

ARTIKEL

Uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg: de dans rond de stoel van de bestuurder

Mr. dr. A.G.H. Klaassen*

1. Inleiding

Sinds 2007 geldt voor de zorgsector de Zorgbrede Governancecode (ZGC). Deze code is in 2010 herzien.¹ Belanghebbenden die menen dat zij op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze van naleving van de ZGC door een zorgorganisatie, kunnen hierover een toetsingsverzoek indienen bij de Governancecommissie Gezondheidszorg (Governancecommissie).² In de periode 2011-2015 heeft de Governancecommissie zeven uitspraken gepubliceerd.³ Opvallend vaak gaat dit over situaties waarin de bestuurder ver trekt en de voorzitter van de raad van toezicht of een van de andere leden van de raad van toezicht de bestuurdersrol op zich neemt. De zorgorganisaties zijn steeds stichtingen. Doel van deze bijdrage is een analyse te geven van deze zeven uitspraken van de Governancecommissie.⁴

De opzet van het artikel is als volgt. Ik beschrijf in paragraaf 2 eerst de rol van de Governancecommissie. Paragraaf 3 behandelt de ontvankelijkheidseisen. In paragraaf 4 komen de uitspraken aan de orde. De conclusie volgt in paragraaf 5.

2. Governancecommissie Gezondheidszorg

De Governancecommissie maakt het mogelijk dat de leden van de Brancheorganisaties Zorg (BoZ) worden aangesproken op naleving van de ZGC.⁵ Naast een schriftelijk en

* Ageeth Klaassen is universitair docent ondernemingsrecht. Zij doceert het vak Organisatie en bestuur van de zorg in de master Recht van de gezondheidszorg aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; zij is lid van een raad van toezicht van een stichting in de eerstelijnsgezondheidszorg.

1 Een volgende herziening is inmiddels aangekondigd. Zie www.brancheorganisatieszorg.nl, Nieuws, bericht van 3 december 2015 (Meer openbaarheid over declaraties in de zorg).

2 In geval van een verwijzing naar een uitspraak gebruik ik de afkorting GG.

3 Zie scheidsgerechgezondheidszorg.nl/governance/uitspraak.

4 Om de omvang van deze bijdrage beperkt te houden laat ik de uitspraak van de GG van 24 november 2015 – voor zover het gaat over de interpretatie van art. 3.1.5 ZGC (klokkenluidersregeling) – buiten beschouwing. Zie hierover de noot van A.F.H. ten Brummelhuis in GJ 2016/63. Deze uitspraak wijkt inhoudelijk af van de andere uitspraken en valt om die reden ook buiten het bestek van deze bijdrage.

5 De Governancecommissie bestaat, naast de voorzitter en de secretaris uit leden die zijn voorgedragen door de deelnemende brancheorganisaties, de patiëntenfederatie NCPF en leden die door de Stichting Scheids-gerecht Gezondheidszorg zijn aangezocht als onafhankelijke deskundigen.

gemotiveerd oordeel over de naleving van de ZGC⁶ kan de Governancecommissie (aan partijen) aanbevelingen doen over de toepassing en de interpretatie van een of meer principes van de ZGC.⁷ De uitspraak van de Governancecommissie heeft niet de rechtskracht van een arbitraal vonnis of bindend advies.⁸ Partijen noch de deelnemende brancheorganisaties kunnen juridisch afdwingbare rechten of verplichtingen aan het oordeel of de aanbevelingen van de Governancecommissie ontleen.⁹ Indien de uitspraak naar het oordeel van de Governancecommissie van meer dan incidenteel belang is, kan zij besluiten de uitspraak bekend te maken.¹⁰

Taak

Volgens de Governancecommissie is het haar taak om te beoordelen of de aan haar voorgelegde gedragingen van zorginstellingen in overeenstemming zijn met de ZGC. De Governancecommissie stelt niet vast of deze instellingen al dan niet in strijd met de wet of andere voor de zorg geldende regelingen handelen. De Governancecommissie oordeelt wel of een zorginstelling al dan niet in strijd handelt met haar eigen statuten, maar voor zo'n oordeel is alleen plaats als de ZGC daarover iets voorschrijft. Ook dan staat toetsing aan de ZGC dus centraal.¹¹ Dit is conform het reglement van de Governancecommissie.¹²

Bevoegdheid

De Governancecommissie acht zich alleen bevoegd tot een oordeel als de zorginstelling in kwestie is aangesloten bij een brancheorganisatie die de ZGC onderschrijft. Dit betekent dat de Governancecommissie pas een oordeel geeft over gedragingen – van in het desbetreffende geval een raad van toezicht – die hebben plaatsgevonden nadat de ZGC van toepassing is (geworden).¹³ Dit standpunt is in overeenstemming met het reglement van de Governancecommissie.¹⁴

- 6 In art. 1 lid 1 Governancecommissie Gezondheidszorg (hierna: Reglement) wordt verwezen naar de ZGC van 2005. Het is wenselijk dat het reglement wordt aangepast en verwijst naar de laatste vastgestelde versie. Op dit moment is dat die van 2010.
- 7 Art. 15 lid 2 Reglement.
- 8 Zie GG 24 november 2015, overweging 4.3.
- 9 Art. 15 lid 3 Reglement. Het gaat volgens T.A.M. van den Ende (noot bij *GJ* 2012/11) om een signaalfunctie.
- 10 Art. 17 Reglement. De namen van partijen worden weggelaten. Zie over deze (ongewenste) anonimiteit de noot van Van den Ende bij *GJ* 2012/11. In deze bijdrage gebruik ik de namen zoals die in de literatuur worden gebruikt.
- 11 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.2. Het lijkt erop dat de Governancecommissie haar standpunt niet consistent toepast door uiteindelijk te overwegen dat het niet naleven van de eigen statuten door de raad van toezicht te beschouwen is als een met de ZGC strijdige vorm van governance. Zie overweging 4.14 en 5.4. In casu werd strijd met de (geldende) statuten aangenomen omdat de zorginstelling geen directiereglement heeft. De ZGC schrijft geen directiereglement voor. Zie ook GG 24 november 2015. De Governancecommissie kan zich niet uitspreken over louter arbeidsrechtelijke aspecten of over de juistheid van de vaststellingsovereenkomst.
- 12 Zie art. 6 lid 1 Reglement.
- 13 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.3. De ZGC werd van toepassing doordat de zorginstelling lid werd van een van de (deelnemende) brancheorganisaties. Niet relevant is naar het oordeel van de Governancecommissie dat de desbetreffende zorginstelling voor de aanvang van het lidmaatschap al was gebonden aan de ZGC op grond van een overeenkomst met een zorgverzekeraar.
- 14 Art. 6 lid 1 Reglement.

Uitleg

Voor de ZGC geldt het ‘pas toe of leg uit’-beginsel. Een zorginstelling handelt pas in strijd met de ZGC als zij daarvan afwijkt en hierover geen of onvoldoende uitleg geeft. Bij een afwijking van de ZGC dient de Governancecommissie te oordelen of de zorginstelling voldoende uitleg verschaft. De vraag is welke eisen de Governancecommissie hieraan stelt. De uitleg moet volgens de Governancecommissie deugdelijk gemotiveerd zijn.¹⁵ Daarvan is geen sprake als hetgeen in het jaardocument staat feitelijk onjuist is.¹⁶ Vermelding van alleen het afwijkende besluit is niet voldoende.¹⁷ Bij de uitleg moet aandacht worden besteed aan alternatieven.¹⁸ Deze proportionaliteitseis wordt niet met zoveel woorden genoemd in de tekst of toelichting van de ZGC.¹⁹

Het is van belang dat de Governancecommissie duidelijk maakt welke eisen zij stelt aan de kwaliteit van uitleg.²⁰ Door strenge(re) eisen²¹ te stellen kan de kwaliteit van uitleg en daarmee de naleving van de ZGC verbeteren. Niet elke afwijking van de ZGC, waarin breed gedragen opvattingen over goed bestuur en toezicht staan, kan gewenst zijn. Om dit te kunnen beoordelen is een goede uitleg essentieel. Dit geldt temeer voor zorginstellingen, aangezien er – tot nu toe²² – geen monitoringcommissie²³ is die elk jaar toeziet op de naleving van de ZGC.²⁴

- 15 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.11.
- 16 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.10.
- 17 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.6.
- 18 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.11; GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.10.
- 19 Volgens Sijmons (noot TvGR 2012/1) zegt de Governancecommissie impliciet daarmee dat minder strijdige opties zo mogelijk moeten worden gekozen.
- 20 Zie ook Monitoringcommissie Corporate Governance Code, augustus 2013, p. 17 e.v. en p. 22. Het verwijzen naar een eigen regeling volstaat alleen als wordt aangegeven waarom de eigen regeling nodig is en als wordt beargumenteerd hoe deze regeling aansluit bij het bijbehorende principe in de Nederlandse Corporate Governance Code. Bij een tijdelijke afwijking die langer dan een jaar duurt, moet worden aangegeven wanneer verwacht wordt dat de betreffende codebepaling weer wordt toegepast. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, 1867, p. 5, waar ook nog twee voorbeelden worden toegevoegd van onvoldoende uitleg.
- 21 Overigens betekenen strenge eisen aan de uitleg niet dat de bepalingen streng moeten worden toegepast in die zin dat afwijkingen van de ZGC (bijna) niet zouden zijn toegestaan. Juist gezien de pluriformiteit van zorginstellingen kan afwijking van de ZGC gewenst zijn. Vereiste is alleen dat de afwijking goed wordt gemotiveerd.
- 22 Zie de plannen van de minister en staatssecretaris van VWS, *Kamerstukken II* 2014/2015, 32012, 23, p. 5 (brief van 22 januari 2015).
- 23 Zo'n monitoringcommissie bestaat bijvoorbeeld wel voor de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code voor beursvennootschappen.
- 24 Ook op Europees niveau is er aandacht voor de kwaliteit van uitleg van afwijkingen van codes. Zie de aanbeveling van de Commissie van 9 april 2014 over de kwaliteit van de rapportage over corporate governance ('pas toe of leg uit'), 2014/208/EU, PbEU L 109/43. Hoewel deze aanbevelingen bedoeld zijn voor beursgenoteerde vennootschappen, kunnen andere instellingen, zoals zorginstellingen, ook baat hebben bij een verbetering van de kwaliteit van de uitleg. Zie preambule 14.

3. Ontvankelijkheid

In een aantal situaties zal de Governancecommissie een verzoeker niet-ontvankelijk verklaren. In artikel 12 lid 2 Reglement Governancecommissie (Reglement) onder a t/m e worden deze situaties opgesomd. De Governancecommissie verklaart een verzoeker niet-ontvankelijk wanneer een verzoeker geen belanghebbende is (zie hiervoor paragraaf 3.1 en voor de andere situaties, paragraaf 3.2).

3.1. Belanghebbende

Een toetsingsverzoek bij de Governancecommissie kan alleen worden ingediend door een belanghebbende (onder a). Vanaf 1 juli 2009 is de toegang door een wijziging van de definitie van belanghebbende verruimd.²⁵ Een belanghebbende was voor 1 juli 2009 een privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die rechtstreeks bij de naleving van de ZGC door de zorgorganisatie is betrokken. Op grond van artikel 1 lid 8 Reglement is na 1 juli 2009 een belanghebbende de natuurlijke of rechtspersoon die rechtstreeks bij de zorgorganisatie²⁶ is betrokken en op enigerlei wijze nadeel ondervindt van de wijze van naleving van de ZGC door de zorgorganisatie.²⁷

De Governancecommissie hanteert een ruime uitleg van het begrip 'belanghebbende'. In de ogen van de Governancecommissie dient artikel 1 lid 8 Reglement uitgelegd te worden in overeenstemming met het doel en strekking van de ZGC. Daaruit volgt volgens de Governancecommissie dat:

‘(...) degenen die een voldoende belang hebben bij de handhaving van deze Code in beginsel toegang moeten hebben tot de onderhavige procedure.’

Als reden noemt de Governancecommissie dat zij de enige instantie is waarbij geklaagd kan worden over het niet of onjuist toepassen van de ZGC. De Governancecommissie ziet het als ongewenst als de toegang tot de Governancecommissie nodeloos wordt beperkt. Bovendien is het zonder meer in het belang van al degenen die werkzaam zijn in de betrokken organisatie dat de ZGC wordt toegepast dan wel dat voldoende uitleg wordt gegeven bij afwijking van de ZGC.²⁸

In een latere uitspraak heeft de Governancecommissie daaraan het volgende toegevoegd:

25 De BoZ wilden met deze stap bereiken dat de naleving van de ZGC in de sector beter toetsbaar wordt.

26 Onder zorgorganisaties wordt verstaan de rechtspersoon die lid is van een of meer van de deelnemende brancheorganisaties. Uit de uitspraak van GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.1 blijkt dat de Governancecommissie hieraan niet al te zwaar tilt. Ook organisaties die niet vallen onder de ZGC kunnen worden onderworpen aan de toetsing van de Governancecommissie. De Governancecommissie volgde de partijen. Overigens is de stichting werkzaam op het domein van (en ten behoeve van) zorgorganisaties.

27 Vgl. Hoofdstuk 7 ZGC waarin staat dat belanghebbenden bij een zorgorganisatie die op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop deze zorgorganisatie de ZGC 2010 heeft nageleefd, binnen de grenzen van het daarvoor van kracht zijnde reglement een toetsingsverzoek kunnen indienen bij de Governancecommissie. In de toelichting staat dat anders dan bijvoorbeeld in hoofdstuk 2.2 (van de ZGC), belanghebbenden hier in beginsel ook individuele belanghebbenden kunnen zijn.

28 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.2

'Beide criteria [van artikel 1 lid 8 Reglement] moeten ruim worden uitgelegd om te bewerkstelligen dat de Code effectief wordt gehandhaafd.'²⁹

Uit de uitspraken van de Governancecommissie blijkt dat leden van de raad van bestuur,³⁰ (ex-)werknemer(s),³¹ de ondernemingsraad,³² en brancheverenigingen³³ worden gezien als belanghebbenden.

In deze opsomming is de ondernemingsraad de meeste opvallende. De ondernemingsraad is geen natuurlijke persoon en ook geen rechtspersoon, zoals artikel 1 lid 8 Reglement een belanghebbende definieert. De Governancecommissie lost dit als volgt op. Naar het oordeel van de Governancecommissie zijn afzonderlijke werknemers zonder meer belanghebbende. Daarom zijn zij ook gezamenlijk optredend als ondernemingsraad ontvankelijk. Volgens de Governancecommissie is de ondernemingsraad bij uitstek het orgaan binnen een organisatie dat de standpunten van de werknemers kan vertolken.³⁴ Hieraan wordt door de Governancecommissie toegevoegd dat in het rechtsverkeer de ondernemingsraad procesbevoegdheid heeft (zonder dat de ondernemingsraad een rechtspersoon is). Bovendien staat de Wet op de ondernemingsraden (WOR) niet in de weg aan de toegang tot de Governancecommissie omdat de WOR alleen betrekking heeft op medezeggenschap.³⁵

Terecht ziet de Governancecommissie de ondernemingsraad als belanghebbende.³⁶ De ondernemingsraad vormt een belangrijk onderdeel van een zorginstelling. Het zou de ondernemingsraad tekortdoen om hem buiten te sluiten. Bovendien is de ondernemingsraad erbij gebaat dat 'zijn' zorginstelling zich aan de ZGC houdt. Daarnaast kan de ondernemingsraad zo nauw betrokken zijn geweest bij het onderwerp dat daarin een belang is gelegen om bij de Governancecommissie te verschijnen.

Hoewel zich nog geen cliëntenraad bij de Governancecommissie heeft gemeld, zijn de minister en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) van mening

29 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.1.

30 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.1; GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.2.

31 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende; GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.1.

32 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.3; GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.1.

33 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.1. Een branchevereniging wordt als belanghebbende beschouwd om de reden dat de naleving van de ZGC een statutaire verplichting is van haar leden. Om te kunnen beoordelen of een van haar leden aan zijn desbetreffende verplichting voldoet, moet een branchevereniging de mogelijkheid hebben een verzoek tot naleving aan de Governancecommissie te doen. De branchevereniging kan nadeel ondervinden als een van haar leden de ZGC niet naleeft. Zie ook GG 24 november 2015, overweging 4.2. De branchevereniging heeft belang bij duidelijkheid over bepalingen van de ZGC. De mogelijkheid om aan de Governancecommissie een toetsingsverzoek te doen is nu juist bedoeld om duidelijkheid te verkrijgen.

34 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.2.

35 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.3. Zie ook GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.1. Dit wordt niet anders doordat de ondernemingsraad (ook) over rechtsmiddelen op grond van de WOR beschikt. De Governancecommissie is bedoeld als een laagdrempelige instantie die kan oordelen over mogelijke schendingen van de ZGC.

36 De ondernemingsraad is nog steeds niet bevoegd een enquêteverzoek in te dienen, tenzij deze bevoegdheid is toegekend in de statuten, zie art. 2:346 lid 1 onderdeel e BW.

dat de cliëntenraad een belanghebbende is.³⁷ Ook patiënten- en cliëntenverenigingen worden genoemd als belanghebbenden.³⁸ Gezien de definitie in het Reglement lijkt het uitgesloten dat vennootschappelijke organen, zoals de raad van toezicht, zich tot de Governancecommissie kunnen wenden.³⁹ Ik acht het overigens niet uitgesloten dat de Governancecommissie de raad van toezicht als belanghebbende beschouwt, namelijk op soortgelijke gronden dat de ondernemingsraad belanghebbende is.

3.2. Overige eisen

De Governancecommissie zal een verzoeker ook niet-ontvankelijk verklaren als het verzoek tot naleving van de ZGC niet schriftelijk kenbaar is gemaakt en er geen overleg is geweest (onder b). Desondanks verklaarde de Governancecommissie in een uitspraak een verzoeker die geen overleg had gevoerd toch ontvankelijk. Dit had ermee te maken dat de ondernemingsraad niet had geweigerd overleg te voeren, doch dit overleg niet is doorgegaan omdat de raad van toezicht de samenstelling van de delegatie van de ondernemingsraad wilde bepalen en beperken.⁴⁰

De Governancecommissie zal een verzoeker niet-ontvankelijk verklaren als het gaat om vermogensrechtelijke geschillen en rechtspositionele zaken (onder c). De Governancecommissie bevestigde inmiddels dat gedragingen van de raad van toezicht als werkgever naar de mening van de Governancecommissie buiten de reikwijdte van de ZGC vallen.⁴¹

Een verzoeker is ook niet-ontvankelijk wanneer het toetsingsverzoek betrekking heeft op besluiten of andere gelegenheden waarover een klachten-, advies-, instemmings-, beroeps- of andere gerechtelijke procedure aanhangig is (onder d) en meer dan 12 maanden zijn verstreken na het voorval waarop het toetsingsverzoek betrekking heeft (onder e).

4. Uitspraken

4.1. Taakverdeling raad van bestuur en raad van toezicht

Hoewel de taken van de raad van bestuur (eindverantwoordelijk voor en belast met het besturen van de zorgorganisatie⁴²) en de raad van toezicht (toezicht houden op het besturen door de raad van bestuur en op de algemene gang van zaken en hem met raad terzijde staan en de uitoefening van de werkgeversrol⁴³) nader worden omschreven in de ZGC, kan de taakverdeling met bijbehorende bevoegdheden tussen beide organen in de praktijk discussie opleveren.

37 Aanhangsel Handelingen II 2010/11, 3567, p. 2; Aanhangsel Handelingen II 2011/12, 976, p. 3.

38 L.G.H.J. Houwen, 'Zorgbrede Governancecode: van enquête naar aansprakelijkheid', TvGR 2006, p. 389.

39 Vgl. art. 2:346 lid 1 onderdeel d jo lid 2 BW, waarin staat dat de raad van toezicht namens de rechtspersoon een verzoek kan indienen.

40 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.3. Vgl. art. 2:349 BW (enquêterecht).

41 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.15. Vgl. GG 24 november 2015, overweging 4.3.

42 Art. 3.1.1. ZGC. Dit houdt onder meer in dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de zorgorganisatie, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg.

43 Zie art. 4.1.1. ZGC. Zie art. 2:292a BW uit voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen. De tekst van art. 2:292a BW (nieuw) zal waarschijnlijk niet leiden tot een gewijzigde taakopvatting.

De Governancecommissie ziet de aanstelling van een externe adviseur voor de begeleiding van een transitieproces (in casu ging het om de ontwikkeling van een nieuw strategisch beleid voor de organisatie) als een bevoegdheid van de raad van bestuur. De raad van bestuur is hiervoor in de ogen van de Governancecommissie verantwoordelijk en verstrekt dus ook de opdracht aan en communiceert met de adviseur (als majeur besluit zal de raad van toezicht ter zake tevoren goedkeuring hebben gegeven). Wanneer deze adviseur opdrachten van de raad van toezicht krijgt (tot taken die tot de verantwoordelijkheid van het bestuur behoren), gaat de raad van toezicht in de opvatting van de Governancecommissie op de stoel van de raad van bestuur zitten. Daarbij kwam dat deze adviseur ook verantwoording moest afleggen aan de raad van toezicht. In dat geval wordt de taakverdeling die in de artikelen 3.3.1 en 4.1.1 van de ZGC staat, doorkruist. De grens tussen de raad van bestuur (die bestuurt) en de raad van toezicht (die toezicht houdt op het bestuur) wordt dan veronachtzaamd, aldus de Governancecommissie.⁴⁴

Volgens de Governancecommissie kan een raad van toezicht het tot zijn taak rekenen onder eigen verantwoordelijkheid zicht te houden op het functioneren van een individuele bestuurder, en daarvoor ook een externe coach in te schakelen die rechtstreeks aan de raad van toezicht rapporteert.⁴⁵ Het ontslag van een bestuurder is volgens de Governancecommissie een taak van de raad van toezicht.⁴⁶

De hoofdlijnen die de Governancecommissie hier trekt, zijn vanuit het perspectief van Boek 2 BW juist. Voor zover het gaat om het beleid is de raad van bestuur aan zet.⁴⁷ Gaat het om het functioneren van diezelfde raad van bestuur dan is het een zaak van de raad van toezicht.⁴⁸ De raad van toezicht overschrijdt zijn eigen taak en de bestuurstaak indien de raad van toezicht wil medebesturen, zoals het beleid uitzetten zonder dat daartoe een wettelijke of statutaire grond is.⁴⁹ De raad van toezicht mag niet op de stoel van de bestuurder gaan zitten.⁵⁰ Dit geldt niet alleen voor kapitaalvennootschappen, maar ook voor stichtingen.

Van de benadering die Governancecommissie kiest om voor elke taak die aan de externe adviseur is toegekend afzonderlijk te bepalen wie bevoegd is, de raad van bestuur of de raad van toezicht, kan worden betwijfeld of dit in de praktijk werkt. Wellicht is dat de reden dat deze externe adviseur (die al deze taken en verantwoordingslijnen moest combi-

44 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.10.

45 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.10.

46 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.8.

47 Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 185.

48 *Kamerstukken II 2014/15, 32012, 23*, p. 3. Vgl. art. 40 lid 1 onderdeel e wetsvoorstel Wcz (paragraaf Goed bestuur). De paragraaf Goed bestuur zou terechtkomen in het wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap. In januari 2015 werd bekend dat VWS voorlopig afziet van een separaat wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap (*Kamerstukken II 2014/15, 32012, 23*). Zie hierover A.G.H. Klaassen, 'Geen separaat wetsvoorstel Goed bestuur in de zorg', *Ondernemingsrecht 2015/124*.

49 Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 264.

50 Zie bijvoorbeeld: S.R. Schuit, 'De advocaat als commissaris', *O&F 2005*, p. 12; A. Hendrikse, 'De commissaris in crisis: code geel, oranje of rood?', *TOP 2014/5*. Zie voor jurisprudentie: Hof Den Haag 25 augustus 1998, *JOR 1999/60* (Euro Motorcycles Group NV).

neren) na drie maanden zijn werkzaamheden alweer heeft beëindigd omdat het draagvlak binnen de organisatie was weggevallen.⁵¹

Het toezien op het functioneren van het bestuur behoort tot de taak van de raad van toezicht. Dit past bij de werkgeversrol van de raad van toezicht, die hij heeft op grond van artikel 4.1.1 ZGC.⁵² Indien extern advies wordt gevraagd over het functioneren van het bestuur waarop hij toezicht houdt, dient de raad van toezicht de opdracht aan de adviseur zelf te verstrekken en ook zelf voor de communicatie met de adviseur zorg te dragen.⁵³ Tot de taak van de raad van toezicht behoort het ontslag van bestuurders. Dit ligt geheel in lijn met artikel 3.2.2 ZGC waarin staat dat de raad van toezicht verantwoordelijk is voor het ontslag van de individuele leden van de raad van bestuur.⁵⁴

4.2. Geen bestuurstaken door raad van toezicht

In artikel 4.4.3 ZGC staat dat leden van de raad van toezicht nimmer taken verrichten van de raad van bestuur. Dit betekent echter niet dat raad van bestuur en de raad van toezicht niet gezamenlijk activiteiten kunnen verrichten. De raad van bestuur en de raad van toezicht mogen volgens de Governancecommissie gezamenlijk optreden in onderhandelingen met de beoogde fusiepartner.⁵⁵ De voorzitter van de raad van toezicht mag in de ogen van de Governancecommissie ook een bemiddelende rol spelen bij moeizame verhoudingen tussen zijn eigen bestuurder en de voorzitter van de raad van bestuur van de beoogde fusiepartner. Daarmee trekt de voorzitter van de raad van toezicht geen bestuurstaken naar zich toe en gaat dus niet op de stoel van de raad van bestuur zitten.⁵⁶

Voor de bemiddelende rol van de raad van toezicht geldt dat hij daartoe niet verplicht is,⁵⁷ maar deze rol zonder bezwaar op zich kan nemen.⁵⁸ In deze situatie was de betrokkenheid van de voorzitter van de raad van toezicht zeer gewenst aangezien het ging om een onvermijdelijk fusietraject ingegeven door de minister. De situatie is zodanig geëscaleerd zodat de 'eigen' bestuurder moest opstappen. Bij een fusieproces kan – en wellicht moet sinds de Meavita-beschikking van de Ondernemingskamer van Hof Amsterdam – de raad van toezicht een actieve(re) rol innemen.⁵⁹

51 Dit blijkt uit 2.11 van GG 5 december 2013 (Humanitas).

52 Op grond van voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen krijgt de raad van toezicht expliciet bevoegdheid tot schorsing van bestuurders, zie art. 2:292a lid 3 BW (nieuw). Zie MvT, p. 19.

53 J.R. Glasz, *De commissaris, Aanbevolen gedragsregels*, Deventer: Kluwer 1992, p. 131 en 132.

54 Tenzij deze bevoegdheid bij de algemene vergadering berust.

55 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.6.

56 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.7. De Governancecommissie kwalificeert deze rol in de kern als een bemiddelende rol, die is uitgevoerd in verband met die moeizamer geworden verhoudingen, en niet als een besturende rol. Zie ook overweging 3.9.

57 Vgl. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde (ASMI) over de niet-verplichte bemiddelende rol van de raad van commissarissen (RvC) bij conflicten tussen bestuur en aandeelhouders.

58 In de ogen van Glasz (1992, p. 134/135) dienen leden van de raad van toezicht zich in het algemeen niet te mengen in conflicten van de raad van bestuur met andere partijen. Niettemin erkent hij ook dat onder omstandigheden interventie geboden kan zijn. De bijstand van een lid van de raad van toezicht kan soms heilzaam werken.

59 Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (Meavita). Zie hierover A.G.H. Klaassen, 'Moeten toezichhouders wakker liggen van de Meavita-uitspraak van de Ondernemingskamer', *TvT* 2016, p. 39 e.v.

4.3. Benoeming lid raad van toezicht als lid raad van bestuur

Kunnen leden van de raad van toezicht bestuurder worden bij dezelfde zorgorganisatie? Volgens artikel 3.2.3 ZGC kan een voormalig lid van de raad van toezicht gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn toezichthoudende functie niet benoemd worden tot lid van de raad van bestuur. In de toelichting bij de ZGC staat dat het doel van dit artikel is de rolverdeling tussen de raad van bestuur en de raad van toezicht helder en zuiver te houden.⁶⁰

Inmiddels heeft de Governancecommissie over een viertal situaties moeten oordelen. Een lid van de raad van toezicht werd benoemd tot (i) gewone bestuurder, (ii) tot interim-bestuurder, (iii) tot waarnemend-bestuurder en (iv) een lid van de raad van toezicht werd niet benoemd tot bestuurder, maar gedroeg zich feitelijk wel zo. De Governancecommissie maakt geen onderscheid tussen de situatie van benoeming tot gewone bestuurder en benoeming tot interim-bestuurder.⁶¹ Ik behandel deze situaties dan ook gezamenlijk.

4.3.1. Benoeming tot (interim-)bestuurder

In het algemeen acht de Governancecommissie het onwenselijk dat een voormalig lid van de raad van toezicht wordt benoemd tot lid van de raad van bestuur van een zorgorganisatie.⁶² Een dergelijke openvolging van functies is niet te rijmen met andere bepalingen uit de ZGC die ertoe strekken dat de raad van bestuur en de raad van toezicht onafhankelijk van elkaar optreden.⁶³ In de ogen van de Governancecommissie moet de termijn van drie jaar in artikel 3.2.3 ZGC worden gezien als de periode die minimaal nodig is om de bezwaren van de rolwisseling enigermate weg te nemen.⁶⁴

De Governancecommissie noemt drie bezwaren. Ten eerste dat het desbetreffende lid van de raad van toezicht door zijn (eerdere) lidmaatschap van de raad van toezicht tot de leden van die raad in een verhouding is komen te staan die het moeilijk maakt voor de overblijvende toezichthouders hun taak optimaal te vervullen. Dit geldt zeker als de betrokken persoon in de raad van toezicht lang een prominente rol heeft vervuld. Hierdoor kan een situatie ontstaan waarin zijn functioneren als bestuurder feitelijk onvoldoende aan toezicht door de raad van toezicht is onderworpen.⁶⁵

Ten tweede dat een heldere en zuivere rolverdeling tussen toezichthouders en bestuurders ook van belang is voor het vertrouwen dat binnen de organisatie moet bestaan in een

60 Toelichting ZGC, p. 47 (bij art. 3.2.3 ZGC).

61 Overigens behoort de bestuurder van een zorgorganisatie te voldoen aan in een profielschets neergelegde professionele vereisten, die in een deugdelijke sollicitatieprocedure moeten worden getoetst. Zie GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.13.

62 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.5; GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.3 met verwijzing naar GG 1 november 2011.

63 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.7.

64 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.8.

65 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.5. In casu is sprake van de benoeming tot bestuurder van een toezichthouder die al gedurende een periode van meer dan zestien jaar aan de organisatie verbonden is geweest.

goede taakvervulling door zowel de raad van toezicht als de raad van bestuur. Een rolwisseling draagt daaraan niet bij.⁶⁶

Ten derde dat de rolwisseling het risico in het leven roept dat de voormalige toezichthouder zich als bestuurder al te zelfstandig gaat opstellen ten opzichte van de raad van toezicht waaraan hij verantwoording verschuldigd is. In dit verband is ook van belang dat de bestuurder te maken kan krijgen met problemen uit het verleden waarvoor hij eerder als toezichthouder verantwoordelijkheid heeft gedragen.⁶⁷

Slechts onder (zeer) bijzondere omstandigheden kan volgens de Governancecommissie van artikel 3.2.3 ZGC worden afgeweken.⁶⁸

Er moet sprake zijn van zodanige omstandigheden dat niet alleen de risico's van een rolwisseling als vorenbedoeld beperkt zijn (eerste toets).⁶⁹ Het risico van rolwisseling wordt beperkt geacht als een persoon nog maar kort lid is van de raad van toezicht (in casu een jaar en hij keerde niet terug als raad-van-toezichtlid).⁷⁰

Daarnaast moet ook sprake zijn van een situatie waarbij geen andere mogelijkheid voorhanden is (tweede toets).⁷¹ Van een bijzondere situatie kan sprake zijn – de Governancecommissie spreekt zelfs van een noodsituatie – als het gaat om de vervanging van een eenhoofdig bestuur en binnen de organisatie sprake is van een vertrouwenscrisis en een tekort op de begroting.⁷² Van een noodsituatie is geen sprake als onduidelijkheid bestaat over de geldigheid van het ontslag van de bestuurder.⁷³

Ook zal de benoeming van een toezichthouder tot bestuurder in beginsel van tijdelijke aard moeten zijn (derde toets).⁷⁴ De tijdelijke benoeming van een lid van de raad van toezicht tot lid van de raad van bestuur kan nodig zijn om voldoende tijd te hebben voor een zorgvuldige selectieprocedure van een nieuwe bestuurder.⁷⁵ De Governancecommissie

66 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.6.

67 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.7.

68 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.9; GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.3. L.G.H.J. Houwen, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders in concernverhoudingen', TvOB 2013, p. 180/181, is van opvatting dat de Governancecommissie hoge eisen stelt.

69 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.9. Van een dergelijke situatie was in casu geen sprake, gezien de lange duur van het lidmaatschap van de raad van toezicht. Wie gedurende een zo lange periode als toezichthouder aan de zorgorganisatie verbonden is geweest, kan zich onvoldoende losmaken van de invloed die hij op de organisatie heeft gehad en het gezag dat hij daaraan ontleent, zodat het aanzienlijke risico bestaat dat de raad van toezicht onvoldoende in staat is toezicht te houden op deze bestuurder (zie overweging 3.10).

70 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.5

71 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.9.

72 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.5.

73 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overweging 4.8.

74 GG 1 november 2011 (Nusantra), TvGR 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons en GJ 2012/11, m.nt. T.A.M. van den Ende, overweging 3.9.

75 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.7.

beschouwt een periode van zes tot negen maanden als ‘aan de zeer hoge kant’, maar in dit geval niet onaanvaardbaar gezien de omstandigheden.⁷⁶

4.3.2. *Benoeming tot waarnemend bestuurder*

De Governancecommissie beoordeelt de derde situatie, de benoeming van een lid van de raad van toezicht tot waarnemend bestuurder, anders. Een benoeming van een lid van de raad van toezicht tot tijdelijk (waarnemend) bestuurder wijkt volgens de Governancecommissie in de IKZ-uitspraak af van artikel 4.4.3 ZGC (leden van de raad van toezicht verrichten nimmer taken van de raad van bestuur). Deze bepaling sluit de rolvermenging tussen de beide organen (raad van toezicht en raad van bestuur) uit.⁷⁷

In de Humanitas-uitspraak stelde de Governancecommissie dat in beginsel het waarnemen van de functie van bestuurder door een lid van de raad van toezicht strijdig is met artikel 3.2.3 ZGC. Wanneer toezicht en bestuur in één persoon worden verenigd kan de toezichthoudende taak niet effectief worden vervuld, zo schrijft de Governancecommissie. Dit is mijns inziens juist niet de situatie waarop artikel 3.2.3 ZGC doelt. Ik kom hierop terug. Bovendien verzwakt volgens de Governancecommissie hierdoor het door de overige leden van de raad van toezicht uit te oefenen toezicht. Dit is ook het geval indien het desbetreffende lid in die periode niet tevens optreedt als lid van de raad van toezicht.⁷⁸

Onder bijzondere omstandigheden is het volgens de Governancecommissie toelaatbaar dat de raad van toezicht bij het ontbreken van een bestuurder voor een korte periode het bestuur waarneemt om zo spoedig mogelijk te voorzien in een deugdelijke (interne of externe) waarneming.⁷⁹ In zoverre is een statutaire bepaling die hierin voor een korte periode van een week voorziet niet in strijd met de ZGC, aldus de Governancecommissie.⁸⁰ Van bijzondere omstandigheden is volgens de Governancecommissie sprake in geval van een noodsituatie en wanneer de periode niet langer heeft geduurd dan noodzakelijk en verantwoord was (in casu was dat drie weken in de periode rond kerst en de jaarwisseling).⁸¹ Deze toetsing lijkt op de toets bij artikel 3.2.3 ZGC (zie paragraaf 4.3.1). Uit een andere uitspraak van de Governancecommissie kan worden afgeleid dat een periode van drie maanden te lang wordt geacht, zeker als deze periode veel langer is dan de in de statuten voorziene periode.⁸²

76 GG 15 november 2012 (Actiz), overweging 3.5. De besluiten tot verlenging van de benoeming (zes maanden en een jaar) waren wel in strijd met de ZGC.

77 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.11.

78 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.6

79 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.8 (in casu ging het om waarneming zonder een benoemingsbesluit) en GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.7.

80 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.8 (in casu. ging het om waarneming zonder een benoemingsbesluit). Zie ook paragraaf 4.3.3. In de statuten stond dat in geval van overbrugging de voorzitter van de raad van toezicht of diens plaatsvervanger voor maximaal één week de functie van bestuurder kan waarnemen; GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.12. In de statuten stond dat de raad van toezicht bij ontstentenis van het enige lid of alle leden van de raad van bestuur, onverwijld een medewerker van de stichting of een persoon van buiten de stichting tijdelijk tot raad van bestuur benoemt. In geval van overbrugging kan de voorzitter (van de raad van toezicht) of zijn plaatsvervanger voor maximaal één week de functie van raad van bestuur waarnemen.

81 GG 15 mei 2013 (IKZ), overweging 3.12.

82 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.8.

Mijn voorkeur heeft het om waarneming te toetsen aan artikel 4.4.3 ZGC en niet aan artikel 3.2.3 ZGC.⁸³ Daarop lijkt de toelichting bij artikel 4.4.3 ZGC ook te duiden.⁸⁴ Artikel 3.2.3 ZGC ziet meer op een permanente rolverwisseling. Een raad-van-toezichtlid wordt bestuurder en is raad-van-toezichtlid af. Artikel 4.4.3 ZGC ziet meer op een tijdelijke rolverwisseling. Een raad-van-toezichtlid blijft eigenlijk toezichthouder, maar vervult tijdelijk de bestuurstaak. Het raad-van-toezichtlid wordt 'noodgedwongen' bestuurder, maar heeft die ambitie (naar alle waarschijnlijkheid) niet. Wenselijk is wel dat het desbetreffende lid in die periode geen raad-van-toezichttaken verricht, maar het desbetreffende raad-van-toezichtlid kan mijns inziens na een korte periode wel 'terugkeren' in de raad van toezicht.⁸⁵ Dit kan anders liggen als de waarneming uitloopt.⁸⁶

Overigens wordt in de toelichting op artikel 4.4.3 ZGC de mogelijkheid van het tijdelijk vervullen van bestuurstaken door een raad-van-toezichtlid expliciet afgewezen.⁸⁷ Voorkeur van de Commissie-Meurs is om (i) een tijdelijke bestuurder van buitenaf aan te trekken, (ii) iemand uit het management van de organisatie tijdelijk als bestuurder te benoemen, of (iii) iemand uit de raad van toezicht tijdelijk het bestuur op te dragen.⁸⁸ De eerste twee mogelijkheden zijn inderdaad te verkiezen, maar in de praktijk niet altijd mogelijk. Dit is naar mijn mening de reden dat is toegestaan dat een raad-van-toezichtlid de stichting tijdelijk bestuurt bij ontstentenis of belet van de (gehele) raad van bestuur.⁸⁹ Onwenselijk is in mijn ogen de situatie dat een raad-van-toezichtlid de taak van een bestuurder waarneemt terwijl er nog meer bestuurders zijn.⁹⁰

83 Zie ook de noot van L.G.H. J. Houwen onder Rb. Limburg 12 november 2014, JOR 2015/322.

84 Toelichting bij art. 4.4.3 ZGC, p. 55.

85 Zie 3.28 van de Governancecode woningcorporaties 2015. In geval van ontstentenis of belet van het bestuur kan een lid van de RvC bij hoge uitzondering voor maximaal drie maanden de rol van bestuurder op zich nemen. In dat geval treedt het lid tijdelijk terug uit de RvC en neemt dus niet deel aan de besluitvorming van de RvC. Na deze periode van maximaal drie maanden kan deze persoon weer toetreden tot de RvC.

86 Volgens Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2005, JOR 2005/270 (Samlerhuset) is uit een oogpunt van corporate governance onwenselijk te achten de situatie waarin de RvC langer dan een halfjaar belast is met de bestuurstaak. Zie ook Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2013, nr. 69. Zij vinden dat het gedurende een reeks van jaren, zonder rechtvaardiging, laten voortbestaan van de situatie waarin de voorzitter van de RvC als enig bestuurder van de vennootschap functioneerde, een ernstige mislag is. (Het betrof een structuurvennootschap, maar geldt huns inziens voor alle bv's en nv's.) Dit geldt mijns inziens ook voor stichtingen.

87 Bij ontstentenis van de raad van bestuur dient op andere wijze in het bestuur te worden voorzien. Het verdient aanbeveling dat de raad van toezicht bij reglement regelt wat er dient te gebeuren bij ontstentenis van de gehele raad van bestuur, waarbij de raad van toezicht de duur van de alsdan te treffen tijdelijke voorzieningen vastlegt.

88 Commissie Health Care Governance (Commissie-Meurs), Health Care Governance, Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg, 1999, p. 19.

89 J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 62. Zie hierover ook de noot van L.G.H. J. Houwen onder Rb. Limburg 12 november 2014, JOR 2015/322.

90 Uit onderzoek van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) bij het Slotervaartziekenhuis bleek dat de bestuurlijke situatie in het Slotervaartziekenhuis onder andere onverenigbaar is met art. 6.1 Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen (UBWTZi), waarin staat dat personen niet tegelijk deel uit kunnen maken van de algemene of dagelijkse leiding en van het toezichthoudend orgaan van een zorgaanbieder. De voorzitter van de raad van toezicht heeft, tijdens de schorsing van de bestuursvoorzitter, als bestuursvoorzitter opgetreden voor een periode van zeven weken. In dit geval waren er nog twee andere bestuursleden. Zie hierover A.G.H. Klaassen, 'De strijd om het Slotervaartziekenhuis', *Ondernemingsrecht* 2015/14.

4.3.3. *Bestuurder zonder benoemingsbesluit*

Hiervoor zijn drie situaties besproken waarin een lid van de raad van toezicht wordt benoemd als lid van de raad van bestuur, maar er is nog een vierde situatie. Namelijk het geval dat een lid van de raad van toezicht niet benoemd wordt als lid van de raad van bestuur, maar feitelijk optreedt als bestuurder. Van dit geval is sprake in de SGL-uitspraak van 8 maart 2012.⁹¹ De ondernemingsraad is van mening dat dit in strijd is met artikel 4.4.4 ZGC.⁹² De Governancecommissie volgt de ondernemingsraad hierin.

Deze grondslag lijkt mij onjuist. Artikel 4.4.4 ZGC luidt volledig: 'Een lid van de raad van toezicht kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de raad van bestuur of [cursivering: AGHK] van de raad van toezicht van een andere zorgorganisatie, die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie.' In de uitspraak wordt alleen gewezen op het eerste deel van het artikel (een lid van de raad van toezicht kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de raad van bestuur). Dit zorgt vermoedelijk voor de spraakverwarring, want op grond van het eerste deel is de redenering van de Governancecommissie niet onlogisch, maar wel in het perspectief van het volledige artikel. Het gaat in artikel 4.4.4 ZGC dus om het combineren van het toezichthouderschap met het bestuurslidmaatschap of toezichthouderschap bij andere (concurrerende) zorgorganisaties en niet bij dezelfde zorgorganisatie.⁹³

Wanneer een benoemingsbesluit van het lid van de raad van toezicht tot bestuurder ontbreekt, terwijl deze persoon wel bestuurshandelingen verricht, kan in mijn ogen beter worden aangeknoopt bij artikel 4.4.3 ZGC (leden van de raad van toezicht verrichten nimmer taken van de raad van bestuur). Dit geldt omdat de raad-van-toezichtleden lid blijven van de raad van toezicht en bestuurstaken vervullen.

4.4. *Vergoeding voor bestuurswerkzaamheden*

De Governancecommissie heeft zich twee keer uitgesproken over de vergoeding voor bestuurswerkzaamheden. De eerste keer betrof het geval dat leden van de raad van toezicht⁹⁴ (additionele) bestuurswerkzaamheden voor de zorgorganisatie hebben verricht en het tweede geval betrof de situatie van de vergoeding van een interim-bestuurder die als zodanig ook benoemd was.

Over de vergoeding van additionele werkzaamheden zegt de Governancecommissie het volgende. Het door een lid van de raad van toezicht verrichten van additionele betaalde werkzaamheden is in beginsel⁹⁵ strijdig met artikel 4.5.1 ZGC (elke vorm of schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen enig lid van de raad van toe-

91 Het desbetreffende lid van de raad van toezicht presenteerde zich als bestuurder ad interim.

92 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 2.3.

93 Zie ook de noot van L.G.H. J. Houwen onder Rb. Limburg 12 november 2014, JOR 2015/322.

94 Deze leden verrichtten feitelijk bestuurswerkzaamheden, maar bleven lid van de raad van toezicht.

95 Onder bijzondere omstandigheden is denkbaar dat hierover anders geoordeeld moet worden, hetgeen in het bijzonder afhangt van de noodzaak van de werkzaamheden, de duur daarvan en de getroffen maatregelen om iedere schijn van bevoordeling te vermijden.

zicht en de zorgorganisatie moet worden vermeden). De Governancecommissie acht het onwenselijk wanneer leden van de raad van toezicht anders dan in de hun opgedragen taak betaalde werkzaamheden verrichten voor de organisatie waarop zij toezicht houden, omdat zij als lid van de raad van toezicht niet meer voldoende vrijstaan als zij zelf in opdracht van de eigen raad van toezicht uitvoerende taken verrichten. Het kan twijfel oproepen over de integriteit van het lid van de raad van toezicht, omdat daardoor de schijn van bevoordeling kan ontstaan (bij een ruimhartige beloning kan die verdenking moeilijk worden weerlegd).⁹⁶

Mede in het licht van de gewenste onafhankelijkheid van de leden van de raad van toezicht zijn (betaalde) werkzaamheden naast de toezichtstaak onwenselijk (met uitzondering van belet of ontstentenis van de raad van bestuur).⁹⁷

De Governancecommissie stelt vast dat zij kan oordelen over de vergoeding van (interim-)bestuurders.⁹⁸ De toets van de Governancecommissie ziet alleen op wat in de ZGC staat.⁹⁹ De toets heeft dan ook betrekking op de vraag of sprake is van een 'maatschappelijk passende beloning' – in de zin van artikel 3.2.2 ZGC – voor een individuele bestuurder. Betaling van bedragen van meer dan 70.000 euro en mogelijk zelfs 80.000 euro per maand vormen, ook als de Governancecommissie rekening houdt met de zwaarte van deze eenhoofdige functie (ter vervanging van twee geschorste bestuurders), geen maatschappelijk passende beloning in de zin van de ZGC.¹⁰⁰

Hoe zou deze casus worden beoordeeld op grond van de Wet Normering Topinkomens (WNT)? De Wet Normering Topinkomens bevat voor interim-bestuurders een aparte regeling.

Wanneer iemand in een periode van achttien maanden langer dan twaalf maanden de functie van interim-bestuurder¹⁰¹ vervult, anders dan op grond van een aanstelling of een arbeidsovereenkomst, geldt pas het bezoldigingsmaximum.¹⁰² Om te voorkomen dat interim-bestuurders in een maand het bezoldigingsmaximum verdienen (dat als exorbitant wordt gezien¹⁰³), zijn in een algemene maatregel van bestuur regels gesteld over de maximale bezoldiging van interim-bestuurders. In deze algemene maatregel van bestuur staat in artikel 4 lid 1 dat de eerste zes maanden de gemiddelde maandnorm 24.000 euro is en van de zevende maand tot en met de twaalfde maand de gemiddelde maandnorm 18.000

96 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.9. Rb. Limburg 12 november 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9792, JOR 2015/322, m.nt. L.G.H.J. Houwen oordeelde dat de additionele vergoedingen onverschuldigd zijn betaald.

97 Art. 6.1 lid 1 onderdeel b UBWTZi. Zie ook de toelatingseisen van het CIBG, op www.cibg.nl.

98 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.11. Het geven van een oordeel over de vergoeding voor de werkzaamheden van een assistente (van de extern adviseur die later bestuurder werd) valt buiten de bevoegdheid van de commissie, nu de ZGC betrekking heeft op de beloning van de werkzaamheden van bestuurders. Ook kan de Governancecommissie geen oordeel geven over de beloning van een externe adviseur.

99 De WNT is slechts een richtlijn voor de Governancecommissie.

100 GG 5 december 2013 (Humanitas), overweging 3.12.

101 In de WNT wordt het begrip topfunctionaris gebruikt. Hieronder vallen bestuurders.

102 Art. 2.1 lid 4 WNT.

103 Zie *Kamerstukken II 2013/2014*, 33715, 13.

euro is.¹⁰⁴ Bedragen zoals in de vorige alinea genoemd zullen dan (waarschijnlijk) niet meer voorkomen.

4.5. Zittingsduur lid raad van toezicht

Artikel 4.2.7 ZGC bepaalt dat een lid van de raad van toezicht maximaal tweemaal voor een periode van vier jaar zitting kan hebben in de raad van toezicht.¹⁰⁵

Het enkele feit dat leden van de raad van toezicht ten tijde van de inwerkingtreding van de ZGC meer dan acht jaar zitting hadden in de raad van toezicht leidt in de ogen van de Governancecommissie niet tot een schending van artikel 4.2.7 ZGC.¹⁰⁶ De Governancecommissie acht het redelijk als een zittend raad-van-toezichtlid, dat op de datum dat de stichting onderworpen werd aan de ZGC reglementair langer dan vier jaren deel van de raad van toezicht uitmaakt, zijn lopende termijn kan uitdienen.¹⁰⁷ Wel betekent dit dat de desbetreffende leden na inwerkingtreding van de ZGC niet meer behoren te worden herbenoemd.¹⁰⁸ De ZGC gaat uit van een termijn van maximaal acht jaren, een zittingsduur van maximaal twaalf jaren is in strijd met de ZGC.¹⁰⁹ Met andere woorden: leden van raad van toezicht kunnen langer dan acht jaar aanblijven, wanneer in die periode dat de ZGC van toepassing wordt leden van de raad van toezicht niet herbenoemd hoeven te worden. De Governancecommissie accepteert in dat geval geen derde periode.

Het moment waarop de telling begint, past binnen de visie van de Governancecommissie.¹¹⁰ Het lijkt mij niet wenselijk als leden van de raad van toezicht hierdoor veel langer kunnen blijven zitten 'op het pluche'.¹¹¹

5. Conclusie

De Governancecommissie ziet voor zichzelf een duidelijk afgebakende rol weggelegd. Zij hanteert een beperkte taakopvatting en houdt zich daarbij aan het reglement. Qua bevoegdheid van de Governancecommissie draait het – conform het reglement – om naleving van de ZGC, maar pas vanaf het moment waarop de ZGC van toepassing is geworden. Eenieder die bij de naleving een belang heeft, kan zich melden. Dit laatste leidt ertoe dat de Governancecommissie de belanghebbende – wellicht niet geheel conform het reglement – ruim definieert, maar waarbij haar rol tot haar recht komt. Duidelijker kan de Governancecommissie zijn over de eisen die gesteld worden aan de uitleg bij afwijking van de ZGC.

104 Besluit van 30 november 2015 tot wijziging van het Uitvoeringsbesluit WNT onder meer in verband met de normering van de bezoldiging van topfunctionarissen zonder dienstbetrekking voor de eerste twaalf maanden van de functievervulling en wijziging van bijlage 1 en 2 bij de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2015, 475.

105 In GG 1 november 2011 (Nusantra), *TvGR* 2012/1, m.nt. J.G. Sijmons, overweging 3.10 speelde de afwijking van art. 4.2.7 ZGC als zodanig geen rol meer.

106 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.11.

107 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overwegingen 4.11, 4.12 en 4.14.

108 GG 8 maart 2012 (SGL), overweging 3.11.

109 GG 14 mei 2014 (Kraamzorg), overwegingen 4.11, 4.12 en 4.14.

110 Zie paragraaf 2.

111 Wellicht zou aan de ZGC nog toegevoegd kunnen worden dat de termijn bij een fusie niet opnieuw gaat lopen. Zie Governancecode voor woningcorporaties 2015, punt 3.20.

Duidelijk is ook welke situaties de Governancecommissie gewenst dan wel ongewenst vindt. De opvatting van de Governancecommissie over de taakverdeling tussen raad van bestuur en raad van toezicht is gangbaar. Indien het gaat om het overnemen van de bestuurstaak door een raad-van-toezichtlid, permanent dan wel tijdelijk, kan het toetsingskader van de Governancecommissie in mijn ogen consistenten zijn. Ook in het geval van vergoeding hanteert de Governancecommissie een strikte rol, de ZGC staat centraal. De telling van de zittingsduur geldt pas wanneer de ZGC van toepassing is geworden. Dit past bij de visie van de Governancecommissie op haar eigen bevoegdheid. Daarin is de Governancecommissie vrij consistent.

Of de Governancecommissie in de toekomst deze ingezette lijnen doorzet, is afwachten. Zo lang er lege bestuurdersstoelen zijn te vinden, zal de dans om deze stoelen voortgaan en zullen er wellicht nog uitspraken van de Governancecommissie volgen.