

*Weekblad voor
Privaatrecht, Notariaat en Registratie*

WPNR

Nummer 7088
Jaargang 146
19-26 december 2015

Themanummer
Sectoraal rechtspersonenrecht

Redactie WPNR

Voorwoord

Mr. dr. C.R. Huiskes

Governance van zorginstellingen

Mw. mr. J.M.A. Wintgens-van Luijn

De stichting in het onderwijs

Prof. mr. R.H. Maatman,

mw. mr. M.W. Enzerink en

mr. C.J. Kraaiveld

Pensioenfondsen in de notariële praktijk

Mr. drs. L.W.J. Hoppenbrouwers MRICS en

mr. G.J.C. Rensen

De notaris en woningcorporaties



Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie



Mr. dr. C.R. Huiskes*

1. Inleiding

In de zorg wordt 'good governance' – oftewel goed bestuur en toezicht – direct in verband gebracht met de kwaliteit, veiligheid en continuïteit van de zorg.² De gedachte is dat het voor een goede, veilige en continue zorgverlening cruciaal is dat er binnen de organisatie van zorginstellingen voldoende 'checks and balances' zijn. Een optimale inrichting van het bestuur, het (interne) toezicht daarop en ook de betrokkenheid daarbij van direct belanghebbenden bij de zorginstelling moeten waarborgen dat bestuurders en (interne) toezichthouders (i) zich verantwoordelijk voelen voor een goede, veilige en continue zorgverlening, (ii) weten wat er in de zorginstelling speelt, (iii) open en transparant zijn over fouten en misstanden, ook naar de buitenwereld toe en (iv) weten dat zij aangesproken en afgerekend worden op falend bestuur en toezicht.³

Van oudsher hebben veel zorginstellingen de rechtsvorm van de stichting.⁴ De laatste jaren maken zorginstellingen echter ook steeds vaker gebruik van andere rechtsvormen, zoals de coöperatie, de bv en de nv.⁵ Bijvoorbeeld als samenwerkingsvorm tussen eerste- en/of tweedelijnszorgverleners.⁶ Maar ook als samenwerkingsvorm tussen medisch specialisten sinds de invoering per 1 januari 2015 van een integrale bekostiging in de medisch specialistische zorg. De verwachting is dat deze groei zal doorzetten, temeer waar er op dit moment een wetsvoorstel bij de Eerste Kamer ligt dat gereguleerde winstuitkeringen mogelijk wil maken voor aanbieders van medisch-specialistische zorg in de rechtsvorm van een coöperatie, bv of nv.⁷

Waar het gaat om de governance van zorginstellingen, en in het bijzonder de statutaire inrichting hiervan, moet niet alleen worden gekeken naar de ter zake deze rechtspersonen geldende regels in Boek 2 BW, maar ook naar specifiek op zorginstellingen toepasselijke (sectorale) regelgeving. In verschillende 'zorgspecifieke' wetten en andere regelgeving worden eisen gesteld aan de interne organisatie van zorginstellingen en de verdeling van bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden tussen hun organen. Ik wijs onder meer op de Wet toelating zorginstellingen ('WTZi')⁸ en het Uitvoeringsbesluit WTZi⁹, de Kwaliteitswet zorginstellingen ('KWZ')¹⁰, de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen ('WMCZ')¹¹, de Wet marktordening gezondheidszorg ('WVG')¹², maar ook op het wetsvoorstel voor de Wet

* Advocaat te Enschede.

(christian.huiskes@kienhuishoving.nl)

1. Met dank aan mr. drs. Y.M (Yvonne) Nijhuis voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.
2. Zie onder meer de Zorgbrede Governancecode 2010 (Inleiding, p. 10), als vastgesteld door zorginstellingen verenigd in de Brancheorganisaties Zorg, en de brief van de Minister en Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ('VWS') van 22 januari 2015, Tweede Kamer 2014-2015, 32 012, Governance in de zorgsector, nr. 23 ('VWS-brief 2015'), p. 1 en 2.
3. Brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS aan de Tweede Kamer van 19 september 2013, Tweede Kamer 2013-2014, 32 012, Governance in de zorgsector, nr. 15 ('VWS-brief 2013'), p. 1 en 2.
4. Dit hangt samen met het verbod op winsttoegmerk zoals dat is vastgelegd in art. 5 lid 2 WTZi. Voor bepaalde activiteiten is de rechtsvorm van de stichting, of een andere volledig rechtsbevoegde rechtspersoon die geen (uitkering van) winst nastreeft (vereniging), wettelijk voorgeschreven. Bijvoorbeeld op grond van art. 6 lid 1 sub a Wet afbreking zwangerschap. Zie ook B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, par. 2.2.
5. Ook in de Zorgbrede Governancecode wordt met andere rechtsvormen dan de stichting rekening gehouden. Zie onder andere art. 1.4 en hoofdstuk 5 ZGc.
6. De coöperatie in de zorgsector, W.E. Kuiper en C.Ph. van der Winden, in *Handboek Coöperatie*, Dordrecht, Convoy Uitgevers, 2012, nr. 5.11.1-9, p. 665 e.v.
7. Gewijzigd voorstel van wet tot wijziging van de Wet toelating zorginstellingen en enkele andere wetten teneinde investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg te bevorderen ('Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg'), Eerste Kamer 2013-2014, 33 168, A, 1 juli 2014.
8. Wet van 20 oktober 2005 tot vereenvoudiging van het stelsel van overheidsbemoeienis met het aanbod van zorginstellingen.
9. Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen.
10. Wet van 18 januari 1996 betreffende de kwaliteit van zorginstellingen. De KWZ zal op de onderdelen kwaliteit, klachten en geschillen worden vervangen door de Wet houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg ('Wkkgz')), Eerste Kamer 2012-2013, 32 402, E.
11. Wet van 29 februari 1996, houdende regels ter bevordering van de medezeggenschap van de cliënten van uit collectieve middelen gefinancierde zorgaanbieders op het terrein van de maatschappelijke zorg en gezondheidszorg.
12. Wet van 7 juli 2006, houdende regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg.

vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg¹³ en de Zorgbrede Governance-code 2010.¹⁴

Aanvankelijk – in 2013 – waren er nog plannen voor een afzonderlijke ‘Wet goed bestuur in de zorg’. De gedachte was om aan de hand van zogenoemde ‘resultaatsnormen’ nieuwe, aanvullende wettelijke regels te stellen voor zowel de bestuurs- en toezichtstructuur als de medezeggenschapsstructuur van zorginstellingen.¹⁵ Begin 2015 lieten de Minister en Staatssecretaris van VWS echter weten hier “voorlopig” van af te zien. Het uitgangspunt is nu om (eerst) nog eens scherp te kijken naar wat er binnen bestaande wet- en regelgeving al mogelijk is om goed bestuur en toezicht daarop te bevorderen en om falende zorginstellingen aan te spreken. Waar verbeteringen noodzakelijk zijn, worden met name van de zorginstellingen zelf nadere initiatieven verwacht.¹⁶ Voor de (statutaire inrichting van de) governance van zorginstellingen is van belang dat de Minister en Staatssecretaris van VWS – in het kader van het formuleren van een viertal speerpunten van beleid op het terrein van goed bestuur binnen zorginstellingen – concrete eisen stellen aan onder meer een aanscherping van de verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders, de samenstelling van het bestuur en een versterking van de medezeggenschapsrechten van cliëntenraden.¹⁷ Voor zover deze speerpunten en eisen hun schaduwen vooruit werpen, zal hiermee reeds nu bij de statutaire inrichting van de governance van zorginstellingen rekening moeten worden gehouden.

Dat laatste geldt in zekere zin ook wat betreft de plannen die de Minister van Veiligheid en Justitie (‘V&J’) heeft aangekondigd in een thans nog ontwerp-wetsvoorstel voor een Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.¹⁸ Waar het doel van dit ontwerp-wetsvoorstel is om de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren, zullen deze voorstellen ook gevolgen hebben voor de statutaire inrichting van de governance bij zorginstellingen met deze rechtsvorm. Ook met deze voorstellen zal in zekere zin – naast de bestaande regels in Boek 2 BW en hiervoor bedoelde sectorale wet- en regelgeving – rekening moeten worden gehouden bij de (statutaire) inrichting van zorginstellingen.

Tot slot in inleidende zin nog een opmerking over de Zorgbrede Governancecode. Deze is – op basis van het ‘pas toe of leg uit-principe’¹⁹ – van toepassing op alle in Nederland gevestigde zorginstellingen en daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen, ongeacht hun rechtsvorm.²⁰ Waar de Zorgbrede Governancecode in zoverre een zeer brede werkingssfeer lijkt te hebben, moet echter worden bedacht dat zij strikt genomen thans alleen formeel – als lidmaatschapsverplichting – geldt voor zorginstellingen die zijn verenigd in de Brancheorganisa-

ties Zorg (‘BoZ’).²¹ De Zorgbrede Governancecode geldt momenteel niet voor zorginstellingen die niet zijn aangesloten bij de BoZ, zoals instellingen in de eerstelijnszorg.²² De Minister en Staatssecretaris van VWS hebben echter aangegeven de naleving van de Zorgbrede Governancecode te willen verbreden en versterken. Om een einde te maken aan – wat wordt genoemd – de ‘vrijblijvendheid’ van de code, dient (i) de Zorgbrede Governancecode ook te gelden voor zorginstellingen die niet zijn aangesloten bij de BoZ en (ii) het toezicht op de implementatie en naleving te worden verbeterd.²³

13. Eerste Kamer 2013-2014, 33 168, gewijzigd voorstel van wet van 1 juli 2014. Zie ook E. Plomp, Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg, *Ondernemingsrecht* 2014/146.
14. Normen die voor bestuurders en (interne) toezichthouders voortvloeien uit de Gedragscode voor de goede bestuurder van de Vereniging van Bestuurders in de Gezondheidszorg (‘NVZD’) resp. de Toolkit toezicht zorg van de Nederlandse Vereniging voor Toezichthouders in de Zorg (‘NVTZ’) blijven hierna buiten beschouwing.
15. Zie de VWS-brief 2013.
16. Zie de VWS-brief 2015, p. 2 en 3. Conform het advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013, ‘Een lastig gesprek’, en het advies van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, 19 december 2013, Garanties voor de Kwaliteit van Zorg.
17. Zie de VWS-brief 2015, p. 4 e.v.
18. Ambtelijk voorontwerp van de Wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen, gepubliceerd op 6 februari 2014. Tweede Kamer 2013-2014, 33 750, nr. 31. Zie P.J. Dortmund, Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, *Ondernemingsrecht* 2014/60. Zie ook G.J.C. Rensen, Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht, *WPNR* 8-15 augustus 2015/7072, p. 673 e.v.
19. Zie hoofdstuk 6 – Toepassing, onder 3, ZGc.
20. Art. 1.1 ZGc. Voor kleine zorginstellingen met minder dan tien ‘zorggerelateerde’ personeelsleden en een ‘zorgomzet’ van minder dan EUR 1.000.000 geldt onder bepaalde voorwaarden een dispensatieregeling. Zie art. 1.3 ZGc.
21. Zie de Inleiding, p. 7 ZGc. De BoZ is actief in de tweedelijns curatieve zorg (algemene en academische ziekenhuizen), de geestelijke gezondheidszorg, de langdurige zorg (verzorgingsstehuizen), de jeugdzorg, de gehandicaptenzorg, de thuiszorg en maatschappelijke ondersteuning. Zie het verslag van een schriftelijk overleg van 22 januari 2015, Tweede Kamer 2014-2015, 32 012, Governance in de zorgsector, nr. 24 (‘Verslag 2015’), p. 25.
22. Huisartsenposten, aanbieders van tandzorg, zelfstandige behandelcentra die verzekerde zorg aanbieden (‘ZBC’s’) en klinieken die niet verzekerde zorg aanbieden.
23. Zie de VWS-brief 2015, p. 4 en 5. Zie ook het Verslag 2015, p. 25 e.v.

2. Statutaire inrichting van de governance

2.1. Organisatiestructuur

Zoals opgemerkt, staat bij zorginstellingen de governance ten dienste van de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening. Zo verplicht de KWZ zorginstellingen onder meer om de zorgverlening op zodanige wijze te organiseren, en voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheid zorg te dragen, dat een en ander (redelijkerwijs) leidt tot een verantwoorde zorg.²⁴ De (eind)verantwoordelijkheid voor de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening ligt bij het bestuur. Het bestuur moet er voor zorg dragen – en de bedrijfsvoering zodanig inrichten – dat het over voldoende middelen beschikt om allen die binnen de zorginstelling zorg verlenen (de ‘zorgprofessional’) aan te sturen op het gebied van kwaliteit en veiligheid van zorg en dat het toezichthoudende orgaan voldoende mogelijkheden heeft om het bestuur te controleren en toezicht te houden. Meer concreet moet het bestuur er voor zorgen dat de zorgprofessional aan het bestuur verantwoording aflegt en het bestuur de zorgprofessional hierop kan aanspreken. Op naleving van de KWZ wordt toegezien door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (‘IGZ’).²⁵ Indien de Minister van VWS van oordeel is dat de organisatiestructuur van de zorginstelling in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van verantwoorde zorg, kan hij een schriftelijke aanwijzing opleggen, waarin gemotiveerd wordt aangegeven welke structurele maatregelen de zorginstelling moet treffen, en binnen welke termijn, om te voldoen aan een verantwoorde zorgverlening.²⁶

De KWZ bepaalt echter niet hoe de organisatiestructuur van een zorginstelling eruit moet zien.²⁷ Daarvoor moet worden gekeken naar andere wet- en regelgeving. Voor zorginstellingen die rechtspersoon zijn, geldt dat zij wat betreft hun organisatiestructuur in de eerste plaats zullen moeten voldoen aan de voorschriften ter zake in Boek 2 BW. Deze verplichten zorginstellingen die gekozen hebben voor de rechtsvorm van een nv/bv of coöperatie tot een duale bestuursstructuur, in die zin dat zij ten minste een bestuur en een algemene vergadering (van aandeelhouders respectievelijk leden) moeten hebben. Bij zowel de coöperatie als de nv/bv kunnen de statuten voorts voorzien in een raad van commissarissen.²⁸ Boek 2 BW kent aan ieder van deze organen eigen, autonome bevoegdheden toe.²⁹ Voor zorginstellingen met de rechtsvorm van een stichting schrijft Boek 2 BW enkel dwingend voor dat zij een bestuur heeft.³⁰ Ook bij de stichting kunnen de statuten voorts voorzien in een afzonderlijk toezichthoudend orgaan. Vaak aangeduid als raad van toezicht.³¹ Een concrete wettelijke grondslag hiervoor ontbreekt thans nog bij de stichting (en vereniging).³² Deze komt er op grond van art. 2:292a BW in het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. In een wettelijke grondslag voor een monistisch bestuursmodel wordt bij de stichting (evenals bij de vereniging) echter niet voorzien.³³

Boek 2 BW stelt toezicht in de vorm van een afzonderlijk toezichthoudend orgaan of niet-uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuursorgaan in beginsel niet verplicht.³⁴ Een afzonderlijk toezichthoudend orgaan wordt echter wel verplicht gesteld op grond van de WTZi en het Uitvoeringsbesluit

24. Art. 3 KWZ. Onder ‘verantwoorde zorg’ wordt in de KWZ verstaan: zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt, en waarbij zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hen geldende professionele standaard (art. 2 leden 1 en 2 KWZ). In de Zorgbrede Governancecode wordt onder ‘verantwoorde zorg’ verstaan “cliëntgerichte, veilige en betaalbare zorg die geleverd wordt via een doelmatige en transparante bedrijfsvoering” (art. 2.1.1). In het wetsvoorstel Wkkgz wordt gesproken over ‘goede zorg’, zorg van goede kwaliteit en van goed niveau (art. 2 lid 2 sub c).
25. Art. 7 KWZ.
26. Art. 8a lid 1 KWZ. De minister kan een last onder bestuursdwang opleggen indien in strijd wordt gehandeld met de aanwijzing (art. 10 KWZ).
27. Zie ook par. 4.3 (p. 11) in de MvT bij de KWZ, Tweede Kamer 1993-1994, 23 633, nr. 3.
28. Art. 2:57 BW, art. 2:140 BW en art. 2:250 BW. Voor de coöperatie, nv of bv die onder de ‘structuurregeling’ valt is een raad van commissarissen verplicht (art. 2:63c, 154 resp. 264 BW).
29. In plaats van een afzonderlijke raad van commissarissen (dualistisch bestuursmodel) kunnen de statuten ook voorzien in één bestuursorgaan, bestaande uit zowel uitvoerende bestuurders als niet-uitvoerende bestuurders (monistisch bestuursmodel). Zie voor de nv/bv de art. 2:129a resp. 239a BW (voor de ‘structuurplichtige’ nv/bv de art. 2:164a resp. 274a BW). Voor de coöperatie is het monistische bestuursmodel niet wettelijk geregeld.
30. Binnen het bestuur wordt dan vaak de bestuurstaak gesplitst conform een zogenoemd ‘raad van beheer model’ of een ‘bestuur/directie model’. Zie hierover Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Kluwer 2013, par. 8.2.4 en 8.2.5; C.H.C. Overes, De stichting en governance: bestuur en toezicht, in: De Stichting – Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm, Sdu, Den Haag 2011, p. 61 e.v.
31. In plaats van raad van commissarissen of raad van toezicht wordt hierna gesproken over ‘toezichthoudend orgaan’.
32. P.J. Dortmund, *Ondernemingsrecht* 2014/60, p. 299, ziet een voldoende wettelijke grondslag in de art. 2:297a en 297b BW over het maximum aan nevenfuncties van bestuurders en toezichthouders bij ‘grote’ stichtingen.
33. Blijkens de MvT (par. 3.1, p. 3) bij het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen bleek uit de internetconsultatie over dit voorontwerp dat er in de praktijk geen behoefte bestaat aan een monistisch bestuursmodel voor de stichting en vereniging.
34. Tenzij de coöperatie, nv of bv ‘structuurplichtig’ is. Zie de art. 2:63b, 153 resp. 263 BW.

WTZi voor bepaalde zorginstellingen die zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt uit hoofde van de Wet langdurige zorg ('Wlz') of (een zorgverzekering als bedoeld in) de Zorgverzekeringswet ('Zvw').³⁵ De WTZi bepaalt dat deze zorginstellingen deze zorg alleen mogen verlenen als zij een toelating hebben verkregen van de Minister van VWS.³⁶ De minister verleent deze toelating indien een zorginstelling onder meer voldoet aan bepaalde, in het Uitvoeringsbesluit WTZi geformuleerde voorwaarden betreffende de bestuursstructuur en de bedrijfsvoering.³⁷ Deze voorwaarden gelden ongeacht de rechtsvorm van de zorginstelling.³⁸ Voorwaarden aan de bestuursstructuur worden alleen gesteld ten aanzien van bepaalde in art. 2.1 lid 4 Uitvoeringsbesluit WTZi bedoelde zorginstellingen. Het gaat dan om (a) instellingen voor medisch specialistische zorg, persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding en behandeling anders dan voor een psychiatrische aandoening, met uitzondering van academische ziekenhuizen alsmede (b) overige instellingen die een onderneming in stand houden waarin in de regel meer dan 50 werknemers werkzaam zijn. Voor deze zorginstellingen geldt onder meer dat er een afzonderlijk toezichthoudend orgaan dient te zijn ingesteld dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de zorginstelling en dat deze leiding met raad ter zijde staat.³⁹ Wat de bedrijfsvoering betreft, geldt voor alle zorginstellingen die zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt uit hoofde van de Wlz of Zvw⁴⁰, dat zij onder meer schriftelijk en inzichtelijk hebben vastgelegd hoe de zorgverlening georganiseerd wordt, van welke andere organisatorische verbanden daarbij gebruik wordt gemaakt en wat de aard is van de relaties met die andere verbanden, waaronder begrepen verantwoordelijkheden, taken en beslissingsbevoegdheden.⁴¹ Bij het besluit omtrent toelating wordt onder meer getoetst of de statuten van de zorginstelling voldoen aan de eisen van de wet. Na de toelating als zorginstelling is er geen externe of interne goedkeuring van een statutenwijziging voorgeschreven. Wel zijn er plannen die de zorginstelling verplichten om substantiële wijzigingen in de statuten (zoals de doelstelling of het interne toezicht) te melden bij het Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg ('CIBG').⁴² Ook zullen de statuten nadien aan governance normen worden getoetst door de IGZ en door zorgverzekeraars (zie hierna, par. 3).

Daarnaast verplicht ook de Zorgbrede Governancecode – op basis van het 'pas toe of leg uit-principe' – tot het instellen van een afzonderlijk toezichthoudend orgaan (hoofdstuk 4), naast een raad van bestuur (hoofdstuk 3). Voor zorginstellingen die de rechtsvorm van een nv, bv, vereniging, coöperatie of personenvennootschap hebben, geeft de Zorgbrede Governancecode ook voorschriften omtrent bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden van een algemene vergadering (hoofdstuk 5).

2.2. *Taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden*

Ook wat de te onderscheiden taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het bestuur, het toezichthoudend orgaan en – indien aanwezig – de algemene vergadering betreft, zal in eerste instantie te rade moeten worden gegaan bij de relevante bepalingen in Boek 2 BW. De Zorgbrede Governancecode kleurt deze nader in voor zorginstellingen. Zo omvat de bestuurstaak binnen een zorginstelling uitdrukkelijk mede de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de instelling, de strategie, het beleid, de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en de kwaliteit en veiligheid van de zorg (art. 3.1.1). Ook valt onder deze bestuurstaak het beheersen van de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorginstelling en haar financiering (art. 3.1.3).

De taak van het toezichthoudende orgaan wordt in de Zorgbrede Governancecode nader geconcretiseerd aan de hand van een niet-limitatieve opsomming van onderwerpen waarop het toezicht ziet (art. 4.1.1). Ook worden besluiten opgesomd waarvoor het bestuur de goedkeuring van het toezichthoudende orgaan behoeft, zoals besluiten omtrent vaststelling van de begroting, jaarrekening en winstbestemming alsmede (strategische) beleidsplannen en het beleid voor de dialoog met belanghebbenden (art. 4.1.2). Op grond van de (toekomstige) Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg krijgt het toezichthoudende orgaan bij een zorginstelling-nv/bv/coöperatie die medisch-specialistische zorg aanbiedt een adviesrecht ten aanzien van ieder voornemen tot het

35. Het gaat dan om instellingen voor persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding, behandeling, medisch specialistische zorg, audiologische centra en trombosediensdiensten. Zie art. 1.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

36. Art. 5 lid 1 WTZi.

37. Art. 9 lid 1 sub b WTZi.

38. Er wordt aangeknoopt bij het begrip 'organisatorisch verband'. Zorginstellingen die rechtspersoon zijn, dienen de verlangde bestuursstructuur vast te leggen in hun statuten. Zorginstellingen die geen rechtspersoon zijn, leggen dit anderszins schriftelijk vast. Art. 6.1 sub 2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

39. Art. 6.1 sub 1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Ook de WTZi c.q. het Uitvoeringsbesluit WTZi gaat derhalve expliciet uit van een dualistische bestuursstructuur. Beide regelingen bieden geen regels voor een monistisch bestuursmodel.

40. Derhalve niet uitsluitend de in art. 2.1 lid 4 Uitvoeringsbesluit WTZi bedoelde zorginstellingen waaraan eisen betreffende hun bestuursstructuur worden gesteld.

41. Art. 6.4 sub 1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Ook moeten zij schriftelijk hebben vastgelegd welke organen welke bevoegdheden hebben ten aanzien van welk onderdeel of aspect van de bedrijfsvoering (art. 6.3 Uitvoeringsbesluit WTZi) en moeten zij de activiteiten waarvoor de toelating geldt in ieder geval financieel hebben onderscheiden van haar andere activiteiten (art. 6.4 sub 2 Uitvoeringsbesluit WTZi).

42. Zie de VWS-brief 2015, p. 6.

uitkeren van winst.⁴³ Het toezichthoudende orgaan dient daarbij te toetsen of de zorginstelling na de winstuitkering blijvend aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen.⁴⁴ Daarnaast wordt in de Zorgbrede Governancecode aan het toezichthoudende orgaan uitdrukkelijk de ‘werkgeversrol’ toegekend ten opzichte van het bestuur. Het toezichthoudende orgaan is verantwoordelijk voor benoeming, schorsing en ontslag van de bestuurders, de evaluatie van hun functioneren, het verlenen van decharge, het vaststellen van een maatschappelijk passende beloning, de contractduur, de rechtspositie en andere arbeidsvoorwaarden van de bestuursleden.⁴⁵ Op die wijze dient het toezichthoudende orgaan er voor zorg te dragen dat de zorginstelling is voorzien van een capabel bestuur (art. 4.1.1). Voorts ‘dwingt’ de Zorgbrede Governancecode het toezichthoudende orgaan tot overleg met het bestuur. In ieder geval één keer per jaar over de strategie en de belangrijkste risico’s voor de zorginstelling (art. 4.1.1). Ook dient het toezichthoudende orgaan één keer per jaar functioneringsgesprekken te voeren met individuele bestuurders (art. 4.1.4) en met het bestuur een evaluatiegesprek te voeren over het wederzijds functioneren van beide organen op zich en in relatie tot elkaar (art. 4.1.7).⁴⁶

De in art. 2.1 lid 4 Uitvoeringsbesluit WTZi bedoelde zorginstellingen zijn verplicht om de verdeling van verantwoordelijkheden tussen het toezichthoudende orgaan en het bestuur inzichtelijk vast te leggen.⁴⁷ Ook dienen zij de wijze waarop interne conflicten tussen beide organen worden geregeld op inzichtelijke wijze vast te leggen. Voor alle zorginstellingen die zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt uit hoofde van de Wlz of Zvw, geldt dat zij wat betreft hun bedrijfsvoering schriftelijk hebben vastgelegd welke organen welke bevoegdheden hebben ten aanzien van welk onderdeel of aspect van de bedrijfsvoering.⁴⁸

Waar het gaat om het aanscherpen van verantwoordelijkheden over en weer van bestuurders en toezichthouders (als speerpunt van beleid), wordt door de Minister en Staatssecretaris van VWS van bestuurders en toezichthouders verwacht dat zij hun onderlinge verantwoordelijkheden uitdrukkelijk, en scherper dan thans vaak het geval is, in hun statuten vastleggen en dat zij hun samenwerking jaarlijks evalueren. Het gaat er niet zozeer om dat de onderlinge taakverdeling tussen bestuur en toezichthoudend orgaan gedetailleerd wordt uitgewerkt, maar dat deze zodanig wordt vastgelegd dat zij in het kader van de jaarlijkse evaluatie van hun samenwerking⁴⁹ een kritisch gesprek aangaan over het functioneren van en binnen de zorginstelling.⁵⁰

Indien de zorginstelling een algemene vergadering heeft, worden haar in Boek 2 BW tal van dwingend wettelijke bevoegdheden toegekend. Ook de Zorgbrede Governancecode kent de algemene vergade-

ring expliciet bevoegdheden toe. Op grond van de code dient de algemene vergadering zo binnen de zorginstelling te worden gepositioneerd, en een zodanige invloed uit te kunnen oefenen op het beleid, dat zij “een volwaardige rol speelt in het systeem van ‘checks and balances’ binnen de zorginstelling” (art. 5.1.3). De Zorgbrede Governancecode somt enkele kernbevoegdheden op die ten minste aan de algemene vergadering toekomen⁵¹ en bepaalt voorts dat de algemene vergadering de structuur en statutaire inrichting van de zorginstelling, en de rechten en verplichtingen van de individuele leden, vaststelt (art. 5.1.1). Ook moet zij om goedkeuring worden gevraagd bij bestuursbesluiten die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de zorginstelling als maatschappelijke onderneming tot gevolg hebben (art. 5.1.4).⁵²

2.3. Samenstelling bestuur en toezichthoudend orgaan

2.3.1. Bestuur

Anders dan bij het toezichthoudend orgaan, worden er in wet- en regelgeving niet of nauwelijks voorwaarden gesteld aan de samenstelling van het bestuur.⁵³ Het wordt in beginsel aan het ‘benoemende orgaan’ overgelaten om door uitoefening van het recht tot benoeming en ontslag invloed uit te oefenen op de omvang en samenstelling van het bestuur. Bij zorginstellingen die de rechtsvorm van een coöperatie, nv of bv hebben, worden de bestuurders in beginsel benoemd door de algemene vergadering.⁵⁴ De algemene vergadering schorst en ontslaat de bestuurders dan ook.⁵⁵ Bij de stichting laat Boek 2

43. Dit geldt niet voor aanbieders van intramurale AWBZ-zorg en voor academische ziekenhuizen waarvoor het verbod op winsttoegerek (art. 5 lid 2 WTZi) blijft gelden. Zie de art. 16 b en 16c lid 2 zoals die in de WTZi zullen worden opgenomen.
44. Dit zal worden vastgelegd in een nieuw art. 16e lid 1 in de WTZi. Een afwijking van het advies zal door het bestuur moeten worden gemotiveerd. Zie Tweede Kamer 2011-2102, 33 168, nr. 3 MvT, par. 3.2.4.2.
45. Tenzij deze bevoegdheid bij de algemene vergadering berust. Art. 3.2.2 ZGc. Art. 2:153 en 245 BW voor de nv/bv.
46. Het toezichthoudende orgaan evalueert ook jaarlijks zijn eigen functioneren en informeert het bestuur over de uitkomsten hiervan (art. 4.1.6 ZGc).
47. Op grond van de WTZi en art. 6.1 sub 1 van het Uitvoeringsbesluit WTZi. Vastlegging kan plaatsvinden in de statuten en/of reglementen.
48. Art. 6.3 Uitvoeringsbesluit WTZi.
49. Art. 4.1.7 ZGc.
50. Zie de VWS-brief 2015, p. 4.
51. Bevoegdheden die reeds in Boek 2 BW aan de algemene vergadering zijn toegekend.
52. Vergelijk art. 2:107a BW voor de nv.
53. Gedacht zou kunnen worden aan de art. 2:166 en 276 BW op grond waarvan er binnen het bestuur (en de toezichthoudend orgaan) bij ‘grote’ nv’s en bv’s sprake moet zijn van een evenwichtige verdeling van zetels tussen mannen en vrouwen (gestreefd zou moeten worden naar ten minste 30% vrouwen en ten minste 30% mannen). Deze artikelen zullen echter op 1 januari 2016 vervallen.
54. Art. 2:37, 132 resp. 242 BW. Zie ook art. 5.1.1 ZGc.
55. Art. 2:37 lid 6, 134 resp. 244 BW. Zie ook art. 5.1.1 ZGc.

BW de benoeming, schorsing en het ontslag van bestuurders over aan de statuten (art. 2:286 lid 4 sub c BW).⁵⁶ De Zorgbrede Governancecode legt deze bevoegdheid neer bij het toezichthoudend orgaan (art. 3.2.2).

Nieuw is in dit opzicht dan ook dat de Minister en Staatssecretaris van VWS hebben laten weten dat er in het bestuur van een zorginstelling ten minste één bestuurder moet worden benoemd die specifiek verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de zorgverlening binnen de zorginstelling. Deze voorwaarde aan de samenstelling van het bestuur zou in de Zorgbrede Governancecode moeten worden vastgelegd.⁵⁷ Weliswaar blijven kwaliteit en veiligheid een collectieve verantwoordelijkheid van alle bestuurders, maar de aanwijzing van één bestuurder die de portefeuille kwaliteit heeft, biedt cliënten, zorgverzekeraars en de IGZ een “duidelijk aanspreekpunt binnen het bestuur”, aldus de minister.⁵⁸

Verder heeft de algemene vergadering of het toezichthoudend orgaan bij de benoeming van bestuurders rekening te houden met beperkingen die in wet- en regelgeving of in de statuten aan de benoembaarheid van bestuurders worden gesteld, alsook met beperkingen die voortvloeien uit functie-eisen en profielschetsen. Zo geldt op grond van de wet voor zogenoemde ‘grote’ nv’s, bv’s en stichtingen dat een persoon daar niet tot bestuurder kan worden benoemd, indien hij al commissaris of niet uitvoerend bestuurder is bij twee of meer andere ‘grote’ nv’s, bv’s of stichtingen dan wel voorzitter is van een toezichthoudend orgaan of ‘one-tier board’ bij een andere ‘grote’ nv, bv of stichting.⁵⁹ De Zorgbrede Governancecode bepaalt verder uitdrukkelijk dat een lid van het toezichthoudend orgaan – vanzelfsprekend – niet ook tegelijkertijd lid kan zijn van het bestuur (art. 3.3.2), maar ook dat een voormalig lid van het toezichthoudend orgaan gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn functie niet benoembaar is tot lid van het bestuur (art. 3.2.3). Teneinde elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling en/of belangenverstrengeling te vermijden, is voorts bepaald dat een lid van het bestuur niet ook tegelijkertijd lid kan zijn van het toezichthoudend orgaan van een andere, vergelijkbare zorginstelling binnen het verzorgingsgebied van de eigen zorginstelling, tenzij de betreffende instelling als groeps- of dochtermaatschappij dan wel anderszins nauw verbonden is (art. 3.3.2). Volgens de Minister en Staatssecretaris van VWS dient in de Zorgbrede Governancecode te worden vastgelegd dat het toezichthoudend orgaan een ‘vergewisplicht’ heeft bij de benoeming van een bestuurder, in die zin dat het moet nagaan of de beoogd bestuurder geschikt is om de functie uit te oefenen.⁶⁰ Bij de benoeming van een bestuurder, dient het toezichthoudend orgaan zich te vergewissen van de integriteit en het (recente) verleden van de betreffende bestuurder. Beoordeeld moet worden

of de betrokken kandidaat, mede gelet op profielschetsen en functie-eisen, over voldoende kennis, ervaring, vaardigheden, achtergrond en kwalificaties beschikt die nodig zijn voor de functie. Ook moet worden beoordeeld of de kandidaat integer en van onbesproken gedrag is. Het toezichthoudend orgaan kan daarbij een verklaring omtrent gedrag verlangen, maar bestuurders zullen daartoe niet wettelijk worden verplicht.⁶¹ Het toezichthoudend orgaan kan in dat kader ook een register raadplegen waarin geaccrediteerde bestuurders en toezichthouders zijn opgenomen.⁶²

In de statuten kunnen voorts kwaliteitseisen worden gesteld waaraan bestuurders moeten voldoen, willen zij benoemd kunnen worden.⁶³ Ook kunnen de statuten bij de benoeming van bestuurders bindende voordrachtrechten toekennen aan een ander orgaan of aan derden.⁶⁴ Hier is van belang dat de WMCZ zorginstellingen (die kwalificeren als een privaatrechtelijke rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW) verplicht om in hun statuten een regeling op te nemen die waarborgt dat cliënten van de zorginstelling invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur. Deze regeling dient ten minste in te houden dat één bestuurslid wordt benoemd op bindende voordracht van de cliëntenraad, tenzij deze van de mogelijkheid een voordracht te doen geen gebruik heeft gemaakt (art. 7 lid 1 WMCZ).⁶⁵ Het hiervoor bepaalde is echter niet van toepassing indien het bestuur bestaat uit één of meer personen die deze functie uitoefent of uitoefenen op grond van een arbeidsrelatie waaraan een geldelijke beloning is verbonden. In dat geval is het eerste lid van overeenkomstige toepassing op de samenstelling van het orgaan dat is belast met het toezicht op of goedkeuring van besluiten van het bestuur (art. 7 lid 2 WMCZ).

56. Zie echter de art. 2:298 en 299 BW.

57. Zie de VWS-brief 2015, p. 4. Zie ook de VWS-brief 2013, p. 5.

58. Verslag 2015, p. 41.

59. Art. 2:132a, 2:242a resp. 297a BW.

60. Zie de VWS-brief 2015, p. 4. Ik veronderstel dat het de bedoeling is dat het toezichthoudend orgaan deze vergewisplicht ook heeft, indien de benoemingsbevoegdheid bij de algemene vergadering ligt.

61. Verslag 2015, p. 38.

62. Een verplichting tot accreditatie, en tot opname van geaccrediteerde bestuurders en toezichthouders in een register, zou ook opgenomen moeten worden in de Zorgbrede Governancecode.

63. Zie voor de nv en bv de art. 2:132 lid 2 resp. 242 lid 2 BW. Bijvoorbeeld het zijn van arts, al dan niet met een bepaald specialisme.

64. Zie voor de nv en bv art. 2:133 resp. 243 BW.

65. Voor nv’s en bv’s geldt dat het bindende karakter aan een voordracht kan worden ontnomen door een besluit van de algemene vergadering genomen met 2/3 van de uitgebrachte stemmen welke meer dan 50% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (art. 2:133 lid 2 resp. 243 lid 2 BW).

2.3.2. Toezichthoudend orgaan

De leden van het toezichthoudende orgaan worden in beginsel benoemd door de algemene vergadering.⁶⁶ Bij de 'zorgstichting' ligt deze bevoegdheid bij het toezichthoudende orgaan zelf. Art. 4.2.1 Zorgbrede Governancecode bepaalt dat het toezichthoudende orgaan verantwoordelijk is voor benoeming, schorsing en ontslag, het verlenen van decharge en het vaststellen van de honorering van zijn leden, tenzij deze bevoegdheid bij de algemene vergadering berust. Ook bij de benoeming van commissarissen kunnen de statuten bindende voordrachtrechten toekennen aan bijvoorbeeld een ander orgaan (niet het bestuur) of aan derden.⁶⁷ Zoals hiervoor werd opgemerkt, dienen de statuten aan de cliëntenraad (ten minste) een bindend voordrachtrecht toe te kennen bij de benoeming van één lid van het toezichthoudende orgaan, in het geval dit recht niet kan worden uitgeoefend ten aanzien van de benoeming van een (bezoldigde) bestuurder (art. 7 lid 2 WMCZ). Bij een eventuele herbenoeming geldt dat een lid van het toezichthoudende orgaan maximaal tweemaal voor een periode van vier jaar zitting kan hebben in het toezichthoudende orgaan (art. 4.2.7 ZGc). De algemene vergadering c.q. het toezichthoudende orgaan zijn als 'benoemende organen' eveneens bevoegd om commissarissen te schorsen en te ontslaan.⁶⁸ Op grond van art. 4.2.9 ZGc dienen de gronden voor schorsing of ontslag van de leden van het toezichthoudende orgaan, welke meerderheid van stemmen hiervoor vereist is en welke eventueel te hanteren procedures worden gevolgd, in de statuten te worden vastgelegd.

Wat betreft de samenstelling van het toezichthoudende orgaan bepaalt de Zorgbrede Governancecode dat deze zodanig moet zijn dat het toezichthoudende orgaan zijn taak naar behoren kan vervullen (art. 4.2.2). Een behoorlijke taakvervulling brengt onder meer mee dat het aantal bestuurlijke of toezichthoudende functies van een lid van het toezichthoudende orgaan zodanig beperkt dient te zijn dat een goede taakvervulling door ieder van zijn leden gewaarborgd is (art. 4.2.6).⁶⁹ Voor zorginstellingen die als 'grote' nv, bv of stichting in de zin van art. 2:142a, 252a en 297b BW kwalificeren, geldt dwingend dat een persoon daar niet tot commissaris of niet-uitvoerend bestuurder kan worden benoemd, indien hij al commissaris of niet-uitvoerend bestuurder is bij ten minste vijf andere 'grote' nv's, bv's of stichtingen, waarbij het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan c.q. one-tier board dubbel telt.

Mede aan de hand van een profielschets⁷⁰ van het toezichthoudende orgaan dient te worden gelet op een bepaalde spreiding naar leeftijd en een verdeling van functies tussen mannen en vrouwen en op basis van diversiteit in deskundigheid, sociale, culturele, bedrijfsmatige en zorgachtergrond.⁷¹ Wat de deskundigheid van de leden van het toezichthoudende

orgaan betreft, geldt in het algemeen voor ieder lid dat deze geschikt moet zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Daarnaast moet ieder lid beschikken over de specifieke deskundigheid die nodig is voor zijn specifieke taak binnen zijn rol in het kader van de profielschets van het toezichthoudende orgaan (art. 4.2.3).⁷² Ten minste één lid dient te beschikken over de voor de zorginstelling relevante kennis en ervaring in de zorg (art. 4.2.5).⁷³

Voorts is van groot belang dat het toezichthoudende orgaan zodanig dient te worden samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Dit vloeit op zich al voort uit de richtsnoer dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak (hebben te) richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming/organisatie.⁷⁴ Voor de in art. 2.1 lid 4 Uitvoeringsbesluit WTZi bedoelde zorginstellingen (die zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt o.g.v. de Wlz of Zvw) is deze regel uitdrukkelijk vastgelegd in art. 6.1 lid 1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Deze norm zal ook uitdrukkelijk gelden voor zorgaanbieders die medisch-specialistische zorg verlenen, ook waar art. 16e lid 2 van de Wet vergroten investeringsmogelijkheden bepaalt dat het toezichthoudende orgaan voor ten hoogste de helft bestaat uit aandeelhouders en personen die aandeelhouders vertegenwoordigen.⁷⁵ Zie in dit verband ook art. 4.4.1 ZGc. In aanvulling hierop bepaalt art. 4.4.2 ZGc dat leden van het toezichthoudende orgaan die op voordracht, of door anderen dan het toezichthoudende orgaan of de algemene vergadering dienen te worden benoemd, onafhankelijk zijn. De leden van

66. Zie voor de coöperatie, nv en bv de art. 2:57a jo. 37, 142 lid 1 resp. 252 lid 1 BW. Zie voor de bv echter ook de art. 2:143 en 253 BW. Bij toepassing van het structuurregime wordt verwezen naar de art. 2:63f, 158 resp. 268 BW (en de art. 2:164a en 274a BW voor de one-tier board bij de structuurplichtige nv en bv).

67. Zie voor de nv en bv de art. 2:142 lid 2 resp. 252 lid 2 BW.

68. Zie voor de coöperatie, nv en bv de art. 2: 57a jo. 37, 144 resp. 254 BW. Zie ook art. 4.2.1 ZGc.

69. Een dergelijke bepaling ontbreekt voor de leden van het bestuur. Blijkens de toelichting bij art. 4.2.6 wordt geadviseerd om de norm in de Nederlandse Corporate Governance Code – het aantal commissariaten bedraagt niet meer dan vijf, waarbij het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt (best practice bepaling III.3.4) – zoveel mogelijk naar analogie toe te passen.

70. Zie art. 4.2.8 ZGc.

71. Zie de toelichting op art. 4.2.2, p. 50 ZGc.

72. Art. 4.2.4 ZGc geeft regels over een introductie- of scholingsprogramma en over periodieke bij- en nascholing.

73. In verband met de onafhankelijkheid van het toezichthoudende orgaan dient daarbij te worden gelet op het bepaalde in art. 4.4, in het bijzonder de art. 4.4.4 en 4.4.5.

74. Zie voor de nv/bv art. 2:140/250 lid 2 BW. Zie voor de coöperatie art. 2:57 lid 2 BW. Ook voor de stichting en vereniging zal dit wettelijk worden vastgelegd door aanpassing van art. 2:9 lid 1 BW op grond van de wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

75. Zie de toelichting bij dit artikel: Tweede Kamer 2011-2012, 33 168, nr. 3, p. 48.

het toezichthoudend orgaan vervullen hun functie zonder last of ruggespraak en zonder een deelbelang te laten prevaleren. Van onafhankelijkheid is bijvoorbeeld geen sprake indien een lid van het toezichthoudend orgaan tegelijkertijd ook lid is van het bestuur. Art. 6.1 sub 1 Uitvoeringsbesluit WTZi verklaart beide functies uitdrukkelijk onverenigbaar voor de in art. 2.1 lid 4 Uitvoeringsbesluit WTZi bedoelde zorginstellingen. De Zorgbrede Governancecode gaat hier aanzienlijk verder. Niet alleen verbiedt de code dat de leden van het toezichthoudende orgaan bestuurstaken verrichten (art. 4.4.3)⁷⁶, zij schrijft ook voor dat voormalige bestuurders en werknemers gedurende een periode van drie jaren na het einde van hun functie respectievelijk arbeids- of toelatingsovereenkomst niet tot lid van het toezichthoudende orgaan kunnen worden benoemd (art. 4.4.5). Ook kan een lid van het toezichthoudende orgaan niet tegelijkertijd lid van het bestuur of het toezichthoudende orgaan bij een andere, vergelijkbare zorginstelling binnen het verzorgingsgebied van de eigen zorginstelling zijn, tenzij de betreffende instelling als groeps- of dochtermaatschappij dan wel anderszins nauw verbonden is (art. 4.4.4).⁷⁷ Door het stellen van statutaire kwaliteitseisen kan de onafhankelijkheid van het toezichthoudende orgaan (nader) worden geregeld.⁷⁸

2.4. Tegenstrijdig belang

Voor het bestuur en het toezichthoudend orgaan geldt als richtsnoer dat zij zich bij de vervulling van hun taken dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met deze verbonden organisatie.⁷⁹ De art. 3.1.2 en 4.1.3 van de Zorgbrede Governancecode formuleren het zo dat zij zich bij de vervulling van hun onderscheiden taken richten naar het belang van de zorginstelling als maatschappelijke onderneming en daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorginstelling betrokken belanghebbenden afwegen.

Indien zich een kwestie voordoet waarbij de bestuurder of commissaris een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de zorginstelling, geldt voor zorginstellingen met de rechtsvorm van een nv of bv dat hij of zij in dat geval niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over die kwestie. Indien daardoor geen besluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door het toezichthoudend orgaan of – bij ontbreken hiervan – door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.⁸⁰ Voor de coöperatie geldt voorts nog dat de algemene vergadering alsdan één of meer personen kan aanwijzen om de coöperatie te vertegenwoordigen.⁸¹ Bij de stichting ontbreekt op dit moment nog een wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang. Daar zal verandering in komen op grond van het ontwerpvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Ook voor de stichting en de vereniging, en daarmee de coöperatie, zal in de hiervoor bedoelde tegenstrijdig belang-

situaties gelden dat de betreffende bestuurder(s) of commissaris(sen) zich moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming.⁸² Voor de stichting zal voorts nog worden bepaald dat indien zich ten aanzien van alle leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang voordoet, het toezichthoudend orgaan de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk dient vast te leggen, tenzij de statuten anders bepalen.⁸³

In de hiervoor bedoelde tegenstrijdig belanggevallen gaat het om een persoonlijk materieel, concreet tegenstrijdig belang.⁸⁴ De regeling inzake belangenverstremgeling in de Zorgbrede Governancecode heeft in zoverre een ruimere strekking dat is bepaald dat niet alleen elke vorm maar ook reeds iedere schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen een bestuurder of lid van het toezichthoudend orgaan en de zorginstelling moet worden vermeden (art. 3.3.1 en 4.5.1). Voor zover er sprake is van een persoonlijk materieel, concreet tegenstrijdig belang zal de besluitvormingsregeling in de wet moeten worden gevolgd. In het geval dat wordt besloten tot het aangaan van een transactie waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of leden van het toezichthoudende orgaan spelen “die van materiële betekenis zijn” voor de zorginstelling en/of de betreffende commissaris, kan dan ook niet worden volstaan met het enkel ter goedkeuring voorleggen van het besluit aan het toezichthoudende orgaan, zoals in de art. 3.3.1 en 4.5.1 ZGc is bepaald. Indien het bestuur daardoor het besluit niet kan nemen, zal het besluit genomen moeten worden door het toezichthoudende orgaan.⁸⁵

76. Ook bij ontstentenis (of belet) van het bestuur. In dat geval dient op andere wijze in het bestuur te worden voorzien. Zie de toelichting bij art. 4.4.3, pag. 55 ZGc.

77. De in de art. 2:63h, 160 en 270 BW genoemde ‘incompatibiliteiten’ gelden niet voor coöperaties, nv’s resp. bv’s die niet onder de structuurregeling vallen.

78. Zie voor de nv en bv de art. 2:142 lid 1 resp. 252 lid 1 BW. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 509; M.J. Kroeze, Onafhankelijkheid van commissarissen, *Ondernemingsrecht* 2005, 82, p. 272-278.

79. Zie voor de nv en bv de art. 2:129 lid 5 en 239 lid 5 BW. Voor bestuurders en commissarissen bij een stichting, vereniging en coöperatie zal deze norm ook wettelijk worden vastgelegd in de art. 2:9 lid 1 en 9a lid 1 BW op grond van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

80. Zie de art. 2:129 lid 6 en 239 lid 6 BW.

81. Art. 2:53a jo. 47 BW.

82. Dit zal worden vastgelegd in art. 2:9 lid 3 BW (voor de bestuurder) en art. 2:9a lid 3 BW (voor de commissaris).

83. Dit zal op grond van het ontwerpvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen worden vastgelegd in art. 2:292a lid 5 BW. Bij de stichting bestaat immers niet de mogelijkheid om in dit geval de besluitvorming over te laten aan een algemene vergadering.

84. HR 29 juni 2006, *JOR* 2007/169 (Bruil).

85. Zie ook art. 4.5.2 ZGc op grond waarvan het toezichthoudende orgaan verantwoordelijk is voor de besluitvorming over het oplossen van zaken waarbij een belangenverstremgeling aan de orde kan zijn bij leden van het toezichthoudende orgaan, het bestuur, bij aandeelhouders en/of de externe accountants in relatie tot de zorginstelling.

2.5. Afleggen van verantwoording

Het bestuur en het toezichthoudende orgaan dienen over de wijze waarop zij hun onderscheiden taken vervullen verantwoording af te leggen. Vanuit Boek 2 BW geldt dat een zorginstelling die de rechtsvorm van een nv, bv of coöperatie heeft verantwoording dient af te leggen aan de algemene vergadering over het door het bestuur gevoerde beleid en het toezicht daarop door het toezichthoudende orgaan. Op grond van de Zorgbrede Governancecode meer in het bijzonder ook over de governancestructuur van de zorginstelling en de naleving van de code.⁸⁶ Het bestuur en het toezichthoudend orgaan leggen verantwoording af door jaarlijks een jaarrekening ten behoeve van de algemene vergadering op te maken en een jaarverslag uit te brengen.⁸⁷ Ook leggen zij bij een nv of bv verantwoording af aan de algemene vergadering waar zij wettelijk verplicht zijn om de algemene vergadering alle verlangde inlichtingen te verschaffen.⁸⁸

Op grond van de Zorgbrede Governancecode dient het bestuur bij een zorgstichting verantwoording af te leggen aan het toezichthoudend orgaan. Voor iedere zorginstelling geldt dat het bestuur het toezichthoudend orgaan tijdig alle informatie verschaft die deze nodig heeft om zijn taak goed uit te kunnen oefenen.⁸⁹ Afspraken daarover worden vastgelegd in een informatieprotocol (art. 3.1.4 ZGc).⁹⁰ Ook dient het bestuur verantwoording af te leggen aan het toezichthoudend orgaan door deze te informeren omtrent onder meer de realisatie van de doelstellingen, de strategie, het beleid, de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling, de kwaliteit en veiligheid van de zorg (art. 3.1.1 ZGc) en de interne risicobeheersings- en controlesystemen (art. 3.1.3 ZGc).⁹¹ Daarnaast geeft het bestuur het toezichthoudend orgaan op eerste verzoek inzicht in de door hem uitgeoefende nevenfuncties (art. 3.3.4).

Op grond van Boek 2 BW is de jaarrekening en het jaarverslag het document waarmee het bestuur en het toezichthoudend orgaan aan de algemene vergadering, maar ook – door deze stukken te publiceren – aan derden verantwoording afleggen over het gevoerde beleid en het toezicht daarop in het afgelopen boekjaar. Waar zorginstellingen – afhankelijk van het type instelling en/of de aard van de geboden zorg – op grond van sectorale wet- en regelgeving aan verschillende verslag- en verantwoordingsverplichtingen moeten voldoen, wordt er door VWS jaarlijks een model voor een zogenoemd Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording vastgesteld.⁹² Zorginstellingen die, kort gezegd, zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt op grond van de Wlz of de Zvw zijn verplicht om een zogenoemd Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording op te stellen (of in te vullen) en voor 1 juni van het jaar volgend op het verslagjaar in te dienen bij het ‘CIBG’.⁹³ Indien deze zorginstellingen dit op juiste wijze doen, hebben zij daarmee voldaan aan de verplichting om

- (i) een (geconsolideerde) jaarrekening op te maken en te publiceren (conform titel 2:9 BW);
- (ii) een kwaliteitsjaarverslag te publiceren (conform art. 5 KWZ);
- (iii) een verslag te publiceren waarin verantwoording wordt afgelegd over de wijze waarop cliëntenraden medezeggenschap is geboden (conform art. 8 WMCZ);
- (iv) een openbaar verslag te publiceren over de klachtenregeling en hoe is omgegaan met ingediende klachten (conform art. 2 lid 7 Wet klachtrecht cliënten zorgsector);
- (v) de beloning van bestuurders op te geven, voor zover deze boven de vastgestelde norm uitkomt (conform art. 4.1 Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi-publieke sector);
- (vi) gegevens over geleverde WTZi-zorg aan het CBS te verstrekken (conform art. 28 Wet op het Centraal bureau voor de statistiek).⁹⁴

Ook wordt alsdan voldaan aan de Zorgbrede Governancecode op grond waarvan het bestuur en toezichthoudende orgaan in het jaardocument verantwoording af moeten leggen over het door hen in het verslagjaar gevoerde beleid en het toezicht daarop, over de (totale) in dat jaar geleverde prestaties (art. 2.3.1), maar ook over het gevoerde beleid ten aanzien van de belanghebbenden (art. 2.3.4).⁹⁵

86. Zie de art. 5.3.1 en 5.3.3 ZGc. Elke substantiële verandering in de governancestructuur en de naleving van de code wordt als apart agendapunt aan de algemene vergadering voorgelegd (art. 5.3.6).

87. Zie de art. 2:58, 101 en 210 BW voor de coöperatie, nv resp. bv.

88. Tenzij een zwaarwichtig belang van de nv/bv zich daartegen verzet. Art. 2:107 lid 2 en 217 lid 2 BW. Voor de vereniging en coöperatie ontbreekt een dergelijke bepaling.

89. Zie ook de art. 2:141 lid 1 en 251 lid 1 BW voor de nv en bv.

90. Zie ook de art. 2:57 lid 8, 141 lid 1 en 251 lid 1 BW voor de coöperatie, nv resp. bv.

91. Zie ook de art. 2:241 lid 2 en 251 lid 2 BW voor de nv en bv.

92. Op grond van art. 8a van de Regeling verslaggeving WTZi.

93. Op grond van de WTZi, het Uitvoeringsbesluit WTZi, de Regeling verslaggeving WTZi en de handleiding planning & control van DJI van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Daarnaast heeft VWS vastgesteld dat ook instellingen die vallen onder de reikwijdte van de Wet normering topinkomens en instellingen die forensische zorg leveren zich via het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording moeten verantwoorden.

94. Zie het Modeljaardocument 'Jaarverantwoording zorginstellingen 2015' van het Ministerie van VWS; op www.jaarverslagenzorg.nl.

95. De zorginstelling dient een beleid te hebben voor de dialoog met belanghebbenden en ook vast te stellen wie dat zijn. Het gaat dan om samenwerkingsverbanden of organisaties die rechtstreeks bij haar beleid en maatschappelijke doelstelling betrokken zijn en als belanghebbenden binnen haar verzorgingsgebied actief zijn (art. 2.2.1). Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen interne belanghebbenden (zoals de cliëntenraad, de ondernemingsraad of de medische staf) en externe belanghebbenden (zoals gemeentes, externe toezichthouders (IGZ, NZa), VWS, patiëntenverenigingen of andere zorginstellingen).

In dat kader legt het bestuur ook vast op welke wijze en over welke onderwerpen het belanghebbenden informeert en/of raadpleegt. De in art. 2.2.2 ZGc genoemde onderwerpen dienen daarbij in ieder geval ter informatie en/of raadpleging aan belanghebbenden te worden voorgelegd.⁹⁶

Naast de hiervoor genoemde verantwoordingsplichten heeft het bestuur, althans de bestuurder in de zin van art. 1 lid 1 WOR, uit hoofde van de WOR een verantwoordingsplicht tegenover de ondernemingsraad.⁹⁷ Tot slot wijs ik hier nog op de regeling van het enquêterecht in het kader waarvan bestuurders en commissarissen zich ook verantwoorden tegenover aandeelhouders, maar ook vakorganisaties en cliëntenraden.

2.6. Medezeggenschap cliënten

De WMCZ verplicht een zorginstelling om voor elke door haar in stand gehouden instelling een zogenoemde cliëntenraad in te stellen die binnen het kader van de doelstellingen van de instelling in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten behartigt.⁹⁸ De zorginstelling dient onder meer de omvang van de cliëntenraad, de wijze van benoeming en zittingsduur schriftelijk vast te leggen.⁹⁹ In art. 3 lid 1 WMCZ wordt een opsomming gegeven van voorgenomen besluiten waarvoor de cliëntenraad tijdig tevoren om advies moet worden gevraagd.¹⁰⁰ Verder is de cliëntenraad bevoegd om het bestuur ook ongevraagd te adviseren over de in art. 3 lid 1 genoemde onderwerpen, maar ook andere onderwerpen die voor de cliënten van belang zijn.¹⁰¹ De Minister en Staatssecretaris van VWS hebben aangekondigd dat cliëntenraden wat onderwerpen betreft die de directe leefomgeving van cliënten raken een 'instemmingsrecht' krijgen, in die zin dat het bestuur alleen nog van het advies van de cliëntenraad kan afwijken als daarvoor zwaarwegende argumenten worden aangevoerd en dit goed gemotiveerd gebeurt.¹⁰²

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, dient de cliëntenraad voorts via een statutaire regeling invloed te krijgen op de samenstelling van het bestuur van de zorginstelling.¹⁰³ Deze regeling dient ten minste in te houden dat de cliëntenraad bevoegd is een bindende voordracht te doen voor de benoeming van één bestuurder. Kent het bestuur bezoldigde bestuursleden dan geldt dit bindende voordrachtrecht ten aanzien van de benoeming van één lid van het toezichthoudende orgaan.¹⁰⁴

Daarnaast moet de cliëntenraad in de statuten de bevoegdheid worden toegekend om bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam een verzoek te doen om een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van de zorginstelling (enquête) (art. 2.2.3 ZGc).¹⁰⁵ Deze verplichting is op dit moment alleen wettelijk vastgelegd voor zorginstellingen met de rechtsvorm van een stichting of

vereniging, die een onderneming in stand houden waarvoor op grond van de wet een ondernemingsraad (OR) moet worden ingesteld en die zorg verlenen die voor vergoeding in aanmerking komt uit hoofde van de Wlz of de Zvw.¹⁰⁶ De Minister en Staatssecretaris van VWS hebben echter aangekondigd dat het enquêterecht zal gelden voor cliëntenraden van alle zorginstellingen, ongeacht hun rechtsvorm en dat dit recht niet statutair mag worden beperkt.¹⁰⁷

3. Extern toezicht

De IGZ ziet toe op de kwaliteit, veiligheid en continuïteit van de zorgverlening en daarbij ook op de naleving van onder meer de KWZ en de Zorgbrede Governancecode. De Minister en Staatssecretaris van VWS hebben laten weten dat de IGZ 'goed bestuur' en de normen van de Zorgbrede Governancecode nog meer (dan zij nu al doet) "als sectorbrede veldnorm" zal betrekken bij haar reguliere toezicht op zorginstellingen.¹⁰⁸ Ook waar het 'nieuwe toe-

96. Het gaat daarbij onder andere om de hoofdlijnen van het strategische beleid, besluiten tot fusie, het verbreken van een duurzame samenwerking, opheffing of inkrimping van de werkzaamheden en de kwaliteit van de zorgverlening.
97. Met name op grond van de art. 23, 24 en 31 e.v. WOR.
98. Art. 2 lid 1 WMCZ.
99. Art. 2 lid 3 WMCZ.
100. Het gaat daarbij onder meer om de overdracht van zeggenschap, een belangrijke wijziging in de organisatie, de begroting en de jaarrekening, maar ook om voedingsaangelegenheden, het beleid ten aanzien van veiligheid, gezondheid of hygiëne en de vaststelling of wijziging van een klachtenregeling ten behoeve van cliënten.
101. Art. 3 lid 3 WMCZ. Bij afwijking van het advies van de cliëntenraad geldt het bepaalde in art. 3 lid 4 WMCZ.
102. Zie de VWS-brief 2015, p. 8 en 9. Te denken valt aan onderwerpen als voeding, veiligheid, gezondheid, hygiëne, geestelijke verzorging en recreatiemogelijkheden.
103. Die een privaatrechtelijke rechtspersoon is in de zin van art. 2:3 BW (art. 7 lid 1 WMCZ).
104. Art. 7 lid 2 WMCZ.
105. Zie art. 2:346 lid 1 sub e BW.
106. Art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi. De zorginstelling kan deze bevoegdheid ook aan anderen toekennen. Denk aan patiëntadviesraden of in sommige gevallen familieraden. Cliëntenraden hebben tot op heden niet veel gebruik gemaakt van hun enquêtebevoegdheid. Gewezen wordt op de volgende gepubliceerde uitspraken: OK 29 april 2010, JOR 2010/187, m.nt. Verburg (Stichting Zorgcentra De Betuwe); OK 20 mei 2010, JOR 2010/188 (Sherpa); OK 19 april 2013, JOR 2013/206, m.nt. De Mol (Stichting Ilmarinen) en OK 29 oktober 2014, ARO 2014/183 (Zuwe Hofpoort Ziekenhuis).
107. Zie de VWS-brief 2013, p. 9 en de VWS-brief 2015, p. 6 en 9.
108. Voorts bestaat het plan om – naast de bestaande Governancecommissie Gezondheidszorg, die de naleving van de code toetst (Hoofdstuk 7 – Naleving, Zorgbrede Governancecode) – een 'monitoring commissie' in te stellen die zorg draagt voor een 'vertaling' van de code in praktische hanteerbare normen, het actualiseren van de code en het monitoren van de sectorbrede naleving hiervan. Zie de VWS-brief 2015, p. 4 en 5. Zie ook het Verslag 2015, p. 25 e.v.

treders' betreft. Daarnaast oefent de IGZ toezicht uit op basis van een 'risicogerichte benadering', in die zin dat zorginstellingen die hun 'checks and balances' niet op orde hebben, kunnen rekenen op onaangekondigde bezoeken. Waar de IGZ al op basis van de Kwaliteitswet en de WTZi verscherpt toezicht kan instellen en de minister kan adviseren om een aanwijzing te geven, een bestuurlijke boete, dwangsom of een last onder bestuursdwang op te leggen, gaat de IGZ haar huidige "Toezichtkader Bestuurlijke Verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid"¹⁰⁹ verder aanscherpen en daar een concreet toetsingskader aan toevoegen. Daarin geeft zij aan op welke wijze zij zal oordelen als er een risico ontstaat voor de kwaliteit en/of veiligheid en welke maatregelen zij dan zal treffen. De minister heeft voorts aangegeven dat zij een beleidskader zal opstellen voor een actiever gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid die zij heeft op grond van de KWZ.

Voor zover de kwaliteit van de zorgverlening aan de orde is in het kader van een concentratie in de zin van de Mededingingswet valt deze onder het toezicht van de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa').¹¹⁰ Waar de Autoriteit Consument en Markt toetst of de voorgenomen concentratie – die aan bepaalde omzetsdrempels voldoet – een significante belemmering voor de mededinging oplevert, toetst de NZa vooraf aan de hand van een door de zorginstelling ingediende 'concentratie-effectrapportage' of door de concentratie de bereikbaarheid, en daarmee de kwaliteit, van de zorgverlening in gevaar komt en of cliënten, personeel en andere betrokkenen op een zorgvuldige wijze zijn betrokken bij de voorbereiding van de concentratie. De NZa kan haar goedkeuring aan de concentratie onthouden, en deze daarmee tegenhouden, of voorwaarden aan haar goedkeuring verbinden.¹¹¹ Indien de NZa constateert dat de medezeggenschapsregeling is geschonden, informeert zij ook de IGZ.

Van belang is tot slot dat extern toezicht op de naleving van governance normen – in het bijzonder de bepalingen in de Zorgbrede Governancecode – ook plaatsvindt door de zorgverzekeraars. Bij de beoordeling of er met een zorginstelling contractuele afspraken worden gemaakt voor de inkoop van zorg, wordt er door de zorgverzekeraar ook gekeken of de kwaliteit, veiligheid en continuïteit van de zorgverlening voldoende is geborgd, in het bijzonder of de Zorgbrede Governancecode is nageleefd. Indien dat niet het geval blijkt, weigert de zorgverzekeraar een overeenkomst met de zorginstelling aan te gaan.¹¹²

4. Slot

Zoals hiervoor werd geschetst, worden er in tal van 'zorgspecifieke' wetten en andere regelgeving voorwaarden gesteld aan de governance van zorginstellingen. Bij de (statutaire en reglementaire) inrichting van de interne organisatie, en de verdeling van bevoegdheden, taken en verantwoordelijkheden,

kan dan ook niet worden volstaan met een blik naar Boek 2 BW. Er zal mede naar deze zorgspecifieke regelingen moeten worden gekeken.

Van belang is hierbij dat er vanuit zowel het Ministerie van VWS als het Ministerie van V&J wordt ingezet op een verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij zorginstellingen respectievelijk stichtingen en verenigingen in semipublieke sectoren. Het Ministerie van VWS heeft op het terrein van goed bestuur in de zorg vier speerpunten van beleid geformuleerd. Naast het aanscherpen van verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders over en weer, gaat het ook om de versterking van het externe toezicht en de aanpak van onbehoorlijk bestuur en wanbeleid, het optimaliseren van checks and balances binnen de organisatie via medezeggenschap en het stimuleren van (het debat over) goed bestuur. Wat betreft de aanscherping van verantwoordelijkheden tussen bestuurders en toezichthouders zet het Ministerie van VWS met name in op een versterking en verbreding van de Zorgbrede Governancecode. Ook overigens wordt vooral veel verwacht van initiatieven vanuit het 'zorgveld' zelf. Met name waar het gaat om een verdere professionalisering door de vakbekwaamheid van bestuurders en toezichthouders te versterken, waarbij wordt gewezen op een accreditatietraject voor zorgbestuurders en plannen voor een permanente educatie van toezichthouders in de zorg. De Minister en Staatssecretaris van VWS hebben laten weten dat zij de in hun brief van 22 januari 2015 geformuleerde speerpunten in overleg met de "relevante partners in de sector" verder zullen uitwerken in een "uitvoeringsagenda voor Goed bestuur in de zorg" waarin concrete maatregelen worden genoemd die aansluiten bij "specifieke vraagstukken in care en cure".¹¹³

109. Te vinden op www.igz.nl.

110. De NZa is op grond van de WMG ook belast met het markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatie-regulering in de zorg en het toezicht op de naleving van de Zvw en Wlz.

111. Art. 49c WMG.

112. Zie Rechtbank Den Haag 17 december 2014; ECLI:NL:RBDHA:2014:15686. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2015; ECLI:NL:GHSHE:2015:1278.

113. Zie de VWS-brief 2015, p. 9/10.