ANNOTATIE

De Centrale Cliëntenraad Seizoenen B.V./Seizoenen B.V.

mr. X.R. van der Kruk-Ras

Annotatie bij Gerechtshof Amsterdam, 30-04-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (OR-2018-0073, GZR-2018-0226)

Inleiding

De cliëntenraad kaart in deze uitspraak aan dat er sprake is van belangenverstrengeling tussen de bestuurders en de raad van commissarissen. De cliëntenraad gaat daarbij in op het functioneren van de governance binnen DeSeizoenen.

De rol van de cliëntenraad binnen de governancestructuur is de afgelopen jaren verstevigd en meer verankerd in regelgeving. Dit geldt ook voor het enquêterecht. Ik ga eerst in op de ontwikkeling van het enquêterecht voor cliëntenraden en vervolgens op de ontwikkeling van het governance-beleid en de rol van de cliëntenraad binnen de Governance Code. Hierbij betrek ik de jurisprudentie op dit gebied. Ik sluit af met een conclusie over de ontwikkeling van het recht van enquête voor cliëntenraden en de rol van de cliëntenraad binnen de Governance Code.

Uitspraak Ondernemingskamer

DeSeizoenen is een BV en een toegelaten zorginstelling in de zin van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). De instelling exploiteert verstandelijk gehandicaptenzorg voor volwassenen en heeft zes vestigingen op verschillende locaties in Oost- en Zuid-Nederland. Zij is een gedeeltelijke voortzetting van de onderneming van Stichting Zonnehuizen die failliet is verklaard en zij is in het kader van een doorstart op 21 november 2011 – onder een toen nog andere naam (De Seizoenen en WW Zorg Groep) – opgericht. DeSeizoenen staat onder

leiding van een tweehoofdige directie. Er wordt toezicht gehouden door een raad van commissarissen. De enig aandeelhouder van DeSeizoenen B.V. is de WW Zorg Groep, eveneens opgericht op 21 november 2011. De WW Zorg Groep is ook enig aandeelhouder van drie andere BV's, te weten Vastgoed DeSeizoenen B.V., Care Shared Services B.V. en Groote Slink B.V. De bestuurders van DeSeizoenen zijn tevens bestuurder of (indirect) aandeelhouder bij een van de andere genoemde BV's. Voor een deel van de raad van commissarissen van DeSeizoenen B.V. geldt dit eveneens.

De Centrale Cliëntenraad (CCR) heeft een verzoek tot enquête ingediend bij de Ondernemingskamer, omdat er bezorgdheid bestaat over het feit dat publieke middelen die bestemd zijn voor de zorg binnen DeSeizoenen, via de huur- en dienstenovereenkomsten wegvloeien naar Vastgoed DeSeizoenen, Care Shared Services en de privévennootschappen van twee oud-leden van de raad van commissarissen. Deze twee oud-leden van de raad van commissarissen zijn indirect aandeelhouder van de WW Groep en bestuurder van Vastgoed DeSeizoenen. De CCR verzoekt om een onderzoek naar (hoofdzakelijk) de toelaatbaarheid en de wenselijkheid van de gekozen juridische constructie en de in het kader van die constructie gesloten overeenkomsten.

In haar overwegingen geeft de Ondernemingskamer aan dat er mogelijk sprake kon zijn van een persoonlijk tegenstrijdig belang en/of de (schijn van) belangenverstrengeling aan de kant van twee van de leden van de directie van DeSeizoenen. Hierbij wordt aangegeven dat het gaat om het dragen van 'twee petten' binnen één groep en het dienen van verschillende belangen.

De Ondernemingskamer geeft tevens aan dat er bij uitstek ook een taak voor de raad van commissarissen lag met het oog op het scheiden van de diverse belangen. De raad diende een onafhankelijke positie in te nemen en transparant in het proces te zijn.

De Ondernemingskamer oordeelt dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van DeSeizoenen en gelast een beperkt onderzoek naar het beleid en de gang van zaken vanaf de datum van de doorstart tot de datum van de verwerving van het vastgoed.

Enquêterecht

Het recht van enquête was oorspronkelijk niet bij wet toegekend aan cliëntenraden. Wel kon het ingevolge artikel 2:345 van het Burgerlijk Wetboek (BW) statutair aan cliëntenraden worden toegekend.

Het wettelijk toekennen van het recht van enquête kwam pas aan de orde naar aanleiding van de aanbevelingen van de commissie Meurs en het rapport 'Health Care Governance'. In dit

rapport wordt door de commissie Meurs bij de aanbevelingen over het extern bestuurlijk en toezichthoudend kader de aanbeveling gedaan om naar analogie van de Ondernemingskamer een Kamer van Zorg bij de rechtbank in te richten, waar belanghebbenden terechtkunnen als zij het idee hebben dat de raad van toezicht ernstig tekortschiet.[1]

Vervolgens werd in 2001 het wetsvoorstel Wet toelating zorginstellingen (WTZi) ingediend,[2] waarin onder andere werd beoogd kwaliteitseisen ten aanzien van het bestuur te stellen wanneer een zorginstelling wilde toetreden tot de zorgmarkt.[3] Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel werd in de Tweede Kamer een motie ingediend én ingewilligd om cliëntenraden het recht van enquête toe te kennen en zo direct toegang te geven tot de Ondernemingskamer.[4] Zo kwam in het Uitvoeringsbesluit WTZi te staan dat de instelling een orgaan dient aan te wijzen dat de cliënten vertegenwoordigt die het verzoek tot enquête kunnen indienen.

In 2010 verscheen vervolgens het Wetsvoorstel cliënten zorginstellingen (Wcz).[5] Het wetsvoorstel regelde verschillende onderwerpen, waaronder 'medezeggenschap en goed bestuur'.[6] Zo bevatte het wetsvoorstel ook een bepaling die het recht van enquête rechtstreeks toekende aan cliëntenraden.[7]

In de praktijk stuitte het wetsvoorstel echter op weerstand en uiteindelijk werd de behandeling in de Tweede Kamer stopgezet. Het wetsvoorstel werd opgeknipt in delen, waarbij het de bedoeling was om het gedeelte over goed bestuur en medezeggenschap in een apart wetsvoorstel te zetten.[8]

Momenteel wordt het wetsvoorstel Wmcz voorbereid voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer.[9] In artikel 11 van het wetsvoorstel wordt het recht van enquête rechtstreeks toegekend aan cliëntenraden van zorginstellingen met rechtspersoonlijkheid. De Memorie van Toelichting geeft twee redenen om dit recht wettelijk te verankeren.[10] Ten eerste bleek in de praktijk niet altijd duidelijk te zijn welk orgaan bevoegd is om een enquêteverzoek in te dienen. Door het wettelijk te regelen is ook duidelijk, indien er meerdere raden actief zijn binnen een organisatie, welke raad de bevoegdheid krijgt toegekend.[11]

Ten tweede bleek uit de praktijk dat sommige instellingen hoge drempels hebben opgeworpen door in de statuten zodanig cumulatieve voorwaarden te formuleren voor het indienen van een verzoek, dat het voor cliënten(raden) erg moeilijk is om een verzoek in te dienen. Bovendien wordt er een koppeling gemaakt met de bekostiging van de cliëntenraden, waardoor cliëntenraden ook beter in staat zijn om gebruik te maken van het recht van enquête, zo meent de minister van VWS.

Op dit moment is het wetsvoorstel in behandeling bij de Tweede Kamer en staat het gepland

voor plenaire behandeling.

Governance Code

Het begrip 'governance' kan worden omschreven als 'een samenhangend geheel van het besturen van een organisatie, het toezicht daarop en de verantwoording over het beleid, het bestuur en het toezicht', waarbij het afleggen van verantwoording niet alleen geldt ten aanzien van de shareholders, maar ook ten aanzien van de stakeholders (belanghebbenden).[12]

Voor de gezondheidszorg werd op basis van particulier initiatief eind jaren negentig de commissie Health Care Governance opgericht, die het rapport 'Health Care Governance'[13] uitbracht. In dit rapport werden aanbevelingen gedaan ten aanzien van goed bestuur en de adequate verantwoording van zorgorganisaties, waarbij ook ingegaan werd op de rol van de medezeggenschapsorganen binnen de zorgorganisatie.

Ook werd in 2005 de eerste Zorgbrede Governance Code van kracht.[14] In 2010 kwam er een nieuwe Zorgbrede Governancecode.[15] Ten opzichte van de Governancecode van 2005 werd een aantal zaken verduidelijkt en aangescherpt, waaronder het artikel aangaande belangenverstrengeling. Tevens werden ook de bepalingen aangaande de dialoog met belanghebbenden aangepast.[16] Ook was nieuw dat belanghebbenden naar de Commissie Governance kunnen stappen, wanneer zij vinden dat de code niet wordt nageleefd.[17] De commissie doet in dat concrete geval uitspraak of de code is geschonden, en kan ook aanbevelingen doen. Een uitspraak van de commissie heeft echter niet de rechtskracht van een arbitraal vonnis of bindend advies. De deelnemende brancheverenigingen kunnen geen afdwingbare juridische plichten aan het vonnis ontlenen.

In 2017 is de Governancecode wederom herzien en is de Governancecode Zorg 2017 vastgesteld.[18] In deze code is eveneens vastgelegd hoe de organisatie dient te zorgen voor de waarborgen en randvoorwaarden voor onder andere de medezeggenschapsorganen. Tevens bevat de code een bepaling over belangenverstrengeling van de raad van toezicht/ de bestuurder.[19]

Governancebeleid in wet- en regelgeving overheid

In 2003 werd door de toenmalige minister van VWS in een brief 'Herziening Zorgstelsel' aangekondigd welke maatregelen hij wilde nemen met betrekking tot het governancebeleid.[20] Twee zaken komen hierin naar voren. Ten eerste het wettelijk regelen van de toegang tot de Ondernemingskamer voor cliëntenraden en ten tweede het wettelijk verankeren van de positie van de raad van toezicht. Aangegeven wordt dat er bij algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 6 en 8 WTZi eisen worden gesteld aan de

bestuursstructuur en ten aanzien van de transparantie. Expliciet wordt met betrekking tot de eisen ten aanzien van de bestuursstructuur aangegeven dat bestuurders en toezichthouders geen dubbelfuncties hebben. Per 2006 golden dan ook voor zorginstellingen deze eisen met betrekking tot de bestuursstructuur.

In 2010 verscheen vervolgens het wetsvoorstel Wcz.[21] In dit wetsvoorstel werden verschillende onderwerpen geregeld, waaronder 'medezeggenschap en goed bestuur'.[22] Aangaande goed bestuur besloot de minister om de bestaande regelgeving aan te passen. Met het aanbieden van de agenda 'goed bestuur' aan de Tweede Kamer werd door minister aangegeven met welke maatregelen zij dit wilde bewerkstelligen. In de agenda werd een aantal speerpunten gepresenteerd, zoals het aanscherpen van verantwoordelijkheden over en weer van bestuurders en interne toezichthouders, het versterken van het externe toezicht en de aanpak van onbehoorlijk bestuur en wanbeleid, het optimaliseren van *checks* en *balances* langs de weg van medezeggenschap en het stimuleren van het debat over goed bestuur.[23] Ook gaf de minister in deze agenda duidelijk aan dat een van de wetten waarin het kader voor goed bestuur is vastgelegd de Wmcz is.[24]

Jurisprudentie

Wat de jurisprudentie rondom dit onderwerp betreft, kan gekeken worden naar zowel de uitspraken van de Ondernemingskamer als de uitspraken van de Governance Commissie. Beide instanties hebben immers een rol met betrekking tot de Governancecode.[25]

Bij de Ondernemingskamer kunnen cliëntenraden een verzoek doen en aan dit verzoek de Code ten grondslag leggen. In de afgelopen jaren is dit een aantal maal voorgekomen. Zo werden in de zaak *Zorgcentrum de Betuwe* door de CCR aan het verzoek onder andere bezwaren ten grondslag gelegd met betrekking tot de governance van de instelling.[26] Er was een impasse tussen de raad van commissarissen en de Centrale Cliëntenraad van Zorgcentrum de Betuwe ontstaan, die leidde tot de gang naar de Ondernemingskamer door de CCR. De Ondernemingskamer oordeelde dat door het eenzijdig en voor onbepaalde tijd opschorten van de medezeggenschap en het informatierecht van de CCR door de raad van bestuur, de ontstane patstelling tussen beide partijen en de ogenschijnlijke inactiviteit van de raad van commissarissen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid bij Zorgcentrum de Betuwe. De Ondernemingskamer gaat in haar oordeel niet expliciet in op de bezwaren over schending van de Governancecode.

Ook in de zaak *Zuwe Hofpoort* legt de cliëntenraad aan zijn verzoek ten grondslag dat het ziekenhuis onder andere in strijd met de Zorgbrede Governancecode heeft gehandeld.[27] Ook hier gaat de Ondernemingskamer in haar uitspraak niet expliciet in op de vraag of er

sprake is van strijdig handelen met de Governancecode.

In het geval van DeSeizoenen B.V. gaat de Ondernemingskamer wél in op de bezwaren met betrekking tot het schenden van de Governancecode. De Ondernemingskamer stelt een beperkt onderzoek in naar de rol van DeSeizoenen, voor zover het gaat om het faciliteren van de constructie rond het vastgoed en het aangaan van de in verband daarmee gesloten leningsovereenkomst en huurovereenkomsten in de periode waarin de doorstart van de onderneming plaatsvond en vastgoed werd verworven. Alhoewel zij concludeert dat er in de huidige situatie geen sprake is van schending van de code, worden aan het oordeel wel argumenten ten grondslag gelegd die hun basis vinden in de Governancecode.[28]

In de jurisprudentie van de Commissie Governance is te zien dat cliëntenraden niet vaak een zaak aanhangig maken.[29] In 2016 ging de Centrale Cliëntenraad van een stichting in de GGZ en verstandelijk gehandicaptenzorg naar de commissie omdat hij vond dat de werving van vier nieuwe leden van de raad van toezicht in strijd met de Code had plaatsgevonden. Er was namelijk geen openbare werving geweest. De Commissie Governance stelde de centrale cliëntenraad in het gelijk en gaf aan dat de code op dit punt was geschonden.

De vraag die gesteld kan worden is of bij cliëntenraden de Governance Code en de mogelijkheden om eventueel naar de Governance Commissie te stappen voldoende bekend zijn.

Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat door de jaren heen de cliëntenraad binnen het wettelijk kader, maar ook binnen regelgeving van de brancheorganisaties een sterkere positie heeft gekregen. Dit blijkt onder andere uit het verankeren van de rol voor de cliëntenraad als belanghebbende in de Governancecode, de wijze waarop hij als belanghebbende bij bepaalde onderwerpen door de raad van bestuur en de raad van toezicht dient te worden betrokken en de mogelijkheid om naar de Governance Commissie te gaan ingeval van een geschil. De vraag is wel hoe cliëntenraden omgaan met deze toebedeelde rol in de Code en of zij ook de gang naar de Commissie Governance voldoende weten te vinden.

Daarnaast heeft ook het recht van enquête voor cliëntenraden, dat eerst alleen statutair kon worden toegekend aan cliëntenraden, een stevigere basis gekregen. Dit laten de wetsvoorstellen op het gebied van cliënt medezeggenschap zien. Zo wordt in het huidige Wetsvoorstel medezeggenschap cliëntenraden het recht van enquête wettelijk verankerd. Het recht kan zo niet meer beperkt worden en door de koppeling met de bekostiging van cliëntenraden in het wetsvoorstel zal het een drempel minder zijn om ingeval van wanbeleid naar de Ondernemingskamer te stappen. De koppeling tussen de Governancecode en het

enquêterecht laat zien dat cliëntenraden soms aan hun verzoek ook de code ten grondslag leggen. De Ondernemingskamer komt in haar uitspraken slechts indirect terug op de Governance Code.

Noten

[1] Commissie Health Care Governance, 'Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg' (1999), Bohn Stafleu van Loghum, p. 23-24.

[2] In dit wetsvoorstel wordt ook verwezen naar de aanbevelingen van de commissie Meurs. In aanbeveling 22 staat de aanbeveling met betrekking tot het recht van enquête.

[3] In dit wetsvoorstel wordt ook verwezen naar de aanbevelingen van de commissie Meurs. In aanbeveling 22 staat de aanbeveling met betrekking tot het recht van enquête.

[4] *Kamerstukken II* 2003/04, 29689, 36. Tijdens de Kamerbehandeling werd nog aangegeven aan welke organen de instelling zou kunnen denken wanneer zij dit recht toekent in de statuten. Zo kan gedacht worden aan een vertegenwoordiging van beroepsbeoefenaren, een vertegenwoordiging van cliënten/verzekerden en de Inspecteur-Generaal voor de Gezondheidszorg.

[5] *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 2.

[6] Andere onderwerpen waren: goede zorg, informatie, toestemming, dossier en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en een effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling.

[7] Artikel 41 lid 3 wetsvoorstel Wcz.

[8] *Kamerstukken II* 2012/13, 32520, 78, p. 8.

[9] Zie 'Regeling van werkzaamheden commissie VWS', 4 juli 2018.

[10] *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, 3, p. 23.

[11] Zie LCvV 2007-003.

[12] Commissie Health Care Governance, 'Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg' (1999), Bohn Stafleu van Loghum, p. 7.

[13] Zie noot 2.

[14] Brancheorganisaties in de zorg, 'Zorgbrede Governancecode' (2005).

[15] BoZ, 'Zorgbrede Governancecode 2010' (2009), Bunnik: Libertas B.V.

[16] Zie voor bespreking van de Governance Code: R.P.F. van der Mark, 'De zorgbrede Governancecode 2010 in vogelvlucht', *TvGR* (2010), nr. 5, p. 372-378.

[17] Zie hoofdstuk 7 van de 'Governancecode 2010'.

[18] BoZ, 'Governancecode Zorg 2017', O2 communicatie (2016).

[19] Zie artikel 3.1 'Governancecode Zorg 2017'.

[20] *Kamerstukken II* 2003/04, 29689, 1.

[21] Zie noot 4.

[22] Andere onderwerpen waren: goede zorg, informatie, toestemming, dossier en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en een effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling.

[23] *Kamerstukken II* 2015/16, 32012, 35.

[24] De andere wetten die worden genoemd zijn: Wkkgz, WTZi, Jeugdwet, WNT en het BW.

[25] Zie R.P.F. van der Mark, 'De Zorgbrede Governancecode 2010 in vogelvlucht', *TvGR* (2010), nr. 5, p. 377.

[26] ECLI:NL:GAHMS:2010:BM3172.

[27] ECLI:NL:GAHMS:2014:4433. De cliëntenraad stelde in deze zaak dat er sprake was van een vermoeden van wanbeleid omdat de raad van bestuur gedurende het lopende fusietraject met een ander ziekenhuis het adviesrecht van de cliëntenraad negeerde.

[28] Zie r.o. 3.24. Er wordt wel gesproken over de 'schijn van belangenverstrengeling' tussen de raad van bestuur en de raad van commissarissen in de periode van doorstart van de onderneming tot verwerving van vastgoed.

[29] Zie voor een bespreking van de uitspraken van de Governance Commissie in de periode 2011-2015: A.G.H. Klaassen, 'Uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg: de dans rond de stoel van de bestuurder', *TvGR* 2016 (4), p. 174-189.