter en de andere leden van de RvT dat de bestuurder “*op slinkse wijze*” de governance-regels heeft omzeild (zie 2.26), een grensgeval. Het is opvallend dat in de notulen van de RvT-vergadering van 27 november 2019 (zie 2.23), bij de weergave van het besprokene, verzoekers gedrag slechts in kwalitatieve zin is gerecenseerd (“*Hij schoffeert diverse leden RvT in woord en toon*”). Een dergelijke beoordelende, niet zuiver feitelijke, weergave (door de notulist of degene onder wiens verantwoordelijkheid de tekst is vastgesteld) past niet in een verslag. De mededeling van verzoeker dat zijn medelid van de genoemde auditcommissie een “*zwakke man*” is, is zeker op diens persoon gericht en ongewoon scherp, maar naar het oordeel van de Commissie niet “*schofferend*”. Hierbij houdt de Commissie rekening met de toelichting die verzoeker blijkens ditzelfde verslag hieraan heeft laten voorafgaan en met het al eerder vermelde gegeven dat hij ten aanzien van de besproken zakelijke kwestie wel degelijk “*een punt*” had. De

Commissie komt tot deze zelfde waardering ten aanzien van de door verzoeker uitgesproken wens dat de bestuurder zou vertrekken. Het stond hem vrij deze wens te uiten, evenals het de andere leden van de RvT vrijstond het op dit punt niet met hem eens te zijn.

- 4.20 Hierbij zijn nog twee aspecten van belang. Relevant is in de eerste plaats dat verzoekers lidmaatschap van de RvT in elk geval per 1 februari 2020 zou eindigen, in verband met het verstrijken van de maximale benoemingstermijn. De ontslagdatum van 10 december 2019 lag dus slechts ruim anderhalve maand vóór zijn reeds lang voorziene defungeren. In de tweede plaats was juist eind november 2019, voordat het ontslag is verleend, bekend dat de bestuurder zou vertrekken. Daarmee was in feite, en voor de RvT en betrokkene onbedoeld en in elk geval om een geheel andere reden, een dringende wens van verzoeker in vervulling gegaan. In deze situatie lag het, gegeven ook de onmiskenbaar grote staat van dienst van verzoeker in de RvT én het gegeven dat hij in de kwestie die de geesten heeft doen scheiden “een punt” had, op de weg van (de voorzitter van) de RvT, ook uit het oogpunt van goede *governance*, om te bezien of een minnelijke, voor verzoeker minder schadelijke, uitweg mogelijk was. Dat is niet gebeurd; in feite is binnen enkele weken het pleit ten nadele van verzoeker beslecht. Dit handelen van de RvT is niet in overeenstemming met principe 2 van de Code, dat betrekking heeft op het hantieren van waarden en normen die passen bij de maatschappelijke positie van de zorgorganisatie en in het bijzonder ook met de uitwerking van dit principe in gedragsregel 2.1.1 van de Code, voor zover daarin is voorgeschreven dat deze waarden en normen tot stand komen in dialoog binnen en tussen alle niveaus van de organisatie. Het gaat hierbij dan vooral op het wederzijds in acht te nemen respect voor elkaars opvattingen en het voorkómen dat een medelid van de RvT onnodig wordt geschaad. Het aansturen op ontslag zonder eerst – mogelijk met externe bijstand – andere, minder bezwarende, maatregelen te onderzoeken, levert een schending van de zojuist aangehaalde gedragsregel op.
- 4.21 Niets van wat partijen verder hebben aangevoerd, leidt tot een andere uitkomst dan het hierna te vermelden oordeel.

5. Het oordeel van de Governancecommissie

De Governancecommissie oordeelt dat de Stichting ten aanzien van de in onderdeel 4 beschreven aspecten jegens verzoeker heeft gehandeld in strijd met de gedragsregels 2.1.1, 4.1.1, 4.1.2, 5.5, 5.6 en 6.1 van de Governancecode Zorg. De overige aan de Stichting verweten gedragingen leveren geen strijd met de Code op.

Dit oordeel is aan partijen verzonden op 15 juli 2020.