

## 12 Enkele ‘lessen’ uit Meavita: een paar dingen die bestuurders en toezichthouders van een (zorg)concern wel en niet moeten doen

Cees de Groot

### 12.1. Inleiding

De Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam heeft in een honderdveertig pagina's tellende beschikking beslist dat in de periode van 2006 tot en met 2008 sprake is geweest van wanbeleid bij Stichting Meavita Nederland ('Meavita Nederland'), Stichting Meavitagroep ('Meavitagroep') en Stichting Sensire & Thuiszorg Groningen ('S&TZG').<sup>1</sup> De uitspraak van de Ondernemingskamer geeft op een fascinerende manier weer hoe het Meavitaconcern is ontstaan, functioneerde en ten onder ging.<sup>2</sup> De uitvoerige motivering die de Ondernemingskamer ten grondslag legt aan haar oordeel maakt het mogelijk een aantal 'lessen' te formuleren die voortvloeien uit de gang van zaken binnen het Meavitaconcern. Hierna gaat paragraaf 2 verder in op het Meavitaconcern, waarna in paragraaf 3 zeven punten uit de uitspraak van de Ondernemingskamer de revue passeren. Elk punt eindigt met concrete 'lessen'. Die 'lessen' worden niet geformuleerd als een herhaling van de overwegingen van de Ondernemingskamer, maar zullen zo algemeen mogelijk worden opgeschreven. Daarbij geldt overigens wel dat de 'lessen' zijn gebaseerd op de uitspraak zoals de Ondernemingskamer die heeft gedaan tegen de achtergrond van het feitencomplex in de Meavitazaak: elke zaak is anders en de 'lessen' moeten worden toegepast al naar gelang de omstandigheden van het concrete geval. Paragraaf 4 bevat een afrondende opmerking.

1 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 juni 2014, gepubliceerd op 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, ARO 2015/232, JOR 2016/61, JOR 2016/61 (Meavita; vaststelling van wanbeleid op verzoek van ABVAKABO FNV).

2 Over de Meavita-uitspraak: S.D.W. Gratama & J.G.A. Struycken, 'Beschikking Ondernemingskamer inzake enquêteprocedure Stichting Meavita Nederland', *Bedrijfsjuridische berichten* 2016/6, p. 64-66; C. de Groot, 'Wanbeleid bij Meavita?', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2016/1-2, p. 31-38; A. Hammerstein, 'De zorginstelling heeft een professionele toezichthouder nodig', in: *Functioneren en disfunctioneren* (preadvies 2016 Vereniging voor gezondheidsrecht), p. 139-170 (159-162), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016; A. Klaassen, 'Moeten toezichthouders wakker liggen van de Meavita-uitspraak van de Ondernemingskamer?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2016/1, p. 39-45; W.J. Oostwouder & C.J.L. Scholten, 'Meavita: to care or not to care?', *Onderneming en Financiering* 2016/1, p. 22-40; M.J.G.C. Raaijmakers, 'Meavita: van "wanbeleid rechtspersoon" naar aansprakelijkheid bestuurders/commissarissen?!', *Ars Aequi* 2016, p. 191-200; P. van Schilfgaarde, annotatie onder OK 2 november 2015, JOR 2016/61 (Meavita), vgl. ook F.L. Leijdesdorff, W.J. Oostwouder & L.E. Haanraads, 'Governance in de zorg', in: M.Ph.M. Wiggers & W.J. Oostwouder (red.), *Handboek compliance in de zorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 55-100 (78-86).

## 12.2. Het Meavitaconcern – een bestuurlijke fusie

Meavitagroep en S&TZG stonden ieder als topstichting aan het hoofd van een concern dat zorg en thuiszorg verleende die werd bekostigd via de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten ('AWBZ'). Begin 2007 zijn Meavitagroep en S&TZG overgegaan tot een zogenoemde 'bestuurlijke fusie'. Deze fusie was ingegeven door de invoering in dat jaar van de Wet maatschappelijke ondersteuning ('Wmo') die één van de wetten was die de AWBZ verving. Het resultaat van deze fusie was Meavita Nederland. Een bestuurlijke fusie tussen stichtingen kan op betrekkelijk eenvoudige wijze tot stand komen doordat de fuserende stichtingen een nieuwe stichting (de fusiestichting) oprichten. De leden van de besturen van de fuserende stichtingen worden dan lid van het bestuur van de fusiestichting, en de leden van de toezichthoudende organen (raden van commissarissen of raden van toezicht) van de fuserende stichtingen worden dan lid van het toezichthoudende orgaan van de fusiestichting. Het breed samengestelde bestuur en het breed samengestelde toezichthoudende orgaan van de fusiestichting bepalen dan het concernbeleid dat vervolgens door de fuserende stichtingen wordt uitgevoerd. De fuserende stichtingen worden op deze manier 'dochterstichtingen' waaraan de fusiestichting leiding geeft. Wanneer de fuserende stichtingen topstichtingen waren die aan het hoofd stonden van een concern, zijn zij na de fusie dus geen topstichtingen meer, maar dochters van de nieuwe topstichting.

De vormgeving van een bestuurlijke fusie tussen stichtingen kan ook ingewikkelder zijn. Zo kan één van de fuserende stichtingen optreden als fusiestichting. De leden van het bestuur (de besturen) van de andere fuserende stichting(en) treden dan toe tot het bestuur van de fusiestichting, en de leden van het toezichthoudende orgaan (de toezichthoudende organen) van de andere fuserende stichting(en) treden dan toe tot het toezichthoudende orgaan van de fusiestichting. Zo was het ook bij de fusie tussen Meavitagroep en S&TZG gegaan. S&TZG was de fusiestichting. Zij heeft wel haar naam gewijzigd in Meavita Nederland. Meavita Nederland was dus het vroegere S&TZG onder een nieuwe naam.

Om te voorkomen dat het bestuur en het toezichthoudende orgaan van de fusiestichting uit te veel personen bestaat kan bij een bestuurlijke fusie tussen stichtingen besloten worden dat het nieuwe bestuur en het nieuwe toezichthoudend orgaan elk zal bestaan uit een aantal, maar niet alle, leden van de besturen en toezichthoudende organen van de fuserende stichtingen. Dit kan zowel wanneer een nieuwe fusiestichting wordt opgericht als wanneer een bestaande stichting de fusiestichting is. Zo was het ook bij de fusie tussen Meavitagroep en S&TZG gegaan (en overigens al eerder bij de totstandkoming van het S&TZG-concern uit Stichting Thuiszorg Groningen, Stichting Sensire en Stichting Vitras/CMD).

Het Meavitaconcern begon in 2007 in financiële problemen te komen. In februari 2009 zijn Stichting Sensire en Stichting Vitras, die er slechter voorstonden dan Meavitagroep en Stichting Thuiszorg Groningen, uit het concern ontvlochten. Door

ingrijpen van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zijn de activiteiten die onder Meavitagroep en onder Stichting Thuiszorg Groningen vielen ondergebracht bij nieuwe stichtingen. In maart 2009 zijn de rechtspersonen van het concerndeel Meavitagroep en het concerndeel Thuiszorg Groningen failliet verklaard. In mei 2009 is ook Meavita Nederland zelf failliet verklaard.

### **12.3. Lessen van de OK**

De Ondernemingskamer heeft het beleid van Meavita Nederland en van Meavitagroep en S&TZG op een groot aantal punten beoordeeld en heeft eveneens op een groot aantal punten vastgesteld dat in de onderzoeksperiode sprake is geweest van wanbeleid. Uit de uitspraak kunnen verschillende 'lessen' worden geleerd die hierna aan bod komen.

#### **12.3.1 Lessen over 'de fusie'**

Meavitagroep en S&TZG hadden de doelstellingen die zij met de fusie wilden bereiken slechts op hoofdlijnen vastgesteld, met woorden als 'het uitgroeien tot een landelijke speler met een sterke positie ten opzichte van de zorgverzekeraars, het voeren van een gezamenlijke marketingstrategie, het creëren van een landelijke 24-uurs *full service*, het realiseren van gezamenlijke verkoopkracht, het behalen van kostenvoordelen enzovoorts'. Daarbij gingen Meavitagroep en S&TZG uit van een realisatietermijn van vier jaar, zonder dat zij voor het bestuur van Meavita Nederland een concreet tijdpad hadden vastgesteld en zonder dat zij voor de raad van commissarissen van Meavita Nederland concrete evaluatiemomenten hadden vastgelegd. De fusiepartners hadden in de fusiedocumentatie geen financiële paragraaf en geen risicoparagraaf opgenomen omdat zij van mening waren dat dat niet kon vanwege de grote onzekerheid die de invoering van de Wmo met zich bracht. De Ondernemingskamer uitte in dit verband stevige kritiek en kwam tot het oordeel dat de fusiepartners 'onvoldoende aandacht hebben besteed aan de voorbereiding, aan de uitwerking en aan de uitvoering van de fusie'. De Ondernemingskamer stelde met betrekking tot het ontbreken van een financiële paragraaf en een risicoparagraaf in de fusiedocumentatie vast dat de enkele onzekerheid over de toekomstige ontwikkelingen rond de invoering van de Wmo er niet aan in weg hoefde te staan dat Meavitagroep en S&TZG toch aandacht hadden besteed aan de financiën en mogelijke risico's, omdat naast de invoering van de Wmo ook andere factoren van belang konden zijn voor het bepalen van de toekomstige financiële positie en van de risico's. De Ondernemingskamer kwam tot het oordeel dat zowel het bestuur als de raad van commissarissen van Meavita Nederland in dit verband verwijtbaar hadden gehandeld.

#### *Concrete 'lessen':*

1. Het bestuur en de raad van commissarissen moeten de voorbereiding, uitwerking en uitvoering van besluitvorming die leidt tot een belangrijke verandering

van de identiteit of het karakter van de rechtspersoon of de met haar verbonden organisatie (waaronder begrepen het concern waaraan de rechtspersoon leiding geeft) rekenen tot hun gezamenlijke verantwoordelijkheid en beide organen moeten indringend en voortdurend betrokken zijn bij de voorbereiding, uitwerking en uitvoering van die besluitvorming. Voor het bestuur geldt dat een duidelijke taakstelling moet worden geformuleerd met daarin actiepunten en een tijdpad. Voor de raad van commissarissen geldt dat de manier waarop toezicht wordt gehouden en de momenten waarop dat toezicht in concreto plaatsvindt duidelijk moeten worden vastgelegd. Onder besluitvorming die leidt tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de rechtspersoon of de met haar verbonden organisatie valt in ieder geval besluitvorming omtrent het aangaan van een fusie. In geval van een fusie moet aandacht worden gegeven aan de vraag hoe de bestuurlijke structuur het best aansluit bij de nieuwe situatie.

2. De hiervoor in 'les 1' bedoelde gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen brengt in ieder geval mee dat zij:
  - a. de doelstellingen waaraan de besluitvorming moet bijdragen zo concreet mogelijk formuleren;
  - b. alle relevante aspecten die van belang zijn in verband met de besluitvorming zo concreet mogelijk analyseren; tot die aspecten behoren in ieder geval:
    - de financiële gevolgen die de besluitvorming naar te verwachten valt zal hebben;
    - de risico's die de besluitvorming naar te verwachten valt zal meebrengen;
    - de gevolgen die de besluitvorming naar te verwachten valt zal hebben voor de in de organisatie werkzame personen en de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen;
  - c. een zo concreet mogelijk tijdpad en evaluatiemomenten vastleggen;
  - d. omstandigheden en/of momenten formuleren waarop een 'go/no-go'-beslissing wordt genomen.

### **12.3.2      *Lessen: 'benoeming bestuurders, profielen; beoordelings- en functioneringsgesprekken' en 'benoeming leden raad van commissarissen'***

Meavitagroep en S&TZG hebben verwoede discussies gevoerd over de samenstelling van het bestuur en van de raad van commissarissen van Meavita Nederland. Er waren geen functieprofielen opgesteld voor de nieuwe situatie met daarin omschrijvingen van bijvoorbeeld de gewenste competenties en ervaring. In de discussies voerde 'de herkomst van de te benoemen leden', lees: 'bloedgroepen', de boventoon. In dit verband onderkende de Ondernemingskamer dat bij een fusie 'discussies over de verdeling van bestuurs- en commissarissenposten een belangrijke rol kunnen spelen en dat in dat kader soms compromissen moeten worden getroffen'. Maar daaraan voegde de Ondernemingskamer toe: 'Het belang van een

zorgvuldige en adequate vervulling van die posten mag echter niet ondergeschikt worden gemaakt aan het bereiken van dergelijke compromissen'. Volgens de Ondernemingskamer kunnen juist binnen dergelijke discussies functieprofielen 'een nuttige en objectiverende rol' spelen. De Ondernemingskamer was dan ook kritisch over deze gang van zaken. Over de benoeming van de bestuurders en over de benoeming van de commissarissen van Meavita Nederland overwoog de Ondernemingskamer dat Meavitagroep en S&TZG het 'ernstige risico' hadden genomen dat ongeschikte bestuurders en ongeschikte commissarissen zouden worden benoemd. Daar kwam wat betreft de benoeming van de commissarissen nog bij dat de voor Meavitagroep, S&TZG en Meavita Nederland toen toepasselijke Zorgbrede Governancecode uitging van het gebruik van profielschetsen.<sup>3</sup> Volgens die code moet ieder lid van het toezichthoudend orgaan geschikt zijn om de hoofdlijnen van het beleid te beoordelen en in het bijzonder beschikken over de specifieke deskundigheid die van hem is vereist op grond van de profielschets voor het toezichthoudend orgaan als geheel en de profielschets voor de vacature waarin hij wordt benoemd.

Overigens was de Zorgbrede Governancecode niet doorslaggevend voor de kritiek die de Ondernemingskamer uitte. Dat is ook begrijpelijk omdat de code uitgaat van het 'pas toe of leg uit'-beginsel: afwijking van de code mag, mits dat wordt gemotiveerd. Maar de Ondernemingskamer overwoog dat Meavitagroep en S&TZG, 'gelet op alle verdere omstandigheden, op omvang en complexiteit van de bij de fusie te vormen rechtspersoon en haar samenstellende delen, op de daarbij betrokken belangen alsmede op de omvang en de complexiteit van de taak van de beoogde commissarissen en de omstandigheden waaronder zij die taak zouden moeten vervullen', die profielschetsen in ieder geval hadden moeten gebruiken. Wat betreft de benoeming van de bestuurders van Meavita Nederland kon de Ondernemingskamer niet verwijzen naar de Zorgbrede Governancecode. Maar ook daar gold, gelet op alle omstandigheden, dat Meavitagroep en S&TZG die profielschetsen in ieder geval hadden moeten gebruiken.

De Ondernemingskamer was ook kritisch over het feit dat de raad van toezicht van Meavitagroep en de raad van commissarissen van S&TZG vóór de fusie, en de raad van commissarissen van Meavita Nederland na de fusie, gedurende de onderzoeksperiode nalatig waren geweest met de bestuurders beoordelings- en functioneringsgesprekken te voeren. Ook op dit punt gold dat de Zorgbrede Governancecode uitging van het wél voeren van die gesprekken. Deze niet-naleving werd niet uitgelegd. Het oordeel van de Ondernemingskamer was duidelijk: de gesprekken hadden in ieder geval moeten worden gevoerd, ook los van de verplichting op grond van de Zorgbrede Governancecode. Het mag niet zo zijn dat bestuurders 'hun taak kunnen (blijven) vervullen zonder dat in de betrokken periode op enigerlei wijze een weloverwogen en objectieve reflectie op de inhoud van de

<sup>3</sup> De Zorgbrede Governancecode 2005, nu de Zorgbrede Governancecode 2010, en er is een consultatieversie van de Zorgbrede Governancecode 2017, [www.brancheorganisatieszorg.nl](http://www.brancheorganisatieszorg.nl), [governancecode.nl](http://governancecode.nl).

respectieve taken en op de keuze van degene die met die taken zullen worden belast alsmede een beoordeling van de vervulling van die taken plaats vindt'. Wel voegde de Ondernemingskamer daaraan toe dat voor het niet voeren van dergelijk gesprekken in incidentele gevallen 'wellicht' een acceptabele verklaring kan worden gegeven.

De Ondernemingskamer kwam tot het oordeel dat zowel het bestuur als de raad van commissarissen verantwoordelijk waren voor het ontbreken van functieprofielen, en dat de raad commissarissen viel te verwijten dat er met de bestuurders geen beoordelings- en functioneringsgesprekken waren gevoerd.

*Concrete 'lessen':*

3. Het bestuur en de raad van commissarissen moeten het tot hun gezamenlijke verantwoordelijkheid rekenen dat beide organen zodanig zijn samengesteld dat zij hun taak naar behoren kunnen vervullen. Het bestuur en de raad van commissarissen moeten zich realiseren dat het gebruik van functieprofielen daarbij een objectiverende rol vervult. Die profielschetsen moeten in ieder geval ingaan op de samenstelling van het orgaan als geheel en de vereiste deskundigheid en ervaring van de leden van het orgaan. Benoeming van een lid van het bestuur of de raad van commissarissen vindt in geen geval plaats op basis van een compromis of ander oneigenlijk argument. Dit geldt ook bij de benoeming van een lid van het bestuur of de raad van commissarissen in het kader van een fusie.
4. De raad van commissarissen moet het tot zijn verantwoordelijkheid rekenen jaarlijks, of zoveel vaker als nodig is, het functioneren van het bestuur als geheel en het functioneren van de individuele bestuurders te beoordelen. De raad van commissarissen voert daartoe in ieder geval jaarlijks, of zoveel vaker als nodig is, beoordelings- en functioneringsgesprekken met elke bestuurder.

### **12.3.3      *Lessen: 'geen CFO in de raad van bestuur'***

Er was binnen het bestuur van Meavita Nederland geen *chief financial officer* ('CFO') benoemd. Pas half januari 2008 werd 'een financieel directeur zonder ervaring in de zorg' aangesteld die geen deel uitmaakte van het bestuur van Meavita Nederland. De bevoegdheden van deze financieel directeur waren onvoldoende vastgelegd, en (daarom) was de positie van de financieel directeur onvoldoende sterk tegenover de controllers van de werkmaatschappijen in het concern. Meavita Nederland voerde in dit verband aan dat het vanwege de Wet normering topinkomens publieke en semipublieke sector lastig was een geschikte persoon te vinden op bestuursniveau. Maar tegelijkertijd had de raad van commissarissen vastgesteld dat binnen het bestuur van Meavita Nederland onvoldoende financiële expertise aanwezig was. De Ondernemingskamer was kritisch en concludeerde dat 'Meavita Nederland in de gegeven omstandigheden niet, althans niet zonder een (nadere) gemotiveerde afweging had mogen afzien van het aantrekken

van voldoende financiële expertise met actuele kennis en ervaring op het terrein van de zorg op het niveau van de raad van bestuur'.

*Concrete 'lessen':*

5. De hiervoor in 'les 3' bedoelde gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen brengt mee dat beide organen zowel hun eigen samenstelling als de samenstelling van het andere orgaan kritisch beoordelen. Beide organen moeten zich ervan vergewissen dat zowel het 'eigen' orgaan als het andere orgaan naar behoren zijn samengesteld. Al naar gelang van de omstandigheden moet van het bestuur en/of de raad van commissarissen een lid deel uitmaken dat bijzondere kennis en/of ervaring heeft op het gebied van bijvoorbeeld financiën of personeelsaangelegenheden. Het bestuur en de raad van commissarissen moeten bewerkstelligen dat zich in de samenstelling van zowel het 'eigen' orgaan als het andere orgaan geen 'lacunes' voordoen.

**12.3.4      *Lessen: 'ontslag Meuwese' en 'benoeming commissarissen per 1 oktober 2007'; de rol van (de voorzitter van) de raad van commissarissen***

De bestuursvoorzitter van S&TZG (Meuwese) was bestuursvoorzitter van Meavita Nederland geworden en de voorzitter van de raad van toezicht van Meavitagroep (Hermans) was voorzitter van de raad van commissarissen van Meavita Nederland geworden. Al snel bereikten de voorzitter van raad van commissarissen signalen dat de bestuursvoorzitter niet goed zou functioneren. De voorzitter van de raad van commissarissen heeft deze signalen met een medecommissaris (Van der Veer), die eveneens deel had uitgemaakt van de raad van toezicht van Meavitagroep, besproken maar niet ingebracht in de raad van commissarissen als geheel. De reden hiervan was dat beide commissarissen 'oppositie van de andere "bloedgroep" vreesden'. De Ondernemingskamer vond deze gang van zaken onjuist en verwees daarbij naar de (overigens alleen op beursgenoteerde naamloze vennootschappen toepasselijke) Nederlandse corporate governance code.<sup>4</sup> Die code gaat in principe III.4 in op de rol van de voorzitter van een raad van commissarissen en bepaalt in best practice-bepaling III.4.1 onder b dat de voorzitter erop moet toezien dat de leden van de raad tijdig alle informatie ontvangen die nodig is voor hun taakuitoefening. De Ondernemingskamer overwoog dat het onaanvaardbaar was dat Hermans (en in mindere mate Van der Veer) hun medecommissarissen niet hadden ingelicht over de signalen die zij kregen over het functioneren van Meuwese. Met name op de voorzitter van de raad van commissarissen rust immers de taak ervoor te zorgen dat de raad goed is geïnformeerd. In elk geval waren de argumenten om de raad niet te informeren ('vrees voor oppositie en/of aftreden') daarvoor ontoereikend, met als toevoeging: 'Ook hier wreekt zich het eerder

---

<sup>4</sup> [www.commissiecorporategovernance.nl](http://www.commissiecorporategovernance.nl), de code.

besproken ontbreken van een zakelijke en objectieve voorbereiding van de benoemingen en het denken in “bloedgroepen” alsmede de voortzetting daarvan’.

In het najaar van 2007 traden drie nieuwe leden toe tot de raad van commissarissen van Meavita Nederland. De voorzitter van de raad van commissarissen had hen niet tevoren op de hoogte gesteld van de problemen waarmee Meavita Nederland te kampen had, zoals de kritiek op het functioneren van de bestuursvoorzitter. De Ondernemingskamer vond ook deze gang van zaken onjuist. De Ondernemingskamer overwoog dat het onaanvaardbaar was dat met name Hermans de toetredende leden niet had geïnformeerd over de problemen die speelden. De raad, en met name de voorzitter, viel te verwijten dat zij er op basis van onterechte argumenten (de informatie was nog maar net beschikbaar en/of het was vakantie-tijd) voor hadden gekozen de toetredende leden niet in te lichten.

*Concrete ‘lessen’:*

6. Zowel het bestuur als de raad van commissarissen moeten het tot hun verantwoordelijkheid rekenen dat het ‘eigen’ orgaan functioneert als college dat zijn taak collegiaal vervult. Het uitgangspunt van collegiale taakvervulling brengt mee dat een lid van het bestuur en een lid van de raad van commissarissen zijn medebestuurders respectievelijk medecommissarissen onverwijld op de hoogte brengt van alle informatie waarover hij, uit welken hoofde ook, beschikt die ertoe kan bijdragen dat het bestuur respectievelijk de raad van commissarissen zijn taak naar behoren kan vervullen. Deze verplichting tot informatieverschaffing:
  - a. rust in verzwaaarde mate op de voorzitter van het bestuur en de voorzitter van de raad van commissarissen;
  - b. geldt evenzeer tegenover nieuw toetredende leden van het bestuur en de raad van commissarissen, en wel voorafgaand aan hun toetreden.

#### **12.3.5      *Lessen: een decentrale besturingsfilosofie en uitoefening van de auditfunctie en de interne controlefunctie op het niveau van de werkmaatschappijen***

Meavita Nederland had van de fusiepartners Meavitagroep en S&TZG een ‘decentrale besturingsfilosofie’ overgenomen. Deze decentrale besturingsfilosofie hield in de woorden van de Ondernemingskamer in ‘dat de raad van bestuur als een bestuur op afstand zou fungeren met vooral een toetsende rol ten aanzien van het beleid van de algemeen directeuren van de werkmaatschappijen, terwijl de raad van commissarissen diende te toetsen of die toetsing door de raad van bestuur op de juiste wijze geschiedt, ook wel metatoetsing genoemd’. De aansturing van de werkmaatschappijen in het concern gebeurde dus voornamelijk door de algemeen directeuren van die werkmaatschappijen en niet door de besturen van de werkmaatschappijen. Die besturen (die in een aantal gevallen bestonden uit dezelfde personen die het bestuur van de topstichting Meavita Nederland vormden) hielden zich niet direct bezig met het besturen van de werkmaatschappijen. Die besturen



hadden een toetsende rol aangenomen en de raad van commissarissen van Meavita Nederland had weer een toetsende rol tegenover het bestuur van Meavita Nederland. Ook de auditfunctie en de interne controlefunctie werden op het niveau van de werkmaatschappijen uitgeoefend. Dit had als consequentie dat 'het als gevolg van de decentrale organisatie praktisch gesproken niet mogelijk [was] om de beoogde rapportage van [wezenlijke] indicatoren behoorlijk te consolideren'. Hierdoor was wezenlijke informatie die nodig was om het concern aan te sturen niet op het niveau van de concernleiding aanwezig en kon de concernleiding daar niet over spreken. Ook hier was de Ondernemingskamer kritisch. Zij overwoog dat de concernbrede ambities van Meavita Nederland en de gekozen structuur centrale sturing eisten. Het bestuur van Meavita Nederland ('althans de leden daarvan telkens in hun hoedanigheid van bestuurder van de desbetreffende werkmaatschappijen') had ook op het niveau van de werkmaatschappijen de bestuursrol moeten aannemen en zich niet mogen beperken tot 'bestuur op afstand'. De Ondernemingskamer oordeelde dat zowel het bestuur als de raad van commissarissen van deze gang van zaken een verwijt viel te maken, 'gelet op de bewuste keuze daarvoor'.

*Concrete 'lessen':*

7. Het bestuur en de raad van commissarissen moeten het tot hun gezamenlijke verantwoordelijkheid rekenen dat de manier waarop het bestuur invulling geeft aan zijn leidinggevende taak en de raad van commissarissen invulling geeft aan zijn toezichthoudende taak adequaat aansluiten bij zowel de inrichting als de ambities van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie (waaronder begrepen het concern waaraan de rechtspersoon leiding geeft). Daartoe behoort ook dat zij ervoor zorgdragen dat functionarissen die werkzaam zijn onder het niveau van het bestuur zich conformeren aan het door het bestuur en de raad van commissarissen vastgestelde beleid.
8. De hiervoor in 'les 7' bedoelde gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen brengt in ieder geval mee dat:
  - a. naarmate de inrichting van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie complexer is en de ambities van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie verder reiken:
    - centrale sturing door het bestuur en de raad van commissarissen in overeenkomstige mate wordt uitgeoefend;
    - de auditfunctie en de interne controlefunctie in overeenkomstige mate op centraal niveau worden uitgeoefend zodat consolidatie van wezenlijke indicatoren is gewaarborgd;
  - b. leden van het bestuur en leden van de raad van commissarissen die tegelijkertijd lid zijn van het bestuur respectievelijk de raad van commissarissen van een werkmaatschappij hun bestuurstaak respectievelijk hun taak als commissaris óók bij de werkmaatschappij volledig vervullen.

### 12.3.6 *Lessen: overproductie en werken onder de kostprijs*

Bij het verlenen van de AWBZ-zorg werd aanvankelijk een systeem gebruikt op grond waarvan zorgaanbieders een vergoeding ontvingen die afhankelijk was van het niveau van de medewerker die de zorg verleende. Dit is gewijzigd in een systeem waarbij de vergoeding die zorgaanbieders ontvingen afhankelijk was van de aan een cliënt verleende zorgindicatie. Dit had tot gevolg dat zorgaanbieders in een aantal gevallen te weinig vergoeding kregen omdat de zorg werd verleend door een (te) hoog betaalde medewerker: de zogenoemde overproductie. Een manier om dit op te vangen was om zorgverlening van een ‘onderproducerende’ zorgverlener te verplaatsen naar een ‘overproducerende’ zorgaanbieder, maar dit was slechts een beperkte oplossing. Vooral S&TZG had te maken met overproductie en moest daardoor tot tweemaal toe een cliëntenstop instellen. Ook dat was niet afdoende. De Ondernemingskamer kwam op dit punt tot een genuanceerd oordeel. Enerzijds vond zij niet ‘dat de keuze om gedurende een zekere periode – al dan niet als “een bewuste investering in de markt” [...] – meer en/of duurdere zorg te leveren dan voormelde grenzen toelieten, op zichzelf onjuist beleid oplevert’, maar anderzijds overwoog zij: ‘Dit ligt echter anders voor zover er onvoldoende controle was op de omvang en de aard van de overproductie en daardoor de overproductie niet of moeilijker [kon] worden voorkomen’.

Na de invoering van de Wmo waren de gemeentes verantwoordelijk geworden voor het verlenen van huishoudelijke hulp en thuishulp. De gemeentes gaven hieraan uitvoering door die hulp aan te besteden. Dit had tot gevolg dat het Meavitaconcern, om in een aanbestedingsprocedure als beste naar voren te komen, in een aantal gevallen verlieslatende overeenkomsten moest sluiten met gemeentes. Het concern stond immers voor de keus om niet in te schrijven in de aanbestedingsprocedure met alle gevolgen daarvan voor de cliënten, of toch maar in te schrijven en dan te proberen de kosten te verlagen. Dat verlagen van de kosten moest dan gebeuren door de salarissen van het personeel te verlagen, wat stuitte op verzet van de ondernemingsraden en vakbonden. De Ondernemingskamer oordeelde dat hoewel er tijdig was nagedacht over de invoering van de WMO en er tijdig activiteiten waren ondernomen om op die invoering te anticiperen Meavita Nederland niet voortvarend genoeg op de gevolgen van de Wmo had gereageerd door na te laten in een eerder stadium tot een reorganisatie over te gaan.

#### *Concrete ‘lessen’:*

9. Het bestuur heeft de vrijheid om gedurende een bepaalde periode activiteiten te ontplooiën die verlieslatend zijn (omdat die activiteiten onder de kostprijs worden uitgeoefend). Indien het bestuur hiervoor kiest, overweegt het bestuur of die keuze kan worden gerechtvaardigd door de volgende overwegingen:
  - a. de doelstelling van het bestuur om activiteiten onder de kostprijs uit te oefenen is het opbouwen van een marktpositie en/of het tegemoetkomen aan de continuïteit van de werkzaamheden van de rechtspersoon en de met

- haar verbonden organisatie (waaronder begrepen het concern waaraan de rechtspersoon leiding geeft);
- b. het bestuur heeft voldoende controle op de mate waarin die activiteiten onder de kostprijs worden uitgeoefend;
  - c. het bestuur zet tegenover het ontplooiën van de verlieslatende activiteiten maatregelen van reorganisatorische aard in gang die ertoe leiden dat die verliezen slechts tijdelijk zijn.

### 12.3.7 *Lessen: TVfoon*

Meavitagroep is in 2005 en S&TZG is in 2006 met het zogenoemde TVfoon-project gestart. Dit was een (deels gesubsidieerd) project dat de bedoeling had om de communicatie tussen cliënten, zorgverleners en familieleden van cliënten te verbeteren. Het project zou 'zorg op afstand' mogelijk moeten maken door gebruik te maken van kastjes en camera's die aan televisietoestellen werden gekoppeld. Meavita Nederland en S&TZG hebben grote hoeveelheden kastjes en camera's gekocht en Meavita Nederland heeft dit project voortgezet. Het TVfoon-project is niet van de grond gekomen: toen Meavita Nederland er in oktober 2008 mee stopte waren er van de in totaal 25.000 ingekochte kastjes en camera's nog 24.000 over. De Ondernemingskamer overwoog dat het begrijpelijk was dat het Meavitaconcern voorop wilde lopen met deze nieuwe technologische ontwikkeling, maar dat vereiste wel een gedegen voorbereiding, die er noch bij Meavitagroep noch bij S&TZG was. Wat betreft Meavitagroep wees de Ondernemingskamer erop dat een belangrijk deel van de cliënten van gevorderde leeftijd was en er dus ernstig rekening mee moest worden gehouden dat hun enthousiasme voor een dergelijke ontwikkeling niet groot zou zijn. Wat betreft S&TZG had Meuwese aangegeven dat verder onderzoek niet nodig was geweest omdat S&TZG gebruik kon maken van de ervaringen die Meavitagroep had opgedaan. De Ondernemingskamer overwoog hierover in onmiskenbare bewoordingen: 'Er waren bij Meavitagroep geen ervaringen opgedaan, laat staan voldoende ervaringen opgedaan, die besluitvorming voor TVfoon bij S&TZG zonder deugdelijk nader onderzoek rechtvaardigden'.

Het TVfoon-project was zowel op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) als op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (WMCZ) adviesplichtig. Artikel 25 lid 1 onder d WOR geeft de ondernemingsraad adviesrecht over onder meer een voorgenomen besluit tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, en artikel 3 lid 1 onder e WMCZ geeft de cliëntenraad adviesrecht over een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden. Meavitagroep en S&TZG hebben geen advies gevraagd. Meavita Nederland heeft de centrale ondernemingsraad pas in april 2007 bij het project betrokken. Daarnaast moest binnen S&TZG het bestuur investeringen vanaf € 5.000.000 ter goedkeuring aan de raad van commissarissen voorleggen. Dat was niet gebeurd, omdat Meuwese van mening was dat het TVfoon-project bestond uit drie aparte investeringen: 'één met betrekking tot de infrastructuur, één met betrekking tot de eerste tranche van 15.000 kastjes en één met betrekking tot de

tweede tranche van 15.000 kastjes, elk van minder dan € 5 miljoen'. De Ondernemingskamer verwierp deze redenering omdat uit niets bleek dat sprake was geweest van 'een afzonderlijke besluitvorming' op drie momenten.

*Concrete 'lessen':*

10. Het bestuur draagt ervoor zorg dat investeringen die van materiële betekenis zijn voor de rechtspersoon of de met haar verbonden organisatie (waaronder begrepen het concern waaraan de rechtspersoon leiding geeft) goed worden voorbereid en plaatsvinden op basis van een zo grondig mogelijk onderzoek en haalbaarheidsanalyse. Daar hoort bij dat het bestuur een *business case* opstelt met de daarbij noodzakelijke (risico)analyse.
11. Het bestuur waarborgt onder alle omstandigheden dat medezeggenschapsrechten (van bijvoorbeeld de ondernemingsraad of de cliëntenraad) en goedkeuringsrechten (van bijvoorbeeld de raad van commissarissen) ten volle tot hun recht kunnen komen. Het bestuur gaat in geen geval over tot een zogenoemde salamitactiek die erop neerkomt dat besluitvorming wordt opgesplitst in deelbesluiten die ieder voor zich niet onderworpen zijn aan medezeggenschapsrechten respectievelijk goedkeuringsrechten terwijl het 'totaalbesluit' wel onderworpen is aan die rechten.

#### **12.4. Afronding**

De Ondernemingskamer heeft in de Meavitabeschikking belangrijke uitspraken gedaan over de manier waarop het bestuur en de raad van commissarissen van een (zorg)concern hun taak moeten vervullen. De Ondernemingskamer laat zich daarbij mede inspireren door de Nederlandse corporate governance code en de Zorgbrede Governancecode. Maar die codes zijn voor de Ondernemingskamer niet leidend. De Ondernemingskamer formuleert in het kader van de wanbeleidtoets zelf governanceregels over deugdelijk bestuur en toezicht. Die governanceregels zijn zo indringend dat het erop lijkt dat de Ondernemingskamer die codes opvat als een minimumbasis voor goede governance, waaraan bestuurders en toezichthouders in ieder geval moeten voldoen. Los van die minimumbasis geeft de Ondernemingskamer duidelijke, eigen, governanceregels die (in dit geval) zijn ingegeven door het feitencomplex in de Meavitazaak. Leden van besturen en raden van commissarissen moeten zich realiseren dat zij, als de omstandigheden waaronder zij opereren daarom vragen, zelf een inschatting moeten maken over de manier waarop zij invulling moeten geven aan hun taak. Uit de elf hiervoor geformuleerde 'lessen' blijkt dat de Ondernemingskamer daaraan hoge eisen stelt.

De Ondernemingskamer heeft in haar beschikking vergaande uitspraken gedaan. Het verbaast dan ook niet dat betrokkenen bij de uitspraak beroep in cassatie hebben ingesteld bij de Hoge Raad. Aan uitspraken van de Hoge Raad gaat een advies vooraf dat wordt opgesteld door de advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Op 2 september 2016 heeft advocaat-generaal L. Timmerman in twee cassatieberoepen

de Hoge Raad geadviseerd de Meavitabeschikking van de Ondernemingskamer te vernietigen.<sup>5</sup> De advocaat-generaal gaat niet in op de inhoudelijke overwegingen waarop de Ondernemingskamer haar oordeel had gebaseerd dat sprake was geweest van wanbeleid. De advocaat-generaal komt op basis van de volgende argumenten tot zijn conclusie:

- aan het slot van de op 2 november 2015 gepubliceerde uitspraak van de Ondernemingskamer staat dat de uitspraak op 6 juni 2014 is 'gegeven'. Dat is vlak na de zittingen van de Ondernemingskamer met de partijen op 4 en 5 juni 2014 waarin het debat plaatsvond over de vraag of sprake was geweest van wanbeleid. Dit suggereert dat de Ondernemingskamer op die datum haar oordeel heeft gevormd, en de periode tot 2 november 2015 heeft gebruikt om haar oordeel te verwoorden. Hierover merkt de advocaat-generaal op: 'Redelijkerwijs kan [...] worden uitgesloten dat al op 6 juni 2014 de tekst van de [...] beschikking definitief was vastgesteld. Het lijkt hooguit mogelijk dat toen – één dag na de pleidooien – de inhoud van de te nemen beslissingen en de hoofdlijnen van de motivering daarvan in het raadkameroverleg zijn besproken'. Daar komt bij dat tussen 6 juni 2014 en 2 november 2015 één van de leden van de Ondernemingskamer (de voorzitter) was teruggetreden. Dit betekent volgens de advocaat-generaal dat de beschikking niet is gegeven door het voorgeschreven aantal rechters;
- de Ondernemingskamer had beslist dat de kosten van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van het Meavitaconcern waarop de Ondernemingskamer haar oordeel had gebaseerd dat sprake was geweest van wanbeleid, konden worden verhaald op de voormalige bestuurders en commissarissen. Daarbij had de Ondernemingskamer die kosten (€ 1.000.000) verdeeld over de voormalige bestuurders en commissarissen. De advocaat-generaal stelde zich op het standpunt dat de Ondernemingskamer haar beslissing over de verdeelsleutel onvoldoende had gemotiveerd. De advocaat-generaal was van oordeel 'dat de rechtszekerheid meebrengt dat de ondernemingskamer vaste maatstaven dient te hanteren om tot een invulling te geraken van haar discretionaire bevoegdheid om verhaal van onderzoekskosten [...] te bevelen. Een dergelijke benadering is uit het oogpunt van rechtsbescherming te meer wenselijk in gevallen waarin de onderzoekskosten hoge bedragen belopen'.

<sup>5</sup> Conclusie van de A-G bij de Hoge Raad in de cassatieberoepen tegen de Meavitabeschikking van het Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:856 en ECLI:NL:PHR:2016:857.

