

De Zorgbrede Governancecode 2010 in vogelvlucht

Mr. R.P.F. van der Mark¹

1 INLEIDING

Per 1 januari 2010 is de vernieuwde Zorgbrede Governancecode, verder te noemen: de Code, van kracht geworden. Deze vervangt de governancecode uit 2005. De Code is opgesteld door de brancheorganisaties zorg (BoZ), waarin ActiZ, GGZ Nederland, NVZ vereniging van ziekenhuizen en de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) zijn verenigd.

De Code bevat richtlijnen voor goed bestuur en goed toezicht. Voor het 'gewone' bedrijfsleven kennen we de Nederlandse Governancecode. Deze 'code-Tabaksblatt' is in 2009 vervangen door een nieuwe, aangescherpte versie, naar aanleiding van het rapport van de commissie-Frijns. Banken hebben een nieuwe code, de Code Banken, die per 1 januari 2010 in werking is getreden. Ook in andere branches zijn recent codes voor goed bestuur opgesteld, aangescherpt of in de maak.

De normen in de Code gaan verder dan die in de Nederlandse Governancecode en de Code Banken. De reden hiervoor is dat een zorgorganisatie wordt gezien als een maatschappelijke onderneming, dat wil zeggen een onderneming die de realisatie van een maatschappelijk belang als missie heeft. Dit belang is het leveren van verantwoorde zorg via een doelmatige en transparante bedrijfsvoering (art. 2.1).

Hieronder zal worden ingegaan op enkele opmerkelijke normen in de Code en de mogelijke consequenties daarvan voor de praktijk. Ten slotte komt de vraag aan de orde wat de (juridische) consequenties kunnen zijn als de Code niet wordt nageleefd.

2 DE ROL VAN (EXTERNE) BELANGHEBBENDEN

Het bestuur van een zorgorganisatie moet niet alleen belanghebbenden binnen de organisatie, maar ook belanghebbenden daarbuiten bij het beleid betrekken (art. 2.2). Aan deze belanghebbenden moet verantwoording worden afgelegd, onder meer door middel van het jaardocument maatschappelijke verantwoording. Zij moeten ook worden geïnformeerd en zelfs geraadpleegd worden over, onder andere, de hoofdlijnen van het strategisch beleid, het overdragen van de zeggenschap over de zorgorganisatie of een belangrijk onderdeel daarvan, het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een (zorg-)organisatie, de opheffing of een belangrijke inkrimping dan wel belangrijke uitbreiding van de werkzaamheden van de zorgorganisatie, de besluiten tot concentratie of deconcentratie van de zorgorganisatie respectievelijk structurele sluiting van afdelingen, dependances of locaties en de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de te verlenen zorg.

1. Ruud van der Mark is advocaat bij KBS Advocaten te Utrecht. Hij dankt zijn kantoorgenoot mr. M.J. de

Groot voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel. De tekst is afgesloten op 8 juli 2010.

Uit de toelichting blijkt, dat als belanghebbenden zouden kunnen worden aange-merkt: interne belanghebbenden, zoals de cliëntenraad, de ondernemingsraad, de medische staf en daarnaast externe belanghebbenden, zoals gemeentes, toezichthouders, het Ministerie van VWS, patiënten- of cliëntenverenigingen, andere zorgorganisaties en zorgaanbieders in de regio en zorgverzekeraars. Op grond van artikel 2.1 moet de raad van bestuur (onder goedkeuring van de raad van toezicht) vaststellen wie de belanghebbenden bij de zorgorganisatie zijn. Wie van mening is dat hij/zij ten onrechte als belanghebbende is ‘vergeten’, kan zich wenden tot de Governancecommissie Gezondheidszorg (zie hierna). Deze doet vervolgens een uitspraak over de vraag of de betrokkene moet worden toegevoegd aan de lijst van belanghebbenden.

De verplichting om maatschappelijke verantwoording af te leggen over zaken als kwaliteit van zorg en goed bestuur is begrijpelijk – deze verplichting staat ook in het voorstel Wet cliëntenrechten zorg (WCZ), artikel 44 – maar de verplichting een brede kring van externe belanghebbenden te betrekken bij strategische beslissingen gaat te ver en is niet verenigbaar met het huidige streven naar meer marktwerking in de zorg. Ten onrechte gaat de Code uit van de gedachte, dat de belangen van de in de toelichting genoemde derden altijd parallel lopen met die van de zorginstelling. Als een instelling overweegt met een andere zorgaanbieder een samenwerking aan te gaan of juist te verbreken kan redelijkerwijs niet worden verlangd dat daarover eerst overleg wordt gevoerd met concurrerende zorgaanbieders. Als het bedrijfseconomisch noodzakelijk is om afdelingen of dependances te sluiten zou het overleg met patiëntenverenigingen of gemeente ertoe kunnen leiden dat dit proces door gerechtelijke procedures wordt vertraagd met alle financiële consequenties van dien. Zorgverzekeraars sluiten overeenkomsten met instellingen en zouden hun onderhandelingspositie ten opzichte van de instelling kunnen versterken, omdat zij als belanghebbenden in de kaarten van de instelling kunnen kijken. De invloed van externe belanghebbenden zal de zorginstelling belemmeren in haar streven haar bedrijf tot een rendabel concurrerend bedrijf te maken. In artikel 3.2 is al vermeld dat het bestuur de belangen van derden moet afwegen en daarmee had kunnen worden volstaan.

3 KWALITEIT VAN ZORG

In de Code wordt de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg in de instelling bij de raad van bestuur gelegd (art. 3.1). Dit beginsel is ook vastgelegd in het voorstel WCZ (art. 5 e.v.). In de WCZ is bovendien bepaald dat ten minste één bestuurder belast moet zijn met de zorg voor de kwaliteit (art. 40). De raad van bestuur moet over de geleverde zorg verantwoording afleggen in het jaardocument maatschappelijke verantwoording (art. 2.3 lid 2). Bij de beantwoording van de vraag wat in het concrete geval onder verantwoorde zorg moet worden verstaan gelden de volgende drie uitgangspunten: de cliënt/patiënt en diens wensen staan bij de zorgverlening centraal, de beschikbare middelen worden bij de zorgverlening effectief en doelmatig gebruikt en de zorg voldoet aan eigentijdse kwaliteitseisen (art. 2.1.2).

De verantwoordelijkheid van de raad van bestuur en, indirect, de raad van toezicht als toezichthoudend orgaan zal als een verzwarende ervaring worden ervaren, omdat anders dan op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen aan een brede kring van belangheb-

benden verantwoording moet worden afgelegd.² In ziekenhuizen zal dit consequenties hebben voor de relatie tussen ziekenhuis en medisch specialist. Door de druk van de plicht om publiekelijk verantwoording af te leggen en de angst voor bestuursaansprakelijkheid bestaat de kans dat raden van bestuur eerder maatregelen zullen nemen. Denkbaar is dat raden van bestuur meer gebruik zullen maken van hun bevoegdheid een aanwijzing als bedoeld in artikel 7 van het 'Model toelatingsovereenkomst' te geven. Het ligt in de lijn der verwachting, dat medisch specialisten meer dan nu verantwoording zullen moeten gaan afleggen aan de raad van bestuur over de kwaliteit en doelmatigheid van de door hen geleverde zorg. Het 'vrije ondernemerschap' van de tot de instelling toegelaten medisch specialist wordt hierdoor verder uitgehouden.³ De praktijk moet uitwijzen of tussen bestuur en specialist een nieuwe balans wordt gevonden.

4 KLOKKENLUIDERSREGELING

Nieuw in de Code is ook de klokkenluidersregeling in artikel 3.1 lid 5. Werknemers en anderen die in een contractuele relatie staan tot de zorgorganisatie moeten onregelmatigheden binnen de organisatie veilig aan de raad van bestuur kunnen melden.

Voor werknemers is dit beginsel al breed aanvaard, zoals bijvoorbeeld in de Nederlandse Governancecode (art. II.1.7) en het is goed dat deze regeling ook voor de zorg is vastgelegd. Maar in de Code gaat het ook om "anderen die in een contractuele relatie staan". Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vrijgevestigde medisch specialisten, die op basis van een toelatingsovereenkomst de praktijk uitoefenen.

In de praktijk zouden specialisten dit kunnen opvatten als een vrijbrief om zich anoniem bij de raad van bestuur te beklagen over de kwaliteit van zorg die wordt verleend door collega's. In dat opzicht is de Code in strijd met de KNMG-gedragsregels voor artsen, waarin staat dat kritiek ten aanzien van een collega eerst met de betrokken collega moet worden besproken. Het 'Model reglement mogelijk disfunctionerend medisch specialist' van de Orde van Medisch Specialisten (OMS) staat om die reden meldingen van mogelijk disfunctionerende specialisten pas toe nadat met de betrokken specialist over diens functioneren is gesproken.

5 RAAD VAN TOEZICHT

De taak en bevoegdheden van de raden van toezicht zijn in de nieuwe Code aangescherpt. Een aantal besluiten van de raad van bestuur behoeven nu de uitdrukkelijke goedkeuring van de raad van toezicht, zoals de vaststelling van de begroting en de jaarrekening, de vaststelling van strategische beleidsplannen van de zorgorganisatie, het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden en het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de zorgorganisatie met andere rechtspersonen of vennootschappen indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis voor de zorgorganisatie is. Ook voor besluiten tot gelijktij-

2. Dit effect kan worden versterkt als individuele cliënten/patiënten het recht krijgen de instelling rechtstreeks aan te spreken, zoals is bepaald in art. 5 e.v. WCZ.

3. Deze ontwikkeling zou kunnen worden versterkt bij uitvoering van de plannen van de Minister van VWS als vermeld in de 'Voorhang beheersingsmodel medisch specialisten' van 26 april 2010 (kenmerk CZ-IPZ-2996972).

dige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers of het verbreken van een overeenkomst met een aanmerkelijk aantal personen die als zelfstandigen werkzaam zijn voor de zorgorganisatie is de goedkeuring van de raad van toezicht nodig. De raden van toezicht krijgen ook in de WCZ meer bevoegdheden om het bestuur beter te controleren.

Aan de ene kant dwingt deze sterkere positie van de raden van toezicht de raden van bestuur ertoe om de raden van toezicht meer informatie te geven en meer bij de instelling te betrekken. Dat zal de raden van toezicht helpen om hun toezichthoudende taak beter te vervullen. Aan de andere kant bestaat ook het risico dat de raden van toezicht zich meer met het bestuur gaan bemoeien, waarmee hun onafhankelijke positie in gevaar kan komen. De praktijk zal uitwijzen of de raden van bestuur en de raden van toezicht hierin een goede balans kunnen vinden.

6 BELONING BESTUUR

De raad van toezicht behoort de beloning van het bestuur vast te stellen (art. 3.2). De beloning van bestuurders, ook buiten de zorg, is een onderwerp dat momenteel een brede maatschappelijke belangstelling geniet. Met betrekking tot de hoogte van de beloning is in de Code slechts gesteld dat deze maatschappelijk passend moet zijn (art. 3.2 lid 2).

In de Code is het begrip 'maatschappelijk passend' niet uitgewerkt. De Vereniging van bestuurders in de gezondheidszorg (NVZD) en de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen (NVTZ) hebben de Beloningscode Bestuurders in de Zorg vastgesteld. Deze is op 1 juli 2009 in werking getreden. Daarin staan met betrekking tot de beloning van bestuurders in de zorg richtlijnen, die onder meer voorzien in een salarisplafond. Die beloningscode is niet wettelijk verankerd, maar zou die verankering wel kunnen krijgen als de Wet normering uit publieke middelen gefinancierde beloning topfunctionarissen (WNT) er komt.

7 WINST EN PRIVAAT KAPITAAL

Hoofdstuk 5 van de Code bevat regels voor de situatie dat een zorgorganisatie winst uitkeert aan, bijvoorbeeld, aandeelhouders. Op grond van artikel 2.1. lid 2 sub d moet de uitkering van winst plaatsvinden binnen de maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie. De algemene vergadering van aandeelhouders mag invloed uitoefenen op het beleid van de raad van bestuur (art. 5.1.3), maar moet daarbij wel rekening houden met de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie. De keuze voor een rechtsvorm met aandeelhouders en het uitkeren van winst moet volgens de toelichting bij de Code een middel zijn om als maatschappelijke onderneming beter te presteren. Daarbij gaat het belang van de cliënten/patiënten vóór het belang van de aandeelhouders, maar de aandeelhouders mogen wel een vergoeding voor de inzet van hun kapitaal ontvangen mits deze maatschappelijk passend is.

De Code loopt met deze regels op de ontwikkelingen vooruit. Nu zijn in artikel 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi nog maar een beperkt aantal instellingen aangewezen waar-

voor het winsttoogmerk is toegestaan. Voor alle andere instellingen die zijn of willen worden toegelaten geldt dat er geen winst mag worden uitgekeerd. Vooral nog is het beleid van de overheid dat in de zorg geen plaats is voor commerciële ondernemingen, ook niet op termijn.⁴ Wel zou de overheid onder bepaalde voorwaarden willen toestaan dat een winstuitkering aan private investeerders wordt toegekend als dat in het belang van de continuïteit en kwaliteit van de zorg is. De minister ziet daarbij voor zich dat in Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) een nieuwe rechtspersoon wordt geïntroduceerd, de maatschappelijke onderneming, waarin investeerders winstbewijshouders worden, die verder geen invloed mogen hebben op het beleid.⁵

Dat zorgorganisaties steeds meer behoefte hebben aan privaat kapitaal staat wel vast.⁶ De Code gaat daarom uit van een meer realistisch scenario dan de overheid. Het systeem in de Code doet recht aan de belangen van de investeerders enerzijds en de doelstellingen van de zorginstelling als maatschappelijke onderneming anderzijds. De wettelijke introductie van de maatschappelijke onderneming is niet nodig, omdat het bestaande vennootschapsrecht voldoende mogelijkheden biedt om het maatschappelijk ondernemen, dat in de Code wordt gepropageerd, juridisch te regelen en is niet gewenst omdat investeerders niet bereid zullen zijn om te investeren als zij niets over het beleid te zeggen hebben.⁷ Voor de realisatie van de doelstelling maatschappelijke onderneming is wel van belang dat de leden van de raad van toezicht onafhankelijk zijn en dus niet zijn aangesteld om de belangen van de kapitaalverschaffers te bewaken. Dat betekent, dat ook de overheid, als deze de zorginstelling financiert, niet in de raad van toezicht vertegenwoordigd zou mogen zijn om deze schijn van belangenverstrengeling te vermijden. Het zwakke punt van de Code is dat aandeelhouders juridisch niet verplicht zijn zich aan de Code te houden, maar hun invloed kan vennootschapsrechtelijk worden ingeperkt.

8 JURIDISCHE BASIS

De Code is niet in de wet verankerd. De Nederlandse Governancecode is dat wel via de route van artikel 2:391 lid 5 BW, waarbij moet worden aangetekend dat deze bepaling slechts geldt voor de grotere ondernemingen. In de zorgsector zijn instellingen die zijn toegelaten op grond van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) gebonden aan voorwaarden die overeenstemmen met enkele bepalingen in de Code (de transparantie-eisen met betrekking tot bestuursstructuur en bedrijfsvoering).⁸

De leden van de brancheverenigingen, die verenigd zijn in de BoZ, zijn op grond van hun lidmaatschap verplicht de Code na te leven. Een instelling die de Code niet naleeft kan dus door de eigen branchevereniging worden aangesproken. Het niet-naleven van de Code of het zonder een goede verklaring afwijken van de Code, is een grond voor opzegging van het lidmaatschap.⁹

4. Brief Minister en Staatssecretaris VWS van 9 juli 2009, 'Ruimte en rekenschap voor zorg en ondersteuning', *Kamerstukken II* 2008/09, 31 012, nr. 1.

5. Wetsvoorstel Rechtsvorm maatschappelijke onderneming.

6. E. Plomp, 'Winstuitkering door zorginstellingen', *TvGR* 2009, p. 517.

7. J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW', *Handelingen NJV* 140^e jaargang/2010-1.

8. Zie art. 7 en 9 WTZi en hoofdstuk VI Uitvoeringsbesluit WTZi.

9. Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 2 statuten ActiZ.

Zorgorganisaties die geen lid zijn van de brancheverenigingen in de BoZ en kleine zorgorganisaties, die onder de vrijstelling van artikel 1.3 vallen, zijn dus wettelijk niet verplicht de Code na te leven. Dat onderscheid is niet logisch, omdat iedere zorgorganisatie geacht wordt een maatschappelijk belang te dienen. Vanwege dat maatschappelijk belang had wettelijke verankering meer voor de hand gelegen.

9 GEVOLGEN NIET-NALEVEN CODE

Het naleven van de Code wil niet zeggen dat de daarin vermelde normen letterlijk moeten worden gevolgd. Net als bij andere codes voor goed bestuur geldt het principe 'pas toe of leg uit'. Dat wil zeggen, dat een zorginstelling steeds mag afwijken van de Code mits daar een goede verklaring voor wordt gegeven.

De Ondernemerskamer kan ingrijpen als de Code niet is nageleefd. Een interventie van de Ondernemerskamer kan echter alleen worden uitgelokt door degene aan wie in de statuten van de zorginstelling het recht van enquête¹⁰ is toegekend. Op grond van het Uitvoeringsbesluit WTZi¹¹ moet dat recht van enquête in ieder geval worden toegekend aan de cliëntenraad. De Code schrijft voor dat in de statuten aan ten minste één partij die de belangen van de patiënt of de cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt het recht van enquête moet worden toegekend (art. 3). De Code gaat dus nauwelijks verder en dat wekt verbazing, omdat cliëntenraden nu doorgaans de kennis en middelen missen om aan het recht van enquête inhoud te geven.^{12 13} Het zou redelijk zijn dit enquêterecht ook toe te kennen aan bijvoorbeeld de medische staf en de ondernemingsraad, die beter zijn geëquipeerd om van dit recht gebruik te maken. In de WCZ worden de bevoegdheden, positie en financiële middelen van cliëntenraden overigens versterkt (art. 33 e.v.).

Bijzonder (vergeleken met andere codes voor goed bestuur) is dat belanghebbenden, die op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop de zorgorganisatie de Code heeft nageleefd, een toetsingsverzoek kunnen indienen bij de Governancecommissie Gezondheidszorg. Deze commissie kan vaststellen of in een concreet geval de Code wel of niet is geschonden en doet op grond hiervan uitspraak. De commissie kan ook aanbevelingen doen.¹⁴ De uitspraak van de Governancecommissie heeft niet de rechtskracht van een arbitraal vonnis of bindend advies en partijen noch de deelnemende brancheverenigingen kunnen juridisch afdwingbare rechten of plichten aan het oordeel of de aanbevelingen van de commissie ontleen.¹⁵ Wel kan het oordeel van de Governancecommissie voor de branchevereniging aanleiding zijn haar lid op de naleving van de Code aan te spreken en daarnaast is het denkbaar dat belanghebbenden de uitspraak gebruiken als opstapje voor een civiele procedure.

De Nederlandse Governancecode wordt door de rechter aangemerkt als bron van de "in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging" als vermeld in artikel 3:12

10. Titel 8, afdeling 2 van Boek 2 BW.

11. Art. 6.2.

12. J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss. Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 211-217.

13. Een uitzondering is te vinden in *Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)* 29 april 2010, *GJ* 2010/74, waarin het verzoek van de cliëntenraad om

een onderzoek in te stellen naar het beleid van de raad van bestuur en een onafhankelijke voorzitter van de raad van toezicht te benoemen, is gehonoreerd.

14. Er zijn nog geen gepubliceerde uitspraken van deze commissie.

15. Zie art. 15 Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg (<www.scheidsgerechtgezondheidszorg.nl>).

BW.¹⁶ Er is (nog) geen jurisprudentie waar aan de Code deze betekenis even duidelijk is toegekend als aan de Nederlandse Governancecode in de zogenaamde Versatelsbesikking.¹⁷ Wel blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter de Code laat meewegen bij het geven van beslissingen in arbeidsgeschillen.

Een voorbeeld daarvan is te vinden in Kantonrechter Almelo 15 januari 2010,¹⁸ waarin de kantonrechter bij het vaststellen van de vergoeding bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een directeur van een zorginstelling verwijst naar de maximumvergoeding in de Code. De kantonrechter bedoelt waarschijnlijk de Beloningscode Bestuurders in de Zorg (zie hiervoor). Uit een uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg op een verzoek van een instelling tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met haar bestuurder valt op te maken, dat het niet naleven van de Code door een bestuurder kan worden opgevat als verzuim van plichten of wanbeleid en daarmee een grond voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.¹⁹

Het niet-naleven van de normen van goed bestuur en toezicht heeft tot dusverre nog maar zelden geleid tot de aansprakelijkheid van bestuurder of toezichthouder. De algemene norm voor bestuursaansprakelijkheid in artikel 2:9 BW wordt in de Code voor de zorg ingekleurd door de omschrijving van de taken en verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders. Daardoor zullen de risico's van bestuursaansprakelijkheid toenemen. Dat gaat nog verder als die taken en verantwoordelijkheden in de wet worden vastgelegd, zoals is beoogd in het wetsontwerp Wet cliëntenrechten zorg. Uit de Governancebrief²⁰ van VWS blijkt dat het beleid erop gericht is dat falende bestuurders/toezichthouders in de zorg eerder ter verantwoording zullen worden geroepen en aansprakelijk worden gesteld voor hun handelen. Op dat punt valt er nog wat te verwachten. Aan de andere kant zullen die aansprakelijkheidsrisico's ook een prikkel zijn om de Code na te leven.

10 SLOT

In de nieuwe Code zijn de beginselen van goed bestuur en toezicht in de zorg uitgebreid en aangescherpt ten opzichte van de vorige versie. Op sommige punten is de Code daarin te ver doorgesloten, zoals ten aanzien van de invloed van externe belanghebbenden. Op andere punten biedt de Code juist een evenwichtige oplossing voor de verschillende belangen die in de zorg een rol spelen, in het bijzonder de regeling ten aanzien van het aantrekken van privaat kapitaal. Het is nu aan de politiek om te besluiten of de Code in de volle breedte een wettelijke basis krijgt.

16. Hoge Raad 13 juli 2007, *JOR* 2007/178 (m.nt. Nieuwe Weme), *NJ* 2007/434 (m.nt. Ma).

17. *JOR* 2007/239 (m.nt. S. Bartman).

18. Kantonrechter Almelo 15 januari 2010, *JAR* 2010/39.

19. Scheidsgerecht Gezondheidszorg 27 april 2009 (09/02).

20. Zie noot 4.