

Bb 2023/15

OK grijpt stevig in in governancestructuur Reinier Haga Groep

Governance debet aan ernstige en structurele tegenstrijdige belangen die ontvlechting in de weg staan

S.W. Holterman & T.C.A. Dijkhuizen, datum 01-03-2023

Datum	01-03-2023
Auteur	S.W. Holterman & T.C.A. Dijkhuizen ^[1]
JCDI	JCDI:ADS690225:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Corporate governance Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

In deze bijdrage gaan de auteurs in op de beschikking van de Ondernemingskamer van 16 november 2022 inzake de (governancestructuur van de) Reinier Haga Groep. Zij bespreken onder meer (i) de ontvankelijkheid van RHG, (ii) de beoordeling van de governance van RHG en (iii) de door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen. Ten slotte staan zij in de bijdrage stil bij een aantal inzichten die de beschikking de praktijk geeft.

1. Inleiding

In de beschikking van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (de 'OK') van 16 november 2022^[2] (de 'Beschikking') staat de governancestructuur van de Stichting Reinier Haga Groep ('RHG') en Stichting Reinier de Graaf Groep ('RdGG') centraal. RHG is in 2013 als samenwerkingsverband opgericht door RdGG en het HagaZiekenhuis ('Haga'). Het LangeLand Ziekenhuis ('LLZ') is in 2015 toegetreden tot dit verband. Nadat in 2019 onenigheid ontstond over de verdere versterking van de samenwerking door een juridische fusie, bestaat bij alle partijen de wens om tot een ontvlechting van de samenwerking komen. Het lukt partijen echter tot dusver niet zelfstandig overeenstemming te bereiken over de ontvlechtigingsvoorwaarden. De betrokken partijen wijten dit (onder meer) aan de *governance* van RHG en de drie afzonderlijke ziekenhuizen die vanaf het moment dat tot ontvlechting is besloten, onwerkbaar is geworden.^[3] RHG en RdGG verzoeken de OK dan ook *gezamenlijk* om in te grijpen in de gebrekkige governancestructuur, om de voorgestane ontvlechting te kunnen bespoedigen.

In dit artikel bespreken wij deze beschikking, waarbij wij ingaan op (i) de ontvankelijkheid van RHG, (ii) de beoordeling van de bestuurlijke inrichting binnen RHG en (iii) de door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen. Ten slotte staan wij kort stil bij de inzichten en lessen die de Beschikking biedt, mede tegen de achtergrond van de principes en *best practices* uit de recent herziene Zorgbrede Governancecode.^[4] Eerst bespreken wij de relevante feiten.

2. Relevante feiten

2.1 Achtergrond RHG: wens tot vergaande samenwerking en fusie

RHG is in 2013 opgericht door RdGG en Haga vanuit de wens om vergaand samen te gaan werken. RHG is vanaf de oprichting verantwoordelijk voor het beleidsmatige en strategische beleid gericht op de samenwerking en (uiteindelijk) een fusie, terwijl de drie individuele ziekenhuizen (na de toetreding van LLZ) verantwoordelijk zijn voor het operationele beleid.^[5]

2.2 Governance RHG

In de statuten van RHG is bepaald dat zij een bestuur en een raad van toezicht ('RvT') heeft.^[6] Hoewel de oorspronkelijke opzet was dat RHG zou worden bestuurd door (i) de drie directievoorzitters van de deelnemende ziekenhuizen, aangevuld met (ii) twee bestuurders (een CEO en een CFO) die niet zouden zijn gelieerd aan één van de ziekenhuizen,^[7] bestaat het bestuur RHG ten tijde van de Beschikking uit twee bestuurders, te weten (i) de directievoorzitter van RdGG en (ii) de directievoorzitter a.i. van LLZ.^[8]

RHG is ten tijde van de Beschikking enig bestuurder van RdGG, Haga en LLZ, maar houdt zelf geen onderneming in stand.^[9] RdGG, Haga en LLZ exploiteren de ziekenhuizen.

2.3 Governance RdGG

Uit de statuten van RdGG volgt dat RHG het aantal leden van de raad van bestuur van RdGG bepaalt en de bestuursleden benoemt, schorst en ontslaat. Ook vereisen bepaalde bestuursbesluiten van RdGG voorafgaande goedkeuring van RHG, die (logischerwijs) niet is vereist indien RHG zelf het bestuur van RdGG vormt (zoals ten tijde van de Beschikking).^[10]

RdGG heeft, net zoals de andere deelnemende ziekenhuizen, geen eigen raad van toezicht. Uit de statuten volgt dat indien bij RHG een raad van toezicht is ingesteld, deze ook toezicht houdt op de raad van bestuur en de algemene gang van zaken van RdGG. RdGG kent ten tijde van de Beschikking wel een (informele) raad van advies.^[11]

2.4 De wens tot ontvlechting

Hoewel de deelnemende ziekenhuizen vanaf 2013 zijn gericht op vergaande samenwerking en uiteindelijk een fusie, wordt in 2019 duidelijk dat een beoogde fusie tussen de ziekenhuizen op bezwaren stuit. Het bestuur en de RvT van RHG besluiten om die reden eind 2019 over te gaan tot ontvlechting, welk besluit wordt gesteund door alle deelnemende ziekenhuizen.^[12] Daarop starten de deelnemende ziekenhuizen een traject tot ontvlechting, waar niet alleen verscheidene interne gremia (zoals ondernemings- en cliëntenraden), maar ook externe partijen (zoals de ziektekostenverzekeraars, maar ook de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd) bij betrokken zijn. Bovendien moeten financierende banken instemmen met de ontvlechting.^[13]

Na een (lang) traject bereiken de managementteams van de deelnemende ziekenhuizen in maart 2022 een "Hoofdlijnenakkoord" over de verdere ontvlechting.^[14] Op 20 oktober 2022 informeert De Nederlandse Zorgautoriteit (NZA) de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dat de duur van de ontvlechting de continuïteit van zorg bij met name LLZ in gevaar brengt.^[15] Vervolgens bereiken RHG, de deelnemende ziekenhuizen en de relevante externe partijen (de banken, de zorgverzekeraars en het Waarborgfonds voor de Zorgsector) op 31 oktober 2022 een akkoord over de voorwaarden waaronder het Hoofdlijnenakkoord ten uitvoer kan worden gelegd.^[16] Op 4 november 2022 leggen RHG en de deelnemende ziekenhuizen een voorgenomen ontvlechtigingsbesluit ter advisering voor aan (onder andere) de ondernemingsraden en de cliëntenraden.^[17]

3. Ontvankelijkheid van het verzoek

Voordat wij ingaan op de inhoudelijke gronden van de beslissing van de OK, staan wij kort stil bij de ontvankelijkheid van RHG. De wet stelt voor het kunnen vragen van een enquêteonderzoek bij een stichting - naast de (algemene) vereisten die gelden voor rechtspersonen - twee aanvullende eisen, namelijk dat de stichting (i) een onderneming in stand houdt en (ii) verplicht is tot het instellen van een ondernemingsraad.^[18]

Hoewel RHG geen onderneming in stand houdt, voeren RHG en RdGG aan - in lijn met het oordeel van de OK in de SRK-beschikking^[19] - dat RHG in haar enquêteverzoek kan worden ontvangen, nu RHG moet worden beschouwd als mede-ondernemer met betrekking tot de door RdGG in stand gehouden onderneming.^[20] De OK oordeelt dat dit betoog van RHG en RdGG slaagt. De OK overweegt daartoe dat de beide stichtingen zowel economisch als organisatorisch nauw met elkaar zijn verbonden en onderdeel uitmaken van één structuur, onder toezicht van één toezichthoudend orgaan. Dat RHG een personele en bestuurlijke unie vormt met (onder meer) RdGG rechtvaardigt dat ook RHG in haar verzoek tot (zelf)enquête kan worden ontvangen. De OK merkt ten slotte op dat de omstandigheid dat het enquêteverzoek er juist tot strekt deze structuur te ontmantelen, daar niet aan af doet.^[21] Dit oordeel van de OK is in lijn met bestaande rechtspraak en komt ons bovendien praktisch voor.

4. De inhoudelijke beoordeling van de governance van RHG en RdGG

RHG en RdGG hebben aan hun - gewijzigde - enquêteverzoek ten grondslag gelegd dat hun governance zodanig onwerkbaar is geworden dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van beide stichtingen. Bovendien maakt de huidige toestand van RdGG het volgens RHG en RdGG noodzakelijk dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De governancestructuur van RHG is immers ingericht om een juridische fusie tussen de drie deelnemende ziekenhuizen zo spoedig mogelijk te faciliteren. Vanuit die gedachte waren de drie directievoorzitters van de ziekenhuizen - in hun hoedanigheid van bestuurder van RHG - ieder ook volledig verantwoordelijk voor het beleid en de (medische) gang van zaken bij andere twee ziekenhuizen. Dit maakt het model onwerkbaar zodra de ziekenhuizen ontvlecht moet worden, omdat de betrokken belangen dan niet langer parallel lopen, maar juist tegenstrijdig zijn. De verzochte onmiddellijke voorzieningen zijn er dan ook op gericht om deze structuur te wijzigen, zodat een einde kan worden gemaakt aan de belangentegenstelling binnen RHG en RdGG.^[22]

De OK volgt de verzoekende partijen hierin en komt tot het oordeel dat de governance van RHG en RdGG gegronde redenen oplevert om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van beide stichtingen. Deze twijfels rechtvaardigen een onderzoek. De OK overweegt hierbij dat het belang van RHG op dit moment erop gericht is de ontvlechting op evenwichtige wijze tot stand te brengen, terwijl in dit kader grote belangentegenstellingen bestaan tussen Haga en LLZ enerzijds en RdGG anderzijds. Dit maakt dat de bestuurders van RHG ernstig en structureel geconflicteerd zijn, aldus de OK. Het is dan ook de vraag of van deze bestuurders kan worden gevergd dat zij zich bij hun handelen *uitsluitend* laten leiden door het belang van RHG. Bovendien hebben de onderlinge tegenstrijdige belangen een onderling wantrouwen en (de dreiging van) een *deadlock* binnen het bestuur van RHG tot gevolg, aldus nog steeds de OK. Deze situatie biedt dan ook geen voedingsbodem voor een spoedige ontvlechting, die bovendien in samenspraak met een groot aantal (externe) partijen en onder hoge tijdsdruk moet worden gerealiseerd. Ook het gegeven dat geen van de betrokkenen deze situatie ten goede heeft weten te keren, maakt dat er volgens de OK gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van de beide stichtingen te twifelen.^[23] Om pragmatische redenen houdt de OK de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan, in afwachting of partijen door de onmiddellijke voorzieningen reeds tot de gewenste oplossing kunnen komen.^[24]

5. De getroffen onmiddellijke voorzieningen

Ook wijst de OK de door RHG en RdGG verzochte onmiddellijke voorzieningen toe. Daarmee grijpt de OK vergaand in in de governancestructuur van beide stichtingen. Dit acht zij nodig om een einde te maken aan de situatie binnen RHG, die door alle partijen en belanghebbenden in de procedure als onwerkbaar wordt

ervaren. RdGG wordt, kort samengevat, bestuurlijk ontvlecht van RHG door (i) RHG te vervangen als bestuurder door de huidige directievoorzitter van het Reinier de Graaf Gasthuis en (ii) de leden van de (informele) raad van advies van RdGG te benoemen als raad van toezicht en de statutaire bepaling op basis waarvan de RvT van RHG ook werd benoemd als raad van toezicht bij RdGG, buiten toepassing te verklaren.^[25]

6. De governance van RHG mede bezien vanuit Zorgbrede Governancecode

De Beschikking geeft de praktijk een aantal inzichten, mede tegen de achtergrond van de recent herziene Zorgbrede Governancecode (de 'Code').

In de Beschikking komt de OK - kort samengevat - tot het oordeel dat de gewijzigde verhoudingen tussen de deelnemende ziekenhuizen de bestuurlijke inrichting onwerkbaar maakte, met ernstige en structurele belangenconflicten tussen bestuurders van RHG (en daarmee RdGG) tot gevolg. Hierdoor kon van hen niet langer worden verlangd dat zij bij hun handelen (uitsluitend) de belangen van RHG zouden dienen. Dit oordeel roept de vraag op of de betrokken partijen - ook tegen de achtergrond van de oorspronkelijke bedoelingen - voor deze bestuurlijke inrichting hadden moeten kiezen.

Als uitgangspunt geldt immers voor stichtingsbestuurders, maar ook voor leden van raden van toezicht, dat zij zich bij hun handelen moeten laten leiden door het belang van de stichting en - sinds de inwerkingtreding van de Wet Bestuur en Toezicht rechtspersonen - *de met haar verbonden onderneming of organisatie* (artikel 2:291 lid 3 BW). Dit houdt - in lijn met inzichten in *good governance* - onder meer in dat het bestuur en, indien ingesteld, de raad van toezicht de belangen van alle betrokken *stakeholders* in haar besluitvorming betreft. Hierbij kan onder meer van het bestuur worden verwacht dat het de verschillende alternatieven zorgvuldig in kaart brengt en de impact van zijn besluitvorming op de (belangen van de) betrokken *stakeholders* analyseert en waar nodig mitigeert.^[26]

Deze verplichting komt voor zorginstellingen onder meer tot uiting in bepaling 5.3 (ten aanzien van het bestuur) respectievelijk bepaling 6.4.1 (ten aanzien van de raad van toezicht) van de Code:

De raad van bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak op het belang van de zorgorganisatie op korte en lange termijn vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin. De raad van bestuur maakt een zorgvuldige en evenwichtige afweging tussen de belangen van de cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden.

Hierbij kan onder meer van het bestuur worden verwacht dat het de verschillende alternatieven zorgvuldig in kaart brengt en de impact van zijn besluitvorming op de (belangen van de) betrokken *stakeholders* analyseert en waar nodig mitigeert.^[27]

Tevens is van belang dat betrokken bestuurders, maar ook leden van de raad van toezicht, van een stichting een eigen, onafhankelijke afweging maken ten aanzien van de bij de besluitvorming betrokken belangen. Zij moeten in dezelfde zin ook onafhankelijk en kritisch jegens elkaar, maar ook ten aanzien van de bij de besluitvorming betrokken belangen staan (*independence in mind*). Tegen deze achtergrond kent de Code ook een regeling ten aanzien van belangenverstremgeling bij zorginstellingen (bepaling 2.6.1. e.v. van de Code).

Deze verplichtingen rusten op de bestuurders en leden van de raad van toezicht bij de uitoefening van hun taak, maar zijn evident van groter belang bij belangrijke besluitvorming, zoals besluiten tot een vergaande samenwerking, fusie, maar ook ontvlechting. Tegen die achtergrond kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de bestuurlijke inrichting van RHG. Immers, de *governance* van RHG en RdGG was zodanig ingericht dat na oprichting van RHG, de bestuurders van de afzonderlijke ziekenhuizen zich bij de uitoefening van hun taken niet meer (uitsluitend) door het belang van dit ziekenhuis konden leiden, maar ook moesten handelen in het belang van RHG. Dat is op zichzelf beschouwd niet geheel vreemd, want binnen een groepsverband kan het

belang van de moedermaatschappij (in casu RHG) een zekere inkleuring geven aan het vennootschappelijk belang van de dochtermaatschappijen (in casu de deelnemende ziekenhuizen). Het is aan het bestuur, onder toezicht van de raad van toezicht, om de betrokken belangen, waaronder het belang van de moedermaatschappij, tegen elkaar af te wegen. De bestuurlijke inrichting van RHG had echter tot gevolg dat de directievoorzitters van de ziekenhuizen niet meer onafhankelijk waren ten opzichte van het belang van RHG. Zij moesten immers in hun hoedanigheid van bestuurder van RHG óók handelen in het belang van deze stichting. Dat is - zoals blijkt uit de Beschikking - werkbaar zolang de belangen van RHG en de deelnemende ziekenhuizen parallel lopen, maar leidt direct tot een onwerkbaar situatie indien deze belangen tegenstrijdig worden.

Een les die dan ook kan worden getrokken uit de Beschikking is dat indien instellingen (niet alleen zorginstellingen, maar eigenlijk alle vennootschapsrechtelijke structuren waarbij de governance op gelijke wijze is ingericht) besluiten tot een vergaande samenwerking en/of fusie, de governance (inclusief de projectgovernance) zodanig wordt ingericht dat ieder afzonderlijk bestuurlijk en toezichhoudend orgaan van een instelling in staat is (en blijft) om op een onafhankelijke wijze tot besluitvorming te komen, waarbij zij alle betrokken belangen betreft. Dit beperkt zich niet alleen tot het startpunt van het traject - het besluit tot het aangaan van de vergaande samenwerking - maar blijft ook van belang gedurende het verloop van traject. Door de genoemde bepalingen uit de Code speelt dit in het bijzonder bij zorginstellingen.

Een andere les die kan worden getrokken uit de Beschikking, is dat het mogelijk is te vragen om benoeming van specifiek door partijen voorgedragen functionarissen als bestuurder of toezichhouder (voor de duur van het onderzoek). Dat de OK door partijen voorgedragen functionarissen benoemt is uitzonderlijk. Met enige regelmaat komt het wel voor dat de OK eenvoudig bewilligt in een gezamenlijk verzoek van partijen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, maar in de regel benoemt zij naar eigen inzicht functionarissen uit haar eigen bestand. In dit geval lijkt echter doorslaggevend dat alle betrokken partijen zich positief hadden uitgelaten over de gevraagde onmiddellijke voorzieningen en de te benoemen personen.^[28] Wij sluiten ook niet uit dat de gevraagde benoeming van de specifiek genoemde personen heeft plaatsgevonden door de OK om een voortvarend(er) verloop van het ontvlechtigingsproces mogelijk te maken. Daarmee wordt het publieke belang gediend en loopt de continuïteit van de zorg minder lang gevaar. De OK is dus pragmatisch omgegaan met het feit dat niet alleen de beide stichtingen een gezamenlijk verzoek hebben ingediend tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen bij henzelf, maar dat ook alle overige belanghebbenden onderschreven dat de governancestructuur van RHG en RdGG onwerkbaar was geworden na het besluit tot ontvlechting.

7. Ter afronding

Ten slotte stippen wij nog aan dat ons tijdens de bewerking van dit artikel bekend werd dat de ondernemingsraad van het Reinier Haga Orthopedisch Centrum (het "RHOC"), waarvan de aandelen worden gehouden door RHG, RdGG, Haga en LLZ, een verzoekschrift heeft ingediend bij de OK over de ontvlechting van RHG. Zij was geen belanghebbende bij de eerdere procedure, zo blijkt uit de Beschikking. De ondernemingsraad van het RHOC gaf eerder een negatief advies over het voorgenomen besluit tot ontvlechting en meent nu dat haar belangen onvoldoende zijn meegewogen in de besluitvorming over de ontvlechting. Zij heeft zich nu tot de OK gewend en verzoekt de OK het ontvlechtigingsbesluit in te trekken, of in ieder geval de onderdelen van dit besluit die (in)directe gevolgen hebben voor het RHOC. Wij verwachten niet - gelet op de eerdere overwegingen in de Beschikking over het publieke belang en het gevaar voor de continuïteit van de zorg - dat dit verzoek de getroffen onmiddellijke voorzieningen aantast. Het door RHOC ingediende verzoekschrift is behandeld door de Ondernemingskamer op de zitting van 16 februari 2023. De OK-beschikking zal dan ook spoedig volgen.

Voetnoten

[1] Stefan Holterman en Tom Dijkhuizen zijn beiden advocaat bij Finch Dispute Resolution te Utrecht.

[2] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3236.

- [3] Niet alleen de betrokken partijen, maar ook de andere belanghebbenden onderschrijven dat de governancestructuur vanaf het besluit tot ontvlechting onwerkbaar is geworden. Zie Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.3.
- [4] Brancheorganisaties Zorg, *De Zorgbrede Governancecode 2022*, te raadplegen op: <https://www.governancecodezorg.nl>.
- [5] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.1.
- [6] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.4.
- [7] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.5.
- [8] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.2.
- [9] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.3.
- [10] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.8.
- [11] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.11.
- [12] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.13.
- [13] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.14.
- [14] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.15.
- [15] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.16.
- [16] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.17.
- [17] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 2.18.
- [18] Art. 2:344 BW.
- [19] Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3996, *JOR* 2019/9, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*SRK*).
- [20] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.1.
- [21] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.1.
- [22] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.2.
- [23] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.4.
- [24] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.5.
- [25] Hof Amsterdam (OK) 16 november 2022, rov. 3.6.
- [26] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *JOR* 2017/261, m.nt. C.D.J. Bulten (*AkzoNobel*), rov. 3.12.
- [27] Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *JOR* 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (*AkzoNobel*), rov. 3.13.

