

Governance in de zorgsector en de rol van de Ondernemingskamer door Ellen Soerjatin

Verschenen in 'Willems' wegen',
Opstellen aangeboden aan prof.mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden
als voorzitter van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam
Kluwer 2010

1. Inleiding

Het is, gelet op haar activiteiten in met name de laatste 15 jaar, niet verwonderlijk dat de Ondernemingskamer in de corporate wereld een prominente rol inneemt. Haar kennis en kunde, voortvarendheid, en sturing aan de ontwikkeling van het ondernemingsrecht zijn vaak de aanleiding geweest om ook andere onderwerpen onder haar vleugels te brengen. Zo ook de gezondheidszorg. Volgens mededelingen van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) wordt onderzocht in hoeverre de Ondernemingskamer een rol kan spelen bij de toetsing van het beleid van zorginstellingen en bij het ontslag van falende zorgbestuurders en -toezichthouders.¹

2. Onvoldoende instrumenten om goede governance af te dwingen

De laatste jaren heeft zich een aantal incidenten in de zorg voorgedaan, waarbij de veiligheid van patiënten in gevaar was, of waarbij een vermoeden van financieel wanbeheer bestond. Desondanks heeft geen enkel orgaan dat cliënten van zorginstellingen vertegenwoordigt, gebruik gemaakt van de enquêtebevoegdheid die in 2006 voor dergelijke organen in het leven is geroepen. De mogelijkheid om bestuurders in de zorg persoonlijk aansprakelijk te stellen is beperkt gebleken en de afdwingbaarheid van de Zorgbrede Governance Code is niet vanzelfsprekend.

(i) Het enquêterecht voor cliëntenvertegenwoordigers van zorginstellingen

Sinds 2006 is de zorginstelling die de rechtsvorm van stichting of vereniging als bedoeld in art. 2:344 BW heeft², verplicht om in haar statuten te regelen dat een cliëntenvertegenwoordigend orgaan (bijvoorbeeld een cliëntenraad), een enquêteverzoek kan indienen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Ook anderen dan cliëntenvertegenwoordigers kunnen via de statuten deze bevoegdheid krijgen. Hoewel de meeste zorginstellingen de rechtsvorm stichting (met raad van toezichtmodel) kennen, kiezen zorginstellingen de laatste jaren in toenemende mate voor de rechtsvorm van BV of coöperatie. Voor deze zorginstellingen geldt de verplichte verlening van enquêtebevoegdheid niet.

De belangrijkste reden voor het verlenen van toegang tot de Ondernemingskamer aan cliëntenvertegenwoordigers was de wens om te kunnen ingrijpen in geval de raad van toezicht van een zorginstelling disfunctioneert.³

Er zijn verschillende redenen aan te wijzen waarom vertegenwoordigers van cliënten niet naar het middel van het enquêterecht hebben gegrepen:

- voor de bekostiging van een enquêteprocedure moet de cliëntenraad aankloppen bij de instelling waartegen de procedure is gericht;

Mr. drs. Ellen Soerjatin heeft zich als advocaat jarenlang beziggehouden met ondernemingsrechtelijke geschillen en het enquêterecht. Momenteel is zij legal counsel/adviseur van de raad van bestuur van de Nederlandse Zorgautoriteit. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en bevat de stand van zaken per eind september 2009.

¹ Brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer d.d. 9 juli 2009, "Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning", te vinden op www.minvws.nl.

² Op grond van art. 6.2 Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen ("Uitvoeringsbesluit WTZi").

³ Nota van toelichting bij het Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen, Staatsblad 2005, 575, blz. 25.

- in de praktijk is gebleken dat sommige zorginstellingen in de statuten drempels opwerpen via het stellen van (veel) voorwaarden, waardoor het recht op enquête feitelijk onbereikbaar is voor cliëntenvertegenwoordigende organen;⁴
- de vrees voor een veroordeling tot schadevergoeding als het enquêteverzoek wordt afgewezen omdat het op onredelijke gronden is gedaan.⁵

In een enkel geval is om een andere, positieve, redenen geen gebruik gemaakt van het enquêterecht; het bestuur van de betrokken instelling stapte op toen de cliëntenraad over een enquêteverzoek begon, waarmee het doel was bereikt.⁶

(ii) Nauwelijks houvast aan art. 2:9 BW verplichting van bestuurders

Is het enquêterecht tot nu toe niet benut, de persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders in de zorg heeft evenmin soelaas gebracht. Twee procedures tegen bestuurders van zorginstellingen illustreren dit, waarvan ik alleen de meest recente zal bespreken.⁷

Voormalig staatssecretaris Ross van VWS kondigde in 2005 aan (onder meer) de bestuurder van Stichting Hestia wegens “wanbeheer” aansprakelijk te stellen.⁸ De procedure tegen de bestuurder (enkele leden van de raad van toezicht en de accountant) is uiteindelijk gevoerd door het College Sanering Ziekenhuisvoorzieningen (CSZ) aan welke instantie de vordering ex art. 2:9 BW tegen de bestuurder en de toezichthouders was gecedeerd. De verwijten aan de bestuurder hadden betrekking op het financiële en personeelsbeleid van het onder de Stichting Hestia vallende verpleeghuis. Volgens het CSZ had de bestuurder nagelaten tijdig adequate maatregelen te treffen ter voorkoming van ondeugdelijke financieel beleid, tekortschietend personeelsbeleid en een gebrekkig administratieve organisatie en interne controle. De Reserve Aanvaardbare Kosten (RAK)⁹ was in een aantal jaren zwaar negatief geworden, terwijl tegelijkertijd grote exploitatieverliezen werden geleden, mede als gevolg van oplopende personeelskosten door toenemend ziekteverzuim. Vanwege de gebrekkige ao/ic waren deze problemen niet tijdig erkend, aldus het CSZ. De bestuurder had nagelaten een structureel plan te ontwikkelen om deze situatie het hoofd te bieden. Daardoor was de continuïteit de zorginstelling in gevaar gekomen. De rechtbank Amsterdam heeft de aansprakelijkheid van de bestuurder afgewezen. Terzijde: ook de art. 2:9 BW vordering tegen enkele toezichthouders is afgewezen, omdat dit artikel niet van toepassing is op de taakvervulling van toezichthouders van een stichting. Over de vordering tegen de bestuurder overwoog de rechtbank dat het CSZ niet kon volstaan met de algemene stelling dat de bestuurder adequate maatregelen had moeten nemen. Het CSZ had telkens moeten aangeven welke concrete maatregelen de bestuurder had moeten en – binnen de grenzen van zijn taken en de mogelijkheden van de normale bedrijfsvoering van Hestia – kunnen nemen. Met name de zinsnede tussen streepjes is interessant, vanwege de eerdere overweging van de rechtbank over de context waarbinnen (het bestuur van) Hestia opereerde.¹⁰

“In dat kader is hier van belang dat Hestia de door haar beheerde instellingen exploiteerde in een volledig door de overheid gereguleerde markt, waarin geen sprake is van enige concurrentie. Voor

⁴ Zie noot 1.

⁵ Zie art. 2:350 lid 2 BW. Een onverhoopte kostenveroordeling zal mogelijk problemen oproepen voor de indiener van het enquêteverzoek die geen rechtspersoonlijkheid heeft, bijvoorbeeld de cliëntenraad. In de Nota van Toelichting op het Uitvoeringsbesluit WTZI wordt erop gewezen dat de leden van de raad mogelijk persoonlijk zullen moeten opdraaien voor de onderzoekskosten.

⁶ Dit was het geval bij gehandicapteninstelling Zuidwester dat begin 2007 werd getroffen door grote financiële problemen. De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) constateerde dat de continuïteit van zorg in gevaar was; de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) honoreerde een verzoek om financiële steun, en bestuur en raad van toezicht werden vervangen.

⁷ Scheidsgerecht Gezondheidszorg, 20 augustus 2006, TvGR 2007, p. 160 e.v.; Rechtbank Amsterdam, 26 maart 2008, JOR 2008, 3.

⁸ Persbericht d.d. 17 augustus 2005 van het ministerie van VWS, “Ross stelt bestuurders verpleeghuis aansprakelijk wegens wanbeheer”, te vinden op www.minvws.nl.

⁹ Onderdeel van het vermogen van een zorginstelling.

¹⁰ R.o. 4.2.

haar inkomsten was Hestia nagenoeg geheel afhankelijk van een door de overheid vastgesteld financieringsmodel, dat gebaseerd was op een grotendeels van de omvang van de instellingen afhankelijke vaste vergoeding. Voor eventueel aanvullende financiering behoeft zij steeds de goedkeuring van ofwel CTG [een van de rechtsvoorgangers van de NZa – ES] of Zorgkantoor. (...) Dit brengt mee dat het bestuur van Hestia bij de uitvoering van haar taken nagenoeg geen invloed kon uitoefenen op de hoogte van de inkomsten van de beheerde instellingen en dat de financiële positie van Hestia slechts verbeterd kon worden door een verlaging van de kosten.” [onderstreping ES]

Hoewel in de zorgsector inmiddels geen sprake meer is van een volledig door de overheid gereguleerde markt, maar van gereguleerde marktwerking, schept deze overweging van de rechtbank mogelijk een belangrijke precedent voor de wijze waarop de rechter het functioneren van bestuurders van zorginstellingen in de toekomst zal beoordelen. Mede in het licht van de overlap (en spanning) tussen het publieke en private domein, waarover ik hierna nog kom te spreken.

(iii) Governancecommissie leidt slapend bestaan

In 2006 hebben de toenmalige brancheorganisaties zorg een ‘Zorgbrede Governancecode’ (hierna: Governance Code) vastgelegd. Daarin staan algemene opvattingen over goed bestuur, toezicht en verantwoording van zorgorganisaties. De leden van de deelnemende brancheorganisaties moeten de code in beginsel naleven. Afwijking is alleen met een goede reden toegestaan (‘het pas toe of leg uit-principe’). Als sluitstuk van de invoering van de Governance Code is de Governancecommissie gezondheidszorg opgericht, ressorterend onder het Scheidsgerecht Gezondheidszorg. De Governancecommissie kan op verzoek van een belanghebbende¹¹ toetsen of en in hoeverre in een concreet geval de Governance Code is geschonden en partijen aanbevelingen doen over de toepassing en interpretatie van een of meer principes daarvan. Uit een evaluatie van de Governance Code in januari 2008 blijkt dat 78% van de zorgorganisaties de code naleeft. Aan het oordeel of de aanbevelingen van de Governancecommissie kunnen geen juridisch afdwingbare rechten of verplichtingen ontleend worden en de Governancecommissie leidt een “slapend bestaan”.¹² Tot op heden is geen enkel verzoek tot toetsing ontvangen en een vernieuwing van de code is in voorbereiding.

Dat directe naleving van codevoorschriften overigens geen vanzelfsprekendheid is¹³, wordt bevestigd door een uitspraak van de Ondernemingskamer in een WOR-zaak.¹⁴ Een zorginstelling die, met voorbijgaan aan het (onverplichte) negatieve advies van de ondernemingsraad, haar statuten in overeenstemming wilde brengen met de Governance Code, liep vast bij de Ondernemingskamer. Het ging om het schrappen van het voordrachtsrecht van de ondernemingsraad voor de leden van de raad van toezicht. Een dergelijk recht wordt in het Governance Code als onwenselijk gezien. De Ondernemingskamer vond de door de instelling gestelde intentie om zoveel mogelijk bij de code te willen aansluiten niet voldoende om tot het schrappen van dit recht te kunnen besluiten. In de code wordt uitdrukkelijk ruimte gelaten voor het laten voortbestaan van statutaire voordrachtsrechten.

3. Gedachten over de toekomstige governance van zorginstellingen

Naar aanleiding van verschillende incidenten in de zorg, is de vraag opgekomen of, en in hoeverre, de overheid meer grip moet zien te krijgen op het bestuur en het interne toezicht van zorginstellingen.

De Raad voor de Volksgezondheid (RVZ), een onafhankelijk adviesorgaan voor parlement en regering, heeft in maart 2009 het advies ‘Governance en kwaliteit van zorg’ uitgebracht.¹⁵ Dit advies gaat over de borging van kwaliteit door corporate governance. Een – voor deze bijdrage relevant –

¹¹ Niet zijnde een *interne* belanghebbende, zoals de cliëntenraad of ondernemingsraad van een zorginstelling.

¹² J.H.M. Van Swaaij en P.J.M. Van Wersch, Kroniek rechtspraak Scheidsgerecht Gezondheidszorg, TvGR 4 juli 2009, p. 281 e.v.

¹³ Anders dan de Corporate Governance Code, die wettelijk verankerd is.

¹⁴ Ondernemingskamer 31 juli 2008, ARO 2008, 150.

¹⁵ Governance en kwaliteit van zorg d.d. 10 maart 2009; te vinden op www.rvz.net.

element is het voorstel om een voorziening binnen het privaatrecht te introduceren waarmee het functioneren van de raad van toezicht van een zorginstelling aan de kaak kan worden gesteld. Volgens de RVZ is het aan de cliëntenvertegenwoordigers verleende recht op enquête daarvoor een te zwaar middel. Daarom adviseert de RVZ om een (sectoroverstijgende) Publieke Kamer bij de Ondernemingskamer in te stellen die de bevoegdheid krijgt om, op verzoek van belanghebbenden, disfunctionerende interne toezichthouders van (private) instellingen die publieke diensten verlenen, te ontslaan. Voor de overheid ziet de RVZ geen rol ten aanzien van het functioneren van raden van toezicht.

In 2008 heeft de Minister van VWS een zevental rechten voor cliënten van zorginstellingen geformuleerd. Eén daarvan betreft het 'recht op medezeggenschap en goed bestuur'.¹⁶ Daarop voortbordurend heeft de Minister in juli 2009 aan de Tweede Kamer aangekondigd op welke wijze zijn voornemens nader uitgewerkt zullen worden.¹⁷ In aanvulling op (aanpassingen van) de Governance Code staan de volgende maatregelen op stapel:

- versterking van de positie van het bestuur en aanpassing van de relatie met de (medische) professional: dit ziet op de verantwoordelijkheid voor en de verantwoording over de kwaliteit van de zorg;
- versterking, professionalisering en waarborging onafhankelijkheid van het toezichthoudend orgaan: de raad van toezicht krijgt de wettelijke bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan, de jaarrekening en belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren, en decharge te verlenen voor het gevoerde beleid;
- verbeteren van de maatschappelijke inbedding: het gaat om de introductie van wettelijke advies- en instemmingsrechten voor de cliëntenraad, de wettelijke vastlegging van het enquêterecht voor de cliëntenraad, de versterking van de positie van lokale overheden via een inspraakrecht in het wetsvoorstel maatschappelijke onderneming, en een oproep aan zorginstellingen om zich jaarlijks te verantwoorden over hun prestaties, bijvoorbeeld aan de hand van kwaliteitsindicatoren;
- meer rekenschap en vergroting afrekenbaarheid: de mogelijkheid van een sectoroverstijgende Publieke Kamer bij de rechtbank zal worden onderzocht met het oog op het ontslag van falende bestuurders en toezichthouders. De norm van art. 2:9 BW zal in de wet een sectorspecifieke invulling krijgen.¹⁸ Verder zal art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard op leden van de raad van toezicht van een zorginstelling. Aanvankelijk was het de wens van de overheid om een verzwaarde vorm van interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW te introduceren, waarbij de Minister de bevoegdheid zou krijgen om een bestuurder op die grond persoonlijk aansprakelijk te stellen en tegen hem een schadeclaim in te dienen. Daarvan wordt blijkaar (en in mijn visie terecht) afgezien.

4. De Ondernemingskamer in beeld

In de hierboven toegelichte voorstellen en adviezen komt de Ondernemingskamer twee maal in beeld:

- bij de wettelijke verankering van het enquêterecht voor cliëntenraden, en
- bij de oriëntatie op de instelling van een sectoroverstijgende Publieke Kamer die de bevoegdheid krijgt om falende bestuurders en toezichthouders te ontslaan.

¹⁶ Het programma 'zeven rechten voor cliënten in de zorg. Investeren in de zorgrelatie' in Kamerstukken II 2007-2008, 31476, nr. 1.

¹⁷ Zie noot 1.

¹⁸ In de Wet Cliëntenrechten Zorg, die momenteel in voorbereiding is, zal een sectorspecifieke verduidelijking worden gegeven door op te nemen welke taken en bevoegdheden gelden voor bestuurders en toezichthouders in de zorg.

Voordat ik daarover mijn licht laat schijnen, eerst een paar opmerkingen over de context waarin zorginstellingen opereren. Ik put daarvoor uit de zeer lezenswaardige dissertatie van Hans Hoek over de governance in de gezondheidszorg.¹⁹

De Nederlandse Grondwet bepaalt dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid. Het ministerie van VWS ziet dit als een ‘systeemverantwoordelijkheid’ voor de toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit van de zorg. Wat de *betaalbaarheid* betreft, bepaalt de overheid het totale budgettaire kader voor de gezondheidszorg (BKZ) en moet de marktwerking bijdragen aan de beheersing van de kosten. De gezondheidszorg wordt voor het overgrote deel gefinancierd door premies die burgers betalen voor hun ziektekostenverzekering. Deze premies worden toegevoegd aan de begroting van het ministerie van VWS en worden beschouwd als publieke middelen. De *toegankelijkheid* betekent dat er voldoende voorzieningen en voldoende zorgaanbieders beschikbaar moeten zijn. De verantwoordelijkheid voor de *kwaliteit* wordt concreet gemaakt door wetgeving en toezicht.²⁰ Al met al worden de drijfveren voor intensieve overheidsbemoeienis met de organisatie en uitvoering van de zorg gevormd door kostenbeheersing en het bewaken van de kwaliteit van de gezondheidszorg.

De zorg wordt verleend door natuurlijke personen (die ik hier verder buiten beschouwing laat) en door rechtspersonen (meestal een stichting, zoals hierboven toegelicht). Zorginstellingen zijn onderworpen aan het privaatrecht: de inrichting van de rechtspersoon is onderworpen aan boek 2 BW, medezeggenschap is geregeld via de WOR, de Wet Medezeggenschap Cliëntenrechten Zorginstellingen (WCMZ) en de Integratie Medisch Specialistische Zorg, en de arbeidspositie van medewerkers wordt bepaald door CAO's. Binnen zorginstellingen werken professionele beroepsbeoefenaren. Hun positie is geregeld in de Wet BIG. Zij zijn of in loondienst of (zoals bij veel medisch specialisten het geval is) vrijgevestigd. Vrijgevestigde medisch specialisten hebben een samenwerkingsovereenkomst met het ziekenhuis en oefenen voor eigen rekening en risico hun vak uit.

Zorginstellingen hebben te maken met vele stakeholders. Afgezien van cliënten, werknemers en professionele beroepsbeoefenaren, gaat het daarbij om de zorgverzekeraars, lokale en regionale overheden (zo horen gemeenten een beleidsplan gezondheidszorg te hebben) en de rijksoverheid ('systeemverantwoordelijkheid').

Het voorgaande maakt duidelijk dat in de gezondheidszorg publieke, private en professionele elementen door elkaar heen lopen:

- de zorgverlening en de (interne governance van) zorginstellingen worden beheerst door het privaatrecht;
- de publieke invloed doet zich voelen in de financiering van de gezondheidszorg, de beschikbaarheid van een infrastructuur (voorzieningen en zorgaanbieders) en de kwaliteit van de gezondheidszorg;
- het professionele element wordt (bijvoorbeeld) gevormd door de regels waaraan de medische beroepsbeoefenaren zijn gebonden.

Ik breng hier de uitspraak in de procedure tegen de bestuurder van Stichting Hestia in herinnering (zie par. 2(ii)). In deze zaak werd het beweerde disfunctioneren van de bestuurder beoordeeld tegen de achtergrond van het door de overheid vastgestelde financieringsmodel. De rechtbank overwoog dat de bestuurder in feite nauwelijks invloed kon uitoefenen op de hoogte van de inkomsten van de instelling. Laten we nu eens aannemen dat dit iets weg heeft van een disculpatiegrond voor de aansprakelijkheid van bestuurders in de zorg. Wat is dan het toetsingskader voor de beoordeling door de

¹⁹ Hans Hoek, *Governance & Gezondheidszorg, Private, publieke en professionele invloeden op zorgaanbieders in Nederland*, 2007 Van Gorcum.

²⁰ De Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg, de Kwaliteitswet Zorginstellingen, de Wet op de Geneeskundige Behandeloovereenkomst. Het toezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg berust bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ).

Ondernemingskamer van verzoeken om ontslag van een falende bestuurder (of toezichthouder) of verzoeken om een enquête bij een zorginstelling?

De sleutel zal 'm liggen in het onderscheid tussen het 'wat' en het 'hoe'. *Wat* zorgaanbieders moeten leveren wordt bepaald door de overheid en behoort dus tot het publieke domein; *hoe* zij dat doen, behoort tot het private domein. De zorginstellingen zijn in principe vrij in de wijze waarop zij tot hun prestaties komen en de middelen die zij daarvoor aanwenden. In het RVZ-advies 'Governance en kwaliteit' wordt opgemerkt dat de markt hier zijn werk mag doen, en dat het op dát vlak is dat ruimte voor ondernemerschap bestaat.²¹ Het ondernemerschap zal ook het aanknopingspunt kunnen vormen voor de beoordeling door de Ondernemingskamer op de wijze die zij gewend is: worden besluiten genomen, respectievelijk wordt een onderneming geleid met inachtneming van de elementaire beginselen van verantwoord ondernemingsbestuur? Met andere woorden: zijn de kernbeginselen zorgvuldigheid en loyaliteit in acht genomen?

De Ondernemingskamer zal daarbij geen moeite hebben met haar bekende onderwerpen als een patstelling tussen verschillende organen, de inrichting van de bestuurs-/zeggenschapsstructuur, falend beleid of ernstige twijfel aan de interne gang van zaken bij een rechspersoon. Maar om te kunnen concluderen tot gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen of wanbeleid, of het disfunctioneren van een bestuurder of toezichthouder, is méér nodig. Namelijk ook aandacht voor gezondheidszorgspecifieke elementen zoals de kwaliteit van de zorg, de publieke belangen bij en de bekostiging van de gezondheidszorg, en de professionele standaarden die voor de medische beroepsbeoefenaren gelden. Dit zou betekenen dat de Ondernemingskamer ook de normen die daarop betrekking hebben moet meewegen in haar oordeel. Het komt dan in feite neer op een interpretatie van de normen waarop van overheidswege toezicht wordt gehouden (de IGZ houdt bijvoorbeeld toezicht op de kwaliteit van de zorg), met alle samenloop- of collisieperikelen van dien.

De hierboven geschetste context waarin zorginstellingen opereren vormt een extra complicerende factor. Zorginstellingen verkeren als het ware in een klem omdat zij enerzijds uitvoering geven aan de publieke belangen waarvoor de overheid 'systeemverantwoordelijkheid' draagt, maar anderzijds geen deel uitmaken van de overheid. Zij zijn immers geen 'uitvoeringsorganisaties' van de overheid. Bovendien lopen de belangen tussen overheid en zorginstellingen niet geheel parallel. Tegenover de publieke belangen die de overheid nastreeft, hebben de zorginstelling ook privaat-georiënteerde belangen. Zij lopen ondernemersrisico's en het interne governancestelsel dient primair het belang van de zorginstelling.

Bovendien kent een zorginstelling andere stakeholders dan de BV's en NV's die vaak voor de Ondernemingskamer staan. Er zijn in de regel geen kapitaalverschaffende en zeggenschap uitoefenende aandeelhouders, wier belangen helder zijn en die wettelijk gedefinieerde bevoegdheden hebben. Ook is het zo dat het recht op enquête in de zorg uitsluitend aan cliëntenraden verleend wordt. Hierdoor ontstaat niet alleen het risico van een eenzijdige focus in de enquêteprocedure, maar hierdoor sluipert ook het publieke domein het enquêterecht binnen. De versterking van de rechten van cliënten wordt immers ingegeven door de publieke belangen van betaalbaarheid, kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg.

Tot slot is de organisatie van zorginstellingen die een ziekenhuis exploiteren complex vanwege de bijzondere positie van medisch specialisten. De medisch specialisten hebben hun positie in het ziekenhuis verzelfstandigd door zich te organiseren in de stafmaatschap (vrijgevestigden) en in de vereniging medische staf (loondienst). De medische staf is op alle wezenlijke fronten van het ziekenhuisbeleid de onderhandelingspartner van het ziekenhuisbestuur geworden. Dit is overigens een van de aspecten die de Minister van VWS voornemens is aan te pakken (zie par. 3).

Het bovenstaande zal een toetsing door de Ondernemingskamer er niet eenvoudiger op maken. Niet alleen in enquêteprocedures maar ook in het kader van verzoeken om ontslag van disfunctionerende

²¹ Zie noot 15.

bestuurders of toezichthouders. Anders dan Gussinklo zie ik de oplossing niet in het toestaan van een ruimere toetsing door de Ondernemingskamer dan in ‘commerciële zaken’.²² Gussinklo stelt voor dat de Ondernemingskamer ‘verantwoorde zorg’ als toetsingsnorm hanteert in enquêtes tegen zorginstellingen. Het begrip ‘verantwoorde zorg’ wordt, aldus Gussinklo, ingevuld door verschillende normen: algemeen geldende zorgvuldigheidsnormen en hetgeen in de zorgverlening gebruikelijk is, diverse wettelijke regelingen, afspraken tussen koepelorganisaties, adviezen van de Gezondheidsraad, (model) overeenkomsten, wetenschappelijke rapporten, richtlijnen en door beroepsgroepen ontwikkelde protocollen en standaarden. Omdat het lastig is de mate van toepasbaarheid van deze normen af te bakenen, lijkt het Gussinklo nuttig als de overheid basisnormen voor kwaliteit van zorg wettelijk verankert, zodat deze normen gehanteerd kunnen worden bij de beoordeling van enquêteverzoeken tegen zorginstellingen. Dit lijkt mij om verschillende redenen riskant. Als deze gedachtenlijn zou worden gevolgd, zou het aan de Ondernemingskamer zijn om publiekrechtelijke normen te interpreteren, waarop bovendien publiekrechtelijk toezicht bestaat (de IGZ). Ik noem in dit kader weer de samenloop- en collisieproblemen. Bovendien bestaat dan het gevaar dat het object van de toetsing verschuift van het door de zorginstelling gevoerde *ondernemingsbeleid* naar de door de zorginstelling *verleende zorg* (waarbij ook de professionele standaarden van de medische beroepsbeoefenaren een rol spelen). Dat gaat veel verder, en ik ben van mening dat de Ondernemingskamer die taak niet op zich moet willen nemen.

Het is inderdaad gebleken, zoals Gussinklo betoogt, dat er een link bestaat tussen de financiële situatie van een zorginstelling en de kwaliteit van de zorg. Een verminderde kwaliteit van zorg hangt vaak samen met een slechte financiële positie. Onderzoek van de IGZ heeft dit uitgewezen. Ook in zo’n situatie moet in mijn optiek zuiver onderscheid worden gemaakt tussen de oorzaak van het probleem en het gevolg daarvan. In een enquêteprocedure moet de oorzaak (het gevoerde ondernemingsbeleid), en niet het gevolg (verminderde kwaliteit van zorg) centraal staan. Dat neemt de hierboven gesignaleerde spanning tussen het private en publieke domein echter nog niet weg. De vraag die bij de oriëntatie naar de instelling van een Publieke Kamer onderzocht moet worden, is in hoeverre de (Publieke Kamer bij de) Ondernemingskamer bij de toetsing van het ondernemingsbeleid ook zorgspecifieke elementen moet meewegen. Voorkomen moet worden dat zij op de stoel van de overheid of andere toezichthouders gaat zitten met een oordeel of sprake is van ‘verantwoorde zorg’.

Vlak voor afronding van deze bijdrage heeft de eerste testcase zich bij de Ondernemingskamer heeft aangediend: een enquêteprocedure tegen de failliete thuiszorginstelling Meavita, met 100.000 cliënten en 20.000 medewerkers een van de grootste zorgorganisaties van Nederland. Een aantal onderdelen van het failliete concern heeft inmiddels een doorstart gemaakt. De Tweede Kamer heeft in juni 2009 een reeks hoorzittingen over (de problemen bij) Meavita gehouden. Het CSZ heeft op verzoek van de Staatssecretaris van VWS onderzoek gedaan naar de oorzaken van de financiële problemen bij Meavita.²³ Verzoeker om de enquête is de vakbond AbvaKabo FNV die wil dat de Ondernemingskamer vaststelt dat sprake was van wanbeleid bij Meavita, klaarblijkelijk om vervolgens oud-bestuurders aansprakelijk te kunnen stellen. Dat laatste wordt overigens ook onderzocht door de curatoren van diverse failliete onderdelen van het Meavita-concern.

Zonder op de inhoudelijke mérites van deze zaak in te gaan, is er een aantal omstandigheden waarmee rekening moet worden gehouden bij de vraag of een enquête geïndiceerd is.

Zelfs als er gegronde twijfel aan de juistheid van het beleid van Meavita zou bestaan, staat het ter discretie van de Ondernemingskamer of een onderzoek moet worden gelast. Uit de krantenberichten over de enquêteprocedure tegen Meavita blijkt dat de vakbond een persoonlijke aansprakelijkstelling van oud-bestuurders voor ogen staat. Blijkbaar hoopt de vakbond in een eventueel wanbeledoordeel van de Ondernemingskamer daarvoor munitie te vinden. Aangenomen dat de feiten vaststaan of zonder onderzoek vanwege de Ondernemingskamer kunnen worden vastgesteld (zie de rapportage van

²² K.J. Gussinklo, Wanbeleid in de zorg – het toetsingskader in een enquêteprocedure bij een zorginstelling, in: Ondernemingsrecht 2009/5.

²³ De rapportage van het CSZ is op 27 augustus 2009 openbaar gemaakt. Te vinden op www.minvws.nl.

het CSZ over de oorzaken van de financiële problemen bij Meavita en de hoorzittingen van de Tweede Kamer), geldt - in lijn met de Gucci-uitspraak²⁴ - dat een enquête niet nodig is. In dat geval zal de gewone rechter in plaats van de Ondernemingskamer geadieerd moeten worden. De omstandigheid dat onderdelen van het Meavita-concern in staat van faillissement verkeren, behoeft, gelet op de doeleinden van het enquêterecht, in het algemeen niet in de weg te staan aan de toewijzing van een enquête.²⁵ De facto kan het ontbreken van (uitzicht op het verkrijgen van) voldoende financiële middelen voor de onderzoekskosten er echter wel toe leiden dat de Ondernemingskamer – op verzoek – het onderzoek (en daarmee de procedure) beëindigt, zoals gebeurd is in de KPN Qwest-enquête.²⁶ Als de enquête tegen Meavita wordt toegewezen, kunnen de curatoren van de verschillende failliete onderdelen van het concern immers niet (door de Ondernemingskamer) verplicht worden de onderzoekskosten voor rekening van de boedel te nemen.²⁷ Stellen de curatoren geen middelen beschikbaar, en blijft financiering door anderen uit, dan zou een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Meavita wel eens hetzelfde lot beschoren kunnen zijn.

5. Slotopmerkingen

Omdat het nog wel even duurt voordat alle voorgenomen maatregelen op het gebied van de governance in de zorgsector geïmplementeerd zijn, is er voldoende tijd voor een fundamentele vraagstelling.

Eerder heb ik gepleit voor de afschaffing van het enquêterecht voor beursvennootschappen en voor het beperken van het enquêterecht tot kleinere, niet-beursgenoteerde, ondernemingen.²⁸ De reden daarvoor is dat laatstgenoemde ondernemingen zich buiten het oog van de kapitaalmarkt (en de publiciteit) bewegen, en te maken hebben met een min of meer besloten kring van aandeelhouders. Beursvennootschappen worden gereguleerd door uitgebreide effectenregelgeving, staan onder toezicht van de kapitaalmarkt en hun aandeelhouders kunnen gebruik maken van de mogelijkheden die de wet ter implementatie van de Europese overnamerichtlijn sinds eind oktober 2007 biedt. Dezelfde vraag naar het nut van het enquêterecht zou ten aanzien van zorginstellingen gesteld moeten worden. Kijk naar de context waarin de zorginstelling opereert; verschillende instanties houden toezicht op (verschillende onderdelen of aspecten van) de zorgmarkt.²⁹ Er is bovendien sprake van vérgaande overheidsbemoeyenis op het gebied van financiering en bekostiging van de gezondheidszorg, evenals op het terrein van de kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg. Tot slot: de rol van de Ondernemingskamer is, onder leiding van scheidend voorzitter Huub Willems, de laatste jaren aanzienlijk uitgedijd. Haar taken overziende, kan vastgesteld worden dat haar focus op de corporate wereld ligt. Misschien moeten we het daar gewoon bij houden.

²⁴ OK 27 mei 1999, NJ 1999, 487, JOR 1999/121 m.nt. L.L.M. Prinsen.

²⁵ Hoge Raad 26 juni 2009, ARO 2009/107 (KPN Qwest).

²⁶ Hoge Raad 26 juni 2009, ARO 2009/108 en 109.

²⁷ Hoge Raad 24 juni 2005, NJ 2005, 382 (Decidewise); Hoge Raad 9 december 2003, JOR 2006, 1 (Landis).

²⁸ In: Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk, nummer 4, juni 2008.

²⁹ Waaronder de IGZ, de NZa, en DNB.