

aal gezien noodzakelijk is dat een vrouw voor een medicamenteuze abortusbehandeling naar de abortuskliniek komt. De stellingen van partijen hierover liggen zeer uiteen. Binnen het bestek van dit kort geding kunnen de stellingen van de Staat, inhoudende binnen de beroepsgroep sprake is van brede consensus dat een fysiek consult bij een abortuskliniek of ziekenhuis essentieel is om de kwaliteit van de hulpverlening te waarborgen, niet worden gepasseerd. De Staat heeft verder vrij uitvoerig toegelicht dat er diverse professionele standaarden en richtlijnen met betrekking tot abortushulpverlening zijn ontwikkeld waaraan artsen bij de uitvoering van hun werkzaamheden gebonden zijn. Er zijn echter nog geen richtlijnen met betrekking tot (medicamenteuze) zwangerschapsafbrekingen waarin rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de huisartsenpraktijk. Ook deze omstandigheden staan in de weg aan ingrijpen op het toepasselijke wettelijke kader.

4.13. Kortom, de stelling dat artikel 296 lid 1 en 5 Sr en artikel 2 Waz vanwege strijd met artikel 8 EVRM – in corona-tijd – onmiskenbaar onverbindend zijn, gaat niet op. Er doet zich (nog) niet een situatie voor waarin (tijdelijk) een uitzondering moet worden aanvaard op het wettelijk kader dat na een ampel wetgevingsproces, rekening houdend met de gevoeligheden rond dit onderwerp in de samenleving, tot stand is gekomen.

4.14. Women on Waves c.s. zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

##### 5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- wijst de vorderingen van Women on Waves c.s. af;
- veroordeelt Women on Waves c.s. in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.636,-, waarvan € 980,- aan salaris advocaat en € 656,- aan griffierecht;
- verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## Overige

### 81

#### **Governancecommissie Gezondheidszorg oordeelt over handelwijze raad van bestuur in opmaat naar beëindiging samenwerkingsovereenkomst – werkdruk verhogende uitspraak of witte raaf?**

Governancecommissie Gezondheidszorg  
3 januari 2020, nr. 19/03  
(mr. Boonekamp (voorzitter), drs. Ten Brummelhuis MSM, mr. Bloemendal, drs. Beernink, prof. mr. Castermans, mr. Diepraam (secretaris))  
Noot mr. B.A. van Schelven

#### **Governance. Goed bestuur. Opzegging samenwerkingsovereenkomst. Governancecode Zorg 2017.**

[Governancecode Zorg 2017 Principe 5; Governancecode Zorg 2017 bepaling 5.3; Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg art. 12 lid 2 sub c]

*De Governancecommissie Gezondheidszorg oordeelt in deze uitspraak over de handelwijze van een ziekenhuisbestuur in een kwestie die leidt tot opzegging van een samenwerkingsovereenkomst met de bv die het ziekenhuis MKA-diensten leverde. Deze opzegging vindt haar oorsprong in samenwerkingsproblemen omdat een van de kaakchirurgen frauduleuze declaraties verstuurt. De Commissie oordeelt dat het ziekenhuisbestuur bepaling 5.3 van de Governancecode heeft geschonden, omdat hij bij zijn handelwijze onvoldoende zorgvuldig en evenwichtig een afweging heeft gemaakt van de belangen van de cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden. De Commissie verwijt het ziekenhuisbestuur hiertoe onder meer dat zijn stelling dat sprake was van een probleem dat primair binnen de MKA-BV moest worden opgelost, vanwege de ernstige implicaties van de declaratiefraude een te beperkte visie was op de taak en*

*verantwoordelijkheid van de raad van bestuur. De Commissie passeert voorafgaand aan dit oordeel onder meer het verweer dat de kaakchirurgen niet-ontvankelijk zouden zijn omdat hun verzoek zou zien op een vermogensrechtelijk geschil. Het handelen van het ziekenhuisbestuur in het kader van dit geschil als zodanig kan volgens de Commissie worden getoetst aan de Governancecode zonder daarvoor in een beoordeling van het onderliggende geschil te treden.*

1. A. te Z.,  
2. B. te Z.,  
verzoekers,  
tegen  
1. de stichting,  
C. te Z.,  
2. de vereniging,  
D. te Z.,  
verweerders,  
gemachtigde: mr. E.J.C. de Jong.

Partijen worden hierna aangeduid als “verzoekers” (of: “A.” respectievelijk “B.”) respectievelijk “verweerders” (of: “C.” respectievelijk “VMS”).

1. *Procesverloop*  
(...; red.)

2. *Enkele vaststaande feiten*

2.1. C. houdt een ziekenhuis met twee vestigingen in stand, te weten in Z. en in Y.. Dit ziekenhuis wordt hierna aangeduid als “het Ziekenhuis”. Ten tijde van de hierna te vermelden gebeurtenissen bestond de RvB van C. uit twee personen, J. en O..

2.2. Verzoekers waren tot voor kort samen met hun collega P. (hierna: “P.”) via hun respectieve praktijkvennootschappen voor gelijke delen aandeelhouders in de besloten vennootschap MKA-chirurgen Q. B.V. (hierna: “MKA”).

2.3. Tussen C. en MKA is op 1 januari 2015 een samenwerkingsovereenkomst van kracht geworden, op grond waarvan B., A. en P. als kaakchirurgen in het ziekenhuis werkzaam waren. A., B. en P. waren voorts lid van de VMS.

2.4. De samenwerkingsovereenkomst houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

“10. *Aanvang en duur samenwerking*

10.1 Deze Overeenkomst wordt aangegaan met ingang van 1 januari 2015 voor onbepaalde tijd.

(...)

11. *Beëindiging*

11.1 Elke Partij kan deze Overeenkomst door opzegging beëindigen:

11.1.1 indien de andere Partij ondanks waarschuwing ernstig in verzuim blijft met de nakoming van deze Overeenkomst;

11.1.2 indien wegens gebrek aan samenwerking door de andere Partij voortzetting van deze Overeenkomst redelijkerwijs niet kan worden geveerd van deze Partij;

11.1.3 Op grond van (overige) omstandigheden, welke van dien aard zijn dat redelijkerwijs niet kan worden verlangd dat deze Partij de Overeenkomst in stand houdt;

(...)”

Bijlage 2 bij de samenwerkingsovereenkomst (“Overige algemene verplichtingen”) bepaalt in aanvulling daarop nog het volgende:

“13. *Toegang ontzegging*

13.1 De Raad van Bestuur kan, na overleg met [MKA]-bestuur, een Medisch Specialist, of een andere natuurlijke persoon die door [MKA] wordt ingezet, de toegang tot het Ziekenhuis ontzeggen, op grond van omstandigheden van zo ernstige aard of een gegronde vermoeden van zodanige aard dat aanwezigheid van die Medisch Specialist of andere natuurlijke persoon in het Ziekenhuis niet langer kan worden geaccepteerd. Indien de situatie zodanig urgent is dat direct handelen van de Raad van Bestuur vereist is, kan de Raad van Bestuur zonder voorafgaand overleg met [MKA]-bestuur overgaan tot toegang ontzegging voor de duur van maximaal 24 uur. In dat geval treedt de Raad van Bestuur zo snel mogelijk na de toegang ontzegging en in ieder geval binnen voornoemde 24 uur in overleg met [MKA]-bestuur over dit besluit.”

2.5. Op 3 januari 2017 heeft A. aan de voorzitter van de RvT een brief gestuurd met beschuldigingen aan het adres van de RvB. Hij heeft de RvB in deze brief onder meer beticht van “frauderend management”. De voorzitter van de RvT heeft daar met een brief van 16 januari 2017 op geantwoord, waarin hij onder meer mededeelde dat hij de wijze waarop A. zich over de RvB uitliet “ongepast” vond, met de toevoeging dat hij A. dringend in overweging gaf om de “diffamerende termen” waarvan hij zich in diens brief bediende, terug te nemen. Dit laatste is niet gebeurd. De RvB heeft toen geen gevolgen verbonden aan de brief van A..

2.6. In de eerste helft van 2017 is tussen enerzijds P. en anderzijds B. en A. een conflict ontstaan, in

het bijzonder over de wijze waarop P. sinds januari 2017 behandelingen registreerde in de patiëntadministratie en liet declareren bij de zorgverzekeraar(s). B. is hiermee in april 2017 bekend geraakt doordat P. hem meedeelde dat hij (P.) “een lucratieve manier” had gevonden om te declareren. In mei 2017 heeft P. zijn collega's A. en B. hierover nader ingelicht.

2.7. Nadat A. en B. P. twee weken de tijd hadden gegeven om de RvB zelf te informeren heeft de financieel adviseur van MKA (de heer H.) op verzoek van A. en B. de RvB op 19 juni 2017 geïnformeerd over de wijze van registratie en declaratie door P. De RvB heeft daarop, met een brief van 31 juli 2017 die mede ondertekend is door de voorzitter van de VMS, aan P. een formele waarschuwing gegeven en aangekondigd een onderzoek te zullen verrichten naar P.'s patiëntadministratie en declaratiewijze. De RvB heeft daarbij tevens verzocht dat MKA binnen twee weken maatregelen zou treffen op basis waarvan zou worden gewaarborgd dat de administratie en de daarop gebaseerde declaraties zouden voldoen aan de wet- en regelgeving. Deze brief is indertijd niet ter kennis gebracht van A. en B..

2.8. A. en B. hebben ook een eigen onderzoek verricht naar de wijze van declareren van P.. Op grond van een tijdens dit onderzoek gerezen verdenking van fraude hebben A. en B. in hun brief van 3 augustus 2017 aan P. meegedeeld dat zij het niet mogelijk achtten dat MKA nog langer van zijn diensten als kaakchirurg gebruik zou maken. P. en zijn praktijkvennootschap hebben daarop in een tegen MKA, B. en A. aangespannen kort geding een vordering ingesteld die, kort samengevat, strekte tot opheffing van de schorsing die huns inziens besloten lag in de brief van 3 augustus 2017. De voorzieningenrechter heeft deze vordering bij vonnis van 14 september 2017 afgevoerd.

2.9. Inmiddels had op 7 augustus 2017 in de polikliniek van het ziekenhuis een escalatie plaatsgevonden in de verhouding tussen P. en A., toen P. ondanks de schorsing zijn spreekuur wilde houden en A. hem dit belette. Een lid van de RvB is getuige geweest van deze escalatie. De RvB heeft vervolgens op 7 augustus 2017 ten opzichte van MKA een voorziening getroffen die inhield dat P. tijdelijk geen werkzaamheden als kaakchirurg in het ziekenhuis meer zou verrichten. P. heeft na 7 augustus 2017 geen werkzaamheden meer in het ziekenhuis uitgevoerd. Op 14 augustus 2017

heeft de RvB overleg gevoerd met de drie kaakchirurgen en de zojuist bedoelde voorziening betreffende P. opgeheven met als reden dat geen grond bestond om aan diens medische kwaliteiten te twifelen. In een e-mailbericht van 15 augustus 2017 heeft het zojuist bedoelde lid van de RvB aan de drie kaakchirurgen (en anderen) onder meer – en samengevat – bericht dat (i) het oplossen van conflicten in de onderlinge samenwerking binnen MKA een interne gelegenheid van MKA is, waarbij aan het ziekenhuis in beginsel geen rol toekomt en (ii) het ziekenhuis niet twijfelt aan het medisch-technisch handelen van P. of van de overige kaakchirurgen van MKA en bij deze stand van zaken geen aanleiding bestaat om de tijdelijke voorziening van 7 augustus 2017 inzake het (niet) verrichten van patiëntenzorg door P., hangende het vinden van een oplossing voor het interne conflict binnen MKA, te laten voortduren. Deze voorziening is daarom ingetrokken.

2.10. MKA heeft dit bericht van de RvB opgevat als een teken dat de RvB het probleem geheel op haar bord neerlegde. Zij is voortgegaan met haar eigen onderzoek. Dit heeft geleid tot een e-mailbericht van 28 augustus 2017 van B., mede namens A., aan de RvB waarin hij uitleg heeft gegeven over de “sleutel” aan de hand waarvan uit de patiëntgegevens van P. te herleiden is in welke gevallen en hoe hij bij zijn frauduleuze handelingen tewerk is gegaan. Deze e-mail bevatte niet-geanonimiseerde patiëntgegevens. De RvB heeft nog diezelfde dag per e-mail aan A. en B. meegedeeld dat het hun niet is toegestaan patiëntgegevens te gebruiken voor een ander doel dan de medische behandeling van de patiënten in kwestie.

2.11. In een overleg op 30 augustus 2017 heeft de RvB van MKA verlangd dat zij een gezamenlijk, door de drie aandeelhouders van MKA te ondertekenen, protocol betreffende dossiervorming en administratie zou afgeven.

2.12. De RvB heeft met een brief van 4 september 2017 aan A. en B. een formele waarschuwing gegeven over het volgens haar oneigenlijk gebruik dat A. en B. bij hun onderzoek naar het declaratiegedrag van P. hebben gemaakt van de patiëntadministratie.

2.13. Op 6 september 2017 heeft MKA (vertegenwoordigd door de praktijkvennootschap van P.) aan de Ondernemingskamer verzocht om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van MKA over de periode vanaf maart

2017. Als wederpartij is eveneens MKA opgetreden (in dit opzicht vertegenwoordigd door de praktijkvennootschappen van B. en A.), terwijl de respectieve praktijkvennootschappen van P., B. en A. zijn aangemerkt als belanghebbenden. Op 20 september 2017 heeft in deze procedure de mondelinge behandeling plaatsgevonden waarbij enkele vertegenwoordigers van de RvB als toehoorder aanwezig waren. A. en B. hebben zich tijdens deze zitting kritisch uitgelaten over de RvB.

2.14. Op 7 september 2017 hebben A. en B. aan de RvB verzocht om de aan hen opgelegde waarschuwing in te trekken. De RvB heeft daaraan geen gevolg gegeven. Op 12 september 2017 heeft de RvB schriftelijk aan MKA verzocht om uiterlijk op 15 september 2017 een door alle drie bestuursleden van MKA ondertekend protocol beschikbaar te stellen. A. en B. hebben op 15 september 2017 daarop gereageerd met afgifte van een door hen beiden ondertekende versie van het bedoelde protocol. Dit heeft geleid tot een brief van 15 september 2017 van de RvB aan MKA waarin is geconstateerd dat MKA er gedurende enkele weken niet in was geslaagd om een gezamenlijk gedragen protocol betreffende de administratie en dossiervorming te vervaardigen en voorts dat de samenwerking binnen MKA ernstig verstoord is.

2.15. Op 18 of 19 september 2017 is het eigen onderzoek van de RvB naar declaraties van P. afgerond. Blijkens dit onderzoek betrof de fraude 38 gevallen. De RvB heeft de bevindingen van het onderzoek verstrekt aan MKA.

2.16. Naar aanleiding van de eerder bedoelde zitting van de Ondernemingskamer op 20 september 2017 heeft de RvB met een brief van 21 september 2017 A. en B. verzocht om te verschijnen op een bijeenkomst op 25 september 2017. Beiden zijn daar, met hun toenmalige advocaat, verschenen. Zij hebben het gesprek voortijdig beëindigd. Van het onafgemaakte gesprek hebben zij een bandopname laten maken waarop het besprokene is te horen.

2.17. Met een brief van 25 september 2017 heeft de RvB, met toepassing van artikel 13.1 van bijlage 2 bij de samenwerkingsovereenkomst, aan A. en B. de toegang tot het ziekenhuis ontzegd op grond van – zakelijk weergegeven – het feit dat A. en B. op 25 september 2017 een gesprek met de RvB hadden afgebroken, waardoor de RvB niet in de gelegenheid was gesteld met hen te spreken over (a) de problemen binnen MKA, nadat was

komen vast te staan dat de (mede)bestuurder/aandeelhouder P. opzettelijk onjuist had gedeclareerd, (b) de negatieve uitlatingen van A. en B. over de RvB tijdens de zitting van de Ondernemingskamer op 20 september 2017 en (c) het voornemen van haar, de RvB, om de samenwerkingsovereenkomst op te zeggen.

2.18. C. heeft met een brief van 29 september 2017 de samenwerkingsovereenkomst met MKA opgezegd tegen 1 april 2018, en wel op de in artikel 11.1.2 van deze overeenkomst genoemde grond (te weten: “Indien wegens gebrek aan samenwerking door de andere partij voortzetting van deze Overeenkomst redelijkerwijs niet kan worden geveerd van deze Partij”), alsmede op de in artikel 11.1.3 genoemde grond (te weten: “(overige) omstandigheden, welke van dien aard zijn dat redelijkerwijs niet kan worden verlangd dat deze Partij de Overeenkomst in stand houdt”).

2.19. MKA heeft, met een uitgebreid e-mailbericht van 5 oktober 2017 van A. aan de RvB, bezwaar gemaakt tegen de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst. MKA heeft, samen met A. en B. en hun respectieve praktijkvennootschappen, op 19 oktober 2017 een kort geding bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Z. tegen C. aanhangig gemaakt. In dit kort geding vorderden zij een voorlopige voorziening tot (onder meer) volledige nakoming van de samenwerkingsovereenkomst. In het kort geding hebben drie zittingen plaatsgevonden: op 31 oktober 2017, op 20 november 2017 en op 26 februari 2018.

2.20. Bij beschikking van 23 oktober 2017 had de Ondernemingskamer inmiddels, naar aanleiding van het eerder bedoelde enquêteverzoek, geoordeeld dat sprake was van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken binnen MKA en daarbij het volgende overwogen:

“3.3 Als gevolg van het onjuiste declareren is, zoals ook ter zitting is gebleken de verhouding tussen P. enerzijds en B. en A. anderzijds ernstig verstoord. Als gevolg daarvan functioneert het bestuur van MKA, de vennootschap waarin zij hun professionele samenwerking hebben ondergebracht in die zin niet langer dat geen overleg meer plaatsvindt tussen bestuurders. Door P. enerzijds en B. en A. anderzijds zijn onderzoeken gestart naar de wijze van registratie en declaratie door de ander, waarbij zij zich inzage hebben verschaft tot elkaars patiëntgegevens.

3.4 De problemen binnen MKA hebben hun weerslag op de relatie tussen MKA en het ziekenhuis, dat direct bij de problemen betrokken is geraakt door het disfunctioneren van de vakgroep kaakchirurgie, de onjuiste registratie van patiëntgegevens en het onjuist declareren van behandelingen. Het ziekenhuis heeft MKA meermaals te verstaan gegeven dat aan de ontstane situatie een eind moet komen en verzocht te melden welke maatregelen zij neemt ten einde te waarborgen dat de administratie en de daarop gebaseerde declaraties bij het ziekenhuis voldoen aan wet- en regelgeving. MKA is niet in staat geweest adequaat op dit verzoek te reageren. Dit komt in het bijzonder tot uiting in het getoonde onvermogen te voldoen aan de – herhaaldelijk gegeven – opdracht van het ziekenhuis gezamenlijk een protocol op te stellen ter waarborging van de dossiervoering en de administratie binnen MKA.”

2.21. De Ondernemingskamer heeft een onderzoek bevolen over de periode vanaf maart 2017 en tevens, bij wijze van onmiddellijke voorziening, een nader aan te wijzen persoon benoemd om dit onderzoek te verrichten alsmede een bestuurder van MKA met beslissende stem benoemd.

2.22 Op 31 oktober 2017 hebben C. en P. een vaststellingsovereenkomst ondertekend die, samengevat, onder meer het volgende inhoudt. P. vertrekt per direct als kaakchirurg uit het ziekenhuis en zal dienaangaande geen rechtsmaatregelen treffen tegen C.. Hij zal C. een nader te bepalen bedrag betalen als vergoeding voor de schade die C. heeft geleden door de fraude van hem, P. C. zal aan anderen dan P. zelf geen mededelingen doen over de fraude of over de vaststellingsovereenkomst, tenzij contractuele verplichtingen of wet- en regelgeving haar daartoe verplichten. De vaststellingsovereenkomst geldt ook voor de praktijkvennootschap van P.

2.23. Met een brief van 3 november 2017 heeft de RvB aan de nieuw benoemde bestuurder met beslissende stem van MKA bericht dat met P. de afspraak was gemaakt dat deze niet langer als kaakchirurg in het ziekenhuis werkzaam zou zijn. De RvB heeft hieraan toegevoegd dat zij aannam dat MKA dit verder met P. zou afwickelen.

2.24 Bij de tweede zitting in het nog lopende kort geding voor de voorzieningenrechter te Z. (op 20 november 2017) heeft de voorzieningenrechter bij wijze van ordemaatregel partijen opgedragen verder te onderhandelen. De partijen hebben daar gevolg aan gegeven. MKA (vertegenwoordigd

door de tijdelijk benoemde bestuurder), A., B. en C. hebben met elkaar overlegd over voortzetting van de samenwerkingsovereenkomst en opheffing van de toegangszeggingsen. Dit overleg heeft er aanvankelijk toe geleid dat C. de toegangszegging van A. en B. ongedaan heeft gemaakt en dat B. zijn werkzaamheden in het ziekenhuis kon hervatten. De toelating van A. heeft maar kort geduurd. C. heeft de opheffing van de toegangszegging weer ongedaan gemaakt nadat A. in een persoonlijke brief aan de voorzieningenrechter te kennen had gegeven het kort geding te willen voortzetten. Volgens C. heeft A. zich daarbij laagdunkend uitgelaten over haar. Het MKA en C. hebben daarna geen overeenstemming bereikt over verlenging van de samenwerkingsovereenkomst. In verband daarmee is het kort geding voortgezet en heeft – op 26 februari 2018 – de derde zitting van het kort geding plaatsgevonden. Daarbij was B., die intussen weer aan het werk was in het ziekenhuis, niet aanwezig. B. heeft zijn vordering in het kort geding niet gehandhaafd.

2.25. Bij vonnis van 16 maart 2018 heeft de voorzieningenrechter C. veroordeeld om A. en diens praktijkvennootschap met ingang van 19 maart 2018 weer toegang te verlenen tot het ziekenhuis opdat A. zijn werkzaamheden als medisch specialist in de vakgroep Kaakchirurgie kon hervatten. C. is daarbij ook veroordeeld tot correcte, volledige en tijdige nakoming van de samenwerkingsovereenkomst totdat het Scheidsgerecht bij arbitraal vonnis zou hebben beslist op een door MKA binnen 30 dagen na de datum van het kort geding vonnis in te stellen beroep tegen de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst door C..

2.26 A. heeft met ingang van begin april 2018 zijn werkzaamheden in het ziekenhuis hervat.

2.27. Bij brief van 9 mei 2018 heeft MKA bij het Scheidsgerecht beroep ingesteld tegen de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst door C..

2.28. Met een brief van 26 juni 2018 heeft C. de samenwerking met eiseres opnieuw (voor zover vereist) opgezegd, en wel tegen 1 januari 2019. Ter toelichting heeft C. hierbij onder meer het volgende opgemerkt:

“7. De gronden van de opzegging zijn gelijk aan de gronden die worden genoemd in de opzeggingsbrief van 29 september 2017. Sindsdien hebben zich verschillende ontwikkelingen voorgedaan, die slechts de juistheid van de beslissing van de Raad van Bestuur van [C.] tot opzegging

van de samenwerkingsovereenkomst hebben bevestigd. Bijvoorbeeld is dat geweest de uitspraak van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof X. d.d. xxx, waarin de Ondernemingskamer ten aanzien van [MKA] een externe bestuurder met beslissende stem heeft benoemd en voorts een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van [MKA] heeft bevolen over de periode vanaf maart 2017. Daarbij heeft de Ondernemingskamer onder meer overwogen:

“Het ziekenhuis heeft [MKA] meermaals te verstaan gegeven dat aan de ontstane situatie een einde moet komen en verzocht te melden welke maatregelen zij neemt teneinde te waarborgen dat de administratie en de daarop gebaseerde declaraties bij het ziekenhuis voldoen aan wet- en regelgeving. [MKA] is niet in staat geweest adequaat op dit verzoek te reageren. Dit komt in het bijzonder tot uiting in het getoonde onvermogen te voldoen aan de – herhaaldelijk gegeven – opdracht van het ziekenhuis gezamenlijk een protocol op te stellen ter waarborging van de dossiervoering en de administratie binnen [MKA]. [MKA] heeft door het ziekenhuis gestelde deadlines niet gehaald.”

8. Voorts heeft de Ondernemingskamer overwogen:

“Het belang van [MKA] bij oplossing van het conflict met het ziekenhuis maakt het nodig dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. B. en A. voeren weliswaar aan dat zij de meerderheid van de aandelen hebben en dus in staat zijn P. als bestuurder te ontslaan, maar dit neemt niet weg dat in het belang van [MKA] de samenwerkingsrelatie met het ziekenhuis dient te worden genormaliseerd en de verhoudingen binnen [MKA] dienen te worden geregeuleerd.”

9. De Ondernemingskamer heeft zodoende bevestigd hetgeen de Raad van Bestuur van [C.] ook al had geconstateerd, te weten dat het bestuurlijk vermogen van [MKA] onvoldoende is en dat het bestuur van [MKA] niet in staat is om een goede samenwerking met [C.] tot stand te brengen.

10. In de afgelopen maanden is ons niet gebleken dat de situatie binnen [MKA] en de relatie tussen [MKA] en de Raad van Bestuur of het Stafbestuur enigszins verbeterd is. Nog steeds blijkt uit alles dat met [MKA] feitelijk geen afspraken te maken zijn, bijvoorbeeld omdat op gemaakte afspraken toch weer wordt teruggekomen.

11. Voorts heeft de Raad van Bestuur van [C.] geen reden om aan te nemen dat bij [MKA] in-

middels sprake is van hersteld vertrouwen in de Raad van Bestuur. De brief van A. uit januari 2017 is niet ingetrokken, voor de uitingen van A. en B. tijdens de zitting bij de Ondernemingskamer op 20 september 2017 zijn geen duidelijke verklaringen, het gedrag van A. en B. tijdens de bespreking op 25 september 2017 is nog steeds niet van motivatie voorzien, en zowel de brief van A. van 18 december 2017 aan de voorzieningenrechter als de inhoud van de memorie van eis die door [MKA] bij het Scheidsgerecht Gezondheidszorg is ingediend geven blijk van het ontbreken van begrip voor en vertrouwen in de Raad van Bestuur. Dat is geen basis voor samenwerking binnen een ziekenhuis. Dit is ook al toegelicht in de memorie van antwoord die wij bij het Scheidsgerecht in het geding hebben gebracht. De inhoud van die memorie van antwoord dient hier als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

12. Conclusie is dat er nog steeds een gebrek aan samenwerking is zoals bedoeld in artikel 11.1.2 van de samenwerkingsovereenkomst, althans dat er sprake is van omstandigheden zoals bedoeld in artikel 11.1.1.3 samenwerkingsovereenkomst, dat van [C.] redelijkerwijs niet kan worden gevergd/verlangd dat de overeenkomst met [MKA] wordt voortgezet dan wel in stand wordt gehouden. Het is weinig zinvol om de argumenten die door de Raad van Bestuur van [C.] inmiddels in de vele overleggen en in de verschillende juridische procedures naar voren zijn gebracht hier te herhalen. U bent met die argumenten inmiddels ruim bekend.”

2.29. Op 18 juli 2018 heeft MKA bij het Scheidsgerecht bezwaar gemaakt tegen deze nieuwe opzegging met het verzoek de behandeling daarvan te voegen met de reeds aanhangig gemaakte zaak.

2.30. Het Scheidsgerecht Gezondheidszorg heeft bij arbitraal vonnis van 17 september 2018 voor recht verklaard dat de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst van partijen heeft te gelden als een opzegging per 1 januari 2019 en dat de overeenkomst met ingang van die datum is geëindigd.

2.31. Op 1 januari 2019 is op grond van de uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg de samenwerking tussen MKA en C. tot een einde gekomen.

2.32. Op 20 februari 2019 hebben A. en B. het thans behandelde toetsingsverzoek ingediend.

### 3. De standpunten van partijen

3.1. Verzoekers vragen om het handelen van (de RvB en de RvT van) C. en de VMS te toetsen aan de principes van de Code, en meer in het bijzonder:

(a) principes 1.1 en 1.3 van de Code, nu de RvB de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd en daarmee welbewust de continuïteit van de patiëntenzorg en de toegang tot goede zorg in gevaar heeft gebracht;

(b) principes 2.1 en 2.2 van de Code, nu de RvB zich schuldig heeft gemaakt aan “verdeel en heers tactiek”, onnodig lang heeft gewacht met onderzoek naar de fraude, een geheime vaststellingsovereenkomst heeft gesloten met P, en nimmer excuses heeft aangeboden voor de gang van zaken;

(c) principe 2.3 van de Code, nu de RvB A. en B., nadat zij misstanden aan de kaak hadden gesteld, de toegang tot het Ziekenhuis heeft ontzegd en de samenwerkingsovereenkomst met hen heeft opgezegd;

(d) principe 2.4 van de Code, nu de RvB geen tegenspraak van A. en B. heeft geduld en mede naar aanleiding van hun (negatieve) uitlatingen in de procedure bij de Ondernemingskamer is overgegaan tot opzegging van de samenwerkingsovereenkomst;

(e) principe 2.5.2 van de Code, nu de RvB – kennelijk met de instemming van de RvT – niet heeft voorzien in een klokkenluidersregeling;

(f) principe 2.6.1 van de Code, nu mogelijk sprake was van belangenverstrengeling;

(g) principe 4.1 van de Code, nu een specifiek lid van de RvB de fraude “onder de pet” heeft willen houden, P. de hand boven het hoofd heeft gehouden en de relatie met P. verkoos boven good governance;

(h) principe 5.4 van de Code, nu de RvB een risico nam door P., nadat zijn fraude aan het licht was gekomen, weer aan het werk te laten gaan;

(i) principe 5.6 van de Code, nu de RvB de RvT niet volledig lijkt te hebben geïnformeerd;

(j) principe 6.4 van de Code, nu de RvT de RvB de hand boven het hoofd heeft gehouden.

3.2. Voor zover het toetsingsverzoek betrekking heeft op AMS stellen verweerders zich op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd is om een oordeel te geven over het handelen van de AMS, nu artikel 6 lid 1 van het Reglement bepaalt dat de taak van de Commissie is om toetsing van de naleving van één of meer principes van de

Code door een zorgorganisatie te toetsen. AMS is niet als zodanig aan te merken.

3.3. Overigens stellen verweerders primair dat verzoekers niet-ontvankelijk zijn omdat sprake is van een situatie als bedoeld in:

(a) artikel 12 lid 2 aanhef en sub a van het Reglement: verzoekers zijn als zodanig geen belanghebbende (geweest) bij de besluitvorming die heeft geleid tot het opzeggen van de samenwerkingsovereenkomst met MKA, nu die opzegging slechts MKA als B.V. betrof en niet hen in privé;

(b) artikel 12 lid 2 aanhef en sub b van het Reglement: verzoekers hebben niet tevoren schriftelijk een verzoek tot naleving van één of meer principes van de Code aan de RvB kenbaar gemaakt;

(c) artikel 12 lid 2 aanhef en sub c van het Reglement: het toetsingsverzoek heeft betrekking op vermogensrechtelijke geschillen en op eigen rechtspositionele aangelegenheden van verzoekers, die zich immers beklagen over het verlies van hun praktijk;

(d) 12 lid 2 aanhef en sub d: het toetsingsverzoek heeft betrekking op besluiten of andere aangelegenheden waarover een procedure aanhangig is (geweest), in het bijzonder de procedure bij het Scheidsgerecht Gezondheidszorg waarin reeds een oordeel is gegeven over de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst;

(e) artikel 12 lid 2 aanhef en sub e: ten tijde van indiening van het verzoek waren meer dan twaalf maanden verstreken na de toegangsonzegging d.d. 25 september 2017 en de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst d.d. 29 september 2017.

3.4. Voor zover verzoekers ontvankelijk mochten worden geacht, stellen verweerders subsidiair dat niet is gehandeld in strijd met de principes uit de Code. Alle relevante besluiten zijn genomen door de voltallige RvB, waarbij steeds het bestuur van de VMS is geraadpleegd en ook de RvT op de hoogte is gesteld en met de besluitvorming instemde. Van een “persoonlijke strijd” van individuele leden van de RvB tegen MKA en/of A. en B. was geen sprake. De door P. gepleegde fraude is evenmin door de (leden van de) RvB “gebagatelliseerd”. De fraude is op dossierniveau onderzocht, waarbij de uitkomst van het onderzoek tevens is gecontroleerd door een externe instantie. De zorgverzekeraars zijn geïnformeerd en het teveel gedeclareerde is aan die zorgverzekeraars terugbetaald. Voorts is, nadat het onderzoek was afgerond, met P. een overeenkomst gesloten die in-

hield dat hij niet meer als kaakchirurg in het Ziekenhuis werkzaam zou zijn. De RvB heeft zowel de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) als de Nederlandse Zorg-autoriteit (NZA) als het Openbaar Ministerie over de fraude geïnformeerd. Er is dan ook geen sprake van dat de RvB “de fraude onder de pet wilde houden” en P. “volledig in bescherming” heeft genomen. A. en B. bleken in september 2017 niet meer bereid om met de RvB en het bestuur van de VMS te communiceren over de gerezen problemen en ontrokken zich volledig aan de eindverantwoordelijkheid van de RvB. Dat is niet acceptabel en dan moet een RvB ingrijpen.

#### 4. De beoordeling van de verzoeken

4.1. VMS heeft zich terecht op niet ontvankelijkheid van verzoekers beroepen voor zover hun verzoek mede is gericht tegen VMS. VMS is niet een zorgorganisatie die lid is van een of meer deelnemende brancheorganisaties zoals bedoeld in artikel 1 lid 6 van het Reglement. Blijkens artikel 6 lid 1 van het Reglement heeft de Commissie alleen tot taak de behandeling van verzoeken tot toetsing van naleving van de Code door een zorgorganisatie.

4.2. Het verzoek is overigens gericht tegen C.. In het kader daarvan kan ook het handelen van organen van de stichting, zoals de RvB en RvT, dat aan de stichting moet worden toegerekend, worden getoetst aan de Code.

4.3. C. heeft zich op verschillende gronden beroepen op niet ontvankelijkheid van de verzoekers. In de eerste plaats beroept C. zich erop dat verzoekers geen belanghebbenden zijn in de zin van het Reglement. Volgens artikel 1 lid 8 van het Reglement is de belanghebbende de natuurlijke of rechtspersoon die rechtstreeks bij de zorgorganisatie is betrokken en op enigerlei wijze nadeel ondervindt van de wijze van naleving van de Code door de zorgorganisatie. Het staat vast dat verzoekers als kaakchirurgen werkzaam in het ziekenhuis rechtstreeks bij C. waren betrokken. Het enkele feit dat zij dat thans niet meer zijn (als gevolg van de gebeurtenissen die zij aan hun toetsingsverzoek ten grondslag leggen) maakt volgens vaste jurisprudentie van de Commissie niet dat zij geen belanghebbenden meer zijn. Verzoekers hebben er nog belang bij om aan de orde te stellen of de gang van zaken van de zijde van C. in overeenstemming is geweest met de principes van de Code. Dat verzoekers niet in persoon maar via

hun praktijkvennootschappen een samenwerkingsovereenkomst met C. hadden, doet hieraan niet af.

4.4. Verder heeft C. zich erop beroepen dat verzoekers hun verzoek tot naleving van de Code niet tevoren schriftelijk aan de RvB van de zorgorganisatie hebben kenbaar gemaakt. Hoewel niet gebleken is dat zij dat hebben gedaan, kan dat in de gegeven omstandigheden niet tot niet-ontvankelijkheid leiden. Het bepaalde in artikel 12 lid 2 onder b van het Reglement strekt ertoe de zorgorganisatie de gelegenheid te geven met de verzoeker constructief overleg te voeren en naar aanleiding daarvan zo nodig maatregelen te nemen. In een geval als dit kan dat doel niet meer worden verwezenlijkt.

4.5. Voorts heeft C. zich erop beroepen dat het toetsingsverzoek betrekking heeft op vermogensrechtelijke geschillen zoals bedoeld in artikel 12 lid 2 onder c van het Reglement. Ook daarin kan het C. niet worden gevolgd. Het is op zichzelf juist dat de gebeurtenissen die aan het toetsingsverzoek ten grondslag liggen plaatsgevonden hebben in het kader van een vermogensrechtelijk geschil betrekking hebben op de samenwerking tussen MKA en C. dat beheerst wordt door de samenwerkingsovereenkomst. Het moet worden onderkend dat het onderhavige toetsingsverzoek ten zeerste met dat geschil is verweven. Niettemin kan het handelen van de zorgorganisatie in het kader van dit geschil als zodanig aan de Code worden getoetst zonder daarvoor in een beoordeling van het onderliggende geschil te treden. De grens tussen een (her)beoordeling van dat geschil en het toetsen van het handelen aan de Code is echter niet scherp. Daarom zal bij de toetsing wel enige terughoudendheid in acht moeten worden genomen (zie ook hierna).

4.6. In de vierde plaats heeft C. zich erop beroepen dat het toetsingsverzoek betrekking heeft op aangelegenheden waarover procedures aanhangig zijn zoals bedoeld in artikel 12 lid 2 onder d van het Reglement. Het beroep daarop kan evenmin worden gehonoreerd. Er hebben vele procedures plaatsgevonden over het geschil, maar niet gebleken is dat er thans nog procedures aanhangig zijn. Zoals hiervoor gezegd zal wel ten aanzien van het vermogensrechtelijk geschil dat de inzet is geweest van die procedures en waarover oordelen en beslissingen in die procedures zijn gegeven enige terughoudendheid moeten worden betracht



in het kader van de beoordeling van het toetsingsverzoek.

4.7. Ten slotte faalt ook het beroep op artikel 12 lid 2 onder e van het Reglement. De termijn van twaalf maanden gaat pas lopen na de vermelding van de kwestie in het jaarlijkse verantwoordingsdocument. Het is niet gebleken dat vermelding van die kwestie heeft plaatsgevonden in een verantwoordingsdocument. In het midden kan blijven of deze eis hier op zijn plaats is. Het beroep op niet ontvankelijkheid stuit in ieder geval daarop af dat de gebeurtenissen die aan het toetsingsverzoek ten grondslag zijn gelegd zich in de tijd hebben uitgestrekt tot en met de nadere opzeggingsbrief van C. van 26 juni 2018. Het toetsingsverzoek is ingediend op 20 februari 2019 en dus ruim binnen twaalf maanden nadien.

4.8. Het toetsingsverzoek heeft betrekking op gebeurtenissen die zich tussen verzoekers, hun voormalige collega P., MKA en C. hebben afgespeeld tussen april 2017 en september 2018 en die uiteindelijk hebben geleid tot beëindiging door C. van de samenwerkingsovereenkomst met MKA en tot het vonnis van het Scheidsrecht Gezondheidszorg van 17 september 2018 op het daartegen door MKA ingestelde beroep en het vertrek van verzoekers uit C.. Tussen de verschillende betrokkenen hebben diverse procedures plaatsgevonden waarin door verschillende (scheids)rechterlijke instanties beslissingen zijn gegeven. In het kader van dit toetsingsverzoek hebben verzoekers het hele geschil met alle gebeurtenissen uitvoerig aan de orde gesteld. Het is niet aan de Commissie om een herbeoordeling of evaluatie daarvan te geven aan de hand van civielrechtelijke normen. In dit toetsingsverzoek kan alleen aan de orde komen of van de zijde van C. principes van de Code zijn geschonden. Verzoekers hebben in hun verzoek niet expliciet aangegeven welke principes van de Code in hun visie zijn geschonden. Kort voor de mondelinge behandeling hebben zij een nader stuk ingediend waarin zij veel gebeurtenissen en gedragingen van de zijde van C. in verband brengen met vele bepalingen van de Code. Daarbij is vaak niet heel concreet aangegeven in welk opzicht de genoemde bepalingen zijn geschonden. De Commissie zal niet (de verwijzingen naar) al die bepalingen afzonderlijk in de toetsing betrekken. Het komt er in feite op neer dat verzoekers de vraag voorleggen of sprake is geweest van goed bestuur in de zin van de Code door de RvB in de wijze waarop de RvB heeft geopereerd

in de kwestie die tot beëindiging van de samenwerking heeft geleid. In de beoordeling daarvan is enige terughoudendheid op haar plaats om overschrijding van de grens met een herbeoordeling van het vermogensrechtelijke geschil te vermijden.

4.9. De kern van de klacht van verzoekers, zoals die ter zitting uitvoerig is besproken, is dat de RvB de geconstateerde fraude door P. tegemoet is getreden als een probleem van MKA dat binnen MKA maar moest worden opgelost en zelf geen verantwoordelijkheid heeft genomen. Voorop moet worden gesteld dat het hier om een bijzonder ernstige kwestie ging. De manier waarop door P. werd gefraudeerd om meer te declareren dan voor de uitgevoerde verrichtingen was toegestaan, had ook tot gevolg dat gegevens in patiëntendossiers omtrent uitgevoerde verrichtingen en dus omtrent de toestand van het gebit van de patiënt onjuist waren. Het handelen van P. viel daarbij mogelijk in strafrechtelijke termen van valsheid in geschrift en economische delicten. Met de fraude waren aldus rechtstreeks belangen van goede patiëntenzorg, publieke en maatschappelijke belangen van (financiële) betrouwbaarheid van de zorginstelling en de daarin werkzame personen en normen en waarden gemoeid. De Code beoogt onder andere te waarborgen dat dergelijke belangen voldoende worden betrokken in goed bestuur. Uit de stukken en uit de verklaringen ter zitting valt af te leiden dat de RvB de geconstateerde fraude inderdaad, in ieder geval in de eerste plaats, een kwestie vond die binnen MKA moest worden opgelost uitgaande van de opvatting dat de RvB op grond van de samenwerkingsovereenkomst met MKA alleen met MKA te maken had en het de verantwoordelijkheid van MKA was om dit probleem binnen MKA op te lossen opdat zij aan haar verplichtingen op grond van de samenwerkingsovereenkomst zou blijven voldoen. Uit oogpunt van goed bestuur was dat een te beperkte visie op de taak en verantwoordelijkheid van de RvB. De ernstige implicaties van de vastgestelde fraude stegen uit boven het niveau van een probleem dat in de eerste plaats intern binnen MKA moest worden opgelost. Van de RvB had met het oog hierop verwacht mogen worden dat hij meer eigen verantwoordelijkheid en regie had genomen. Weliswaar heeft de RvB zelf een onderzoek geëntameerd naar de precieze aard en omvang van de fraude door P., maar hij heeft kennelijk geen aanleiding in de fraude als zodanig gezien

maatregelen te treffen tegen P. vooruitlopend daarop anders dan door een waarschuwing aan het adres van P.. Op grond van artikel 13 van de samenwerkingsovereenkomst had de RvB de mogelijkheid om P. de toegang tot het ziekenhuis te ontzeggen na overleg met MKA. De geconstateerde fraude was een voldoende ernstige omstandigheid om daartoe over te kunnen gaan. Volgens de verklaring ter zitting van J. zag de RvB daarvoor geen aanleiding omdat hij verwachtte dat verder frauderen door P. achterwege zou blijven nu dit eenmaal bekend was geworden en het verder aan MKA was om maatregelen te nemen om te voorkomen dat dit weer zou kunnen gebeuren. Het is niet gebleken dat de RvB toen ook andere belangen in de afweging heeft betrokken, zoals het belang van het hooghouden van normen en waarden zowel intern als extern, de publieke en maatschappelijke belangen die gemoeid zijn met het vertrouwen dat binnen de zorgorganisatie adequaat tegen dergelijk frauduleus gedrag wordt opgetreden en de problemen waarmee verzoekers binnen MKA zouden worden geconfronteerd in geval P. als kaakchirurg verder werkzaam zou blijven. Van de zijde van verzoekers was begrijpelijk dat zij binnen MKA, een besloten vennootschap waarin kennelijk via één AGB-code werd gedeclareerd, niet verder wilden samenwerken met een partner die had gefraudeerd om niet zelf en met hun bedrijf met fraude geassocieerd te worden. De RvB heeft van MKA echter verlangd dat de verzoekers met P. bleven samenwerken en dat zij met elkaar een protocol op zouden stellen dat goede verdere samenwerking en juist declareren in de toekomst zou borgen, terwijl verzoekers er geen misverstand over lieten bestaan dat zij niet verder wensten samen te werken met een fraudeur. Het viel te voorzien dat verzoekers zouden trachten de samenwerking met P. te beëindigen en ook dat dit vooruitlopend daarop tussen hen tot problemen zou leiden zoals die zich hebben voorgedaan en waarbij ook de patiëntenzorg in het gedrang zou komen. Dit had waarschijnlijk vermeden kunnen worden met een andere benadering van de kwestie door de RvB en een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen.

4.10. Het lijkt weinig twijfel dat de hiervoor bedoelde benadering van de kwestie door de RvB de verdere escalatie die heeft plaatsgevonden in de hand heeft gewerkt. Dit neemt echter niet weg dat die escalatie mede ook het gevolg is geweest van de wijze waarop de verzoekers zich in het conflict

hebben opgesteld en daarin te werk zijn gegaan. Zo was het, hoewel in de gegeven omstandigheden misschien wel begrijpelijk, niet acceptabel dat verzoekers op eigen gezag onderzoek zijn gaan doen in dossiers van patiënten van P. en zelfs patiënten thuis zijn gaan bezoeken ter controle van hun gebit. Dat de RvB daartegen is opgetreden met een waarschuwing aan het adres van verzoekers lag in de rede. Niettemin moet worden geconstateerd dat de kwestie tot een wonderlijke gang van zaken heeft geleid waarin de non-actiefstelling van P. na het incident op de poli na korte tijd ongedaan werd gemaakt op grond van onder andere de overweging dat aan zijn medisch-technische bekwaamheid geen twijfel bestaat, maar vervolgens verzoekers vanwege hun houding in het gesprek op 25 september 2017 afwisselend op non-actief zijn gesteld en weer toegelaten en uiteindelijk de samenwerkingsovereenkomst met MKA is beëindigd en verzoekers uit het ziekenhuis moesten vertrekken, hoewel op hun functioneren als kaakchirurgen binnen het ziekenhuis (afgezien van het onder 2.5 weergegeven incident) kennelijk eerder niets aan te merken was geweest. Waarom C. met P. in dit verband apart een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten buiten verzoekers om is ook onduidelijk gebleven. Zo heeft het terecht aan de orde stellen van fraude door P. zich tegen de verzoekers gekeerd. Het is een onbevredigend resultaat als gevolg van een gang van zaken waarin de RvB niet alleen onvoldoende alle betrokken belangen heeft afgewogen, maar ook onvoldoende de regie heeft gehad. Het valt nauwelijks te betwijfelen dat dit alles schade heeft toegebracht aan de direct betrokken personen onder wie verzoekers, aan de kaakchirurgische zorg in het ziekenhuis doordat niet alleen P. maar alle kaakchirurgen in korte tijd uit het ziekenhuis verdwenen, aan de goede gang van zaken in het ziekenhuis, aan het imago van het bestuur van C., aan het vertrouwen dat het bestuur in charge was en aan de beeldvorming naar de buitenwereld. De Commissie komt tot de conclusie dat de RvB in de behandeling van de kwestie tekortgeschoten is in goed bestuur, zij het dat de verzoekers er zelf een aandeel in hebben gehad dat de zaak zo uit de hand is gelopen. Hoewel de RvB over een ruime marge van beleidsvrijheid beschikt in het maken van afwegingen in het kader van hetgeen goed bestuur verlangt, zeker ook in de wijze van opereren in concrete kwesties als hier aan de orde, moet worden vastgesteld dat het handelen van de RvB

onvoldoende in overeenstemming is geweest met bepaling 5.3 van de Code, in het bijzonder in het maken van een zorgvuldige en evenwichtige afweging tussen de belangen van cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden en in het handelen daarnaar. De door de RvB gemaakte afweging is op onderdelen mogelijk ook in strijd met andere bepalingen van de Code, maar daaraan zal de Commissie niet afzonderlijk toetsen nu in wezen ter discussie is gesteld of het gehele opereren van de RvB in de onderhavige kwestie de toets van goed bestuur kan doorstaan. Uit het voorgaande blijkt voldoende welke mede door de Code gewaarborgde aspecten de RvB onvoldoende in de te maken afwegingen heeft betrokken.

4.11. Een concrete schending van de Code die verzoekers aan de orde hebben gesteld is het ontbreken van een klokkenluidersregeling in C.. Ter zitting is door C. een klokkenluidersregeling overgelegd die blijkens de datering reeds gold sinds 30 maart 2010. Volgens C. is die regeling gepubliceerd op het intranet van C. dat voor alle in het ziekenhuis werkzame personen toegankelijk is. De Commissie heeft geen reden daaraan te twifelen. Bepaling 2.5.2 van de Code is in zoverre niet geschonden. Het staat wel vast dat die klokkenluidersregeling geen rol heeft gespeeld in de wijze waarop met de melding van de fraude door verzoekers is omgegaan. Volgens het C. hoefde dat ook niet omdat die regeling alleen voor werknemers in dienstverband geldt, niet voor zelfstandige ondernemers. Inderdaad lijkt de Code vooral werknemers op het oog te hebben. Of een klokkenluidersregeling ook zou moeten gelden voor zelfstandige ondernemers binnen de zorginstelling is aan de brancheorganisaties. In de gegeven omstandigheden had het op de weg van verzoekers gelegen aan de orde te stellen dat zij de klokkenluidersregeling op zichzelf toegepast wilden zien. Het is niet gebleken dat zij dat op enig moment hebben gedaan voordat de hele kwestie is geëscaleerd.

4.12. Verzoekers hebben niet specifiek aangevoerd dat ook de RvT in enig opzicht de Code heeft geschonden. De Commissie heeft dat ook niet vastgesteld.

#### 5. Het oordeel van de Commissie

De Governancecommissie Gezondheidszorg verklaart de verzoekers niet-ontvankelijk voor zover het toetsingsverzoek is gericht tegen VMS en oordeelt dat de Raad van Bestuur van C. bepaling 5.3 van de Governancecode Zorg heeft geschonden ten aanzien van de in 4.9 en 4.10 vermelde aspecten.

#### NOOT

1. Deze uitspraak van de Governancecommissie Gezondheidszorg ('Commissie') gaat over de handelwijze van een ziekenhuisbestuur in een kwestie die leidt tot de opzegging van een samenwerkingsovereenkomst met de bv die het ziekenhuis MKA-diensten leverde ('MKA-BV'). Daarmee is deze uitspraak een vreemde eend in de bijt, omdat de Commissie doorgaans oordeelt over vraagstukken die een directere relatie hebben met de inrichting van de governance van een zorgorganisatie. Voorbeelden zijn de portefeuilleverdeling binnen het bestuur (GC 19 februari 2018, 17/02) en het vervullen van een nevenfunctie door een bestuursvoorzitter (GC 30 september 2019, 19/05).

2. De opzegging van de samenwerkingsovereenkomst vindt haar oorsprong in gerommel binnen de MKA-BV. Dat gerommel explodeert als een van de drie kaakchirurgen de andere twee inlicht over zijn vondst om op 'een lucratieve manier' te declareren bij zorgverzekeraars. Anders dan deze kaakchirurg verwachtte, zijn de twee collega's niet gecharmeerd van zijn vondst. Deze waardering zal er mee te maken hebben dat deze vondst – blijkens deze uitspraak – geen maas in de declaratieregels betreft maar eerder kwalificeert als declaratiefraude. Als de twee kaakchirurgen dit bij de raad van bestuur van het ziekenhuis melden, geeft deze de kaakchirurg een waarschuwing en doet vervolgens onderzoek naar de precieze aard en omvang van de vermeende fraude. De raad van bestuur geeft voorts aan dit een conflict te vinden dat binnen de MKA-BV moet worden opgelost. Het interne conflict escaleert daarna zodanig dat de drie kaakchirurgen elkaar ontmoeten bij de voorzieningenrechter en de Ondernemingskamer (Rb. Rotterdam (vzr.) 14 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7604 en Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 2017,

ECLI:NL:GHAMS:2017:4490). De frauderende kaakchirurg vertrekt uiteindelijk.

3. Het ziekenhuis ziet hierna aanleiding om de samenwerkingsovereenkomst op te zeggen omdat de samenwerkingsproblematiek aanhoudt en de twee resterende kaakchirurgen zich structureel negatief opstellen jegens de raad van bestuur. De twee kaakchirurgen laten deze opzegging toetsen door de Rotterdamse voorzieningenrechter en het Scheidsgerecht Gezondheidszorg ('Scheidsgerecht'), dat de opzegging in stand houdt (Rb. Rotterdam (vzr.) 16 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2182 en SG 17 september 2018, 18/07 en 18/08).

4. De kaakchirurgen verzoeken vervolgens de Commissie de handelwijze van de raad van bestuur in opmaat naar de opzegging te toetsen aan de Governancecode Zorg 2017 ('Governancecode'). Hoewel art. 12 lid 2 sub c van het Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg ('Reglement') bepaalt dat een verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard als zijn verzoek betrekking heeft op een vermogensrechtelijk geschil, ziet de Commissie geen aanleiding de kaakchirurgen niet-ontvankelijk te verklaren. De Commissie overweegt dat de gebeurtenissen die aan het toetsingsverzoek ten grondslag liggen, plaatsvonden in het kader van een vermogensrechtelijk geschil en dat het verzoek 'ten zeerste' met dat geschil is verweven, maar dat 'het handelen van de zorgorganisatie in het kader van dit geschil als zodanig' kan worden getoetst aan de Governancecode 'zonder daarvoor in een beoordeling van het onderliggende geschil te treden'.

5. Ik begrijp deze overweging zo dat een verzoek over louter de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst tot niet-ontvankelijkheid van de kaakchirurgen had geleid, maar dat zij nu wel worden ontvangen omdat hun verzoek mede ziet op de feiten en omstandigheden in opmaat naar die opzegging. De Commissie zet hier volgens mij niet alleen haar deur open voor eenieder die niet kan verkroppen dat een zorgorganisatie zijn contract heeft beëindigd maar ook voor anderen die ontevreden zijn over enig 'handelen van de zorgorganisatie (...) als zodanig'. Hoewel de Commissie in 2012 al liet weten het ongewenst te vinden dat de toegang tot de Commissie nodeeloos wordt beperkt (GC 8 maart 2012, 11/02), kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat hiermee sprake is van een ruimer werkerrein van de

Commissie dan tot nu toe algemeen in beeld was.

6. De potentieel aanzuigende werking van deze uitspraak mag in mijn ogen dan ook niet worden onderschat, temeer omdat procederen bij de Commissie nagenoeg kosteloos kan: er hoeft geen griffierecht te worden betaald en een proceskostenveroordeling is niet mogelijk (art. 16 Reglement). Een rem op die aanzuigende werking zou kunnen worden gevonden in het feit dat de Commissie het niet haar taak vindt 'om in algemene zin een oordeel te geven over de hoofdlijnen van het financiële beleid van een zorgorganisatie en de daarin gemaakte keuzen en afwegingen van bestuurlijke en strategische aard' (GC 16 april 2018, 17/06). Ik heb geen reden om aan te nemen dat de Commissie met deze uitspraak voornoemde taakopvatting heeft willen verruimen, aangezien deze casuïstiek niet kwalificeert als (keuzen of afwegingen van bestuurlijke en strategische aard ten aanzien van) de hoofdlijnen van het financiële beleid van deze zorgorganisatie en het bovendien in de rede ligt dat de Commissie zo'n principiële ommezwaai expliciet had overwogen.

7. Voor de potentieel aanzuigende werking van deze uitspraak is verder relevant dat de Commissie er doorgaans geen onoverkomelijk bezwaar in ziet als verzoekers hun processtukken onvoldoende scherp formuleren (zie bijv. GC 26 februari 2019, «GJ» 2019/89, m.nt. Meersma & Verkerk en GC 10 december 2019, 19/01 en 19/02). Hoewel het Reglement vereist dat het verzoekschrift een nauwkeurige omschrijving en motivering van het verzoek bevat, verbindt de Commissie er dan ook geen gevolgen aan dat de kaakchirurgen in hun processtukken 'niet expliciet [hebben] aangegeven welke principes van de Code in hun visie zijn geschonden' en 'niet heel concreet [hebben] aangegeven in welk opzicht de genoemde bepalingen zijn geschonden'.

8. De Commissie ziet vervolgens reden om de processtukken van de kaakchirurgen te vertalen naar de algemene vraag 'of sprake is geweest van goed bestuur in de zin van de Code door de RvB in de wijze waarop de RvB heeft geopereerd in de kwestie die tot beëindiging van de samenwerking heeft geleid'. Zonder dat te expliciteren, toetst de Commissie hiermee aan Principe 5 van de Governancecode (Goed bestuur). Verderop blijkt dat de Commissie concreet toetst aan bepaling 5.3 van de Governancecode. Daarin staat dat

de raad van bestuur een zorgvuldige en evenwichtige afweging maakt 'tussen de belangen van de cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden'. Ik betwijfel of de opstellers van de Governancecode de bedoeling hadden om met deze bepaling een vangnetbepaling te creëren waarlangs ontevreden (ex-contract)partijen hun ontevredenheid kunnen kanaliseren.

9. De zorgorganisatie mag anderzijds van de Commissie verwachten dat zij ervan uitgaat dat de raad van bestuur 'over een ruime marge van beleidsvrijheid beschikt in het maken van afwegingen in het kader van goed bestuur, zeker ook in de wijze van opereren in concrete kwesties als hier aan de orde'. Een zoekactie in de uitspraken-database van de Commissie op 'beleidsvrijheid' en 'beleidsruimte' leert dat zij zich niet eerder uitspreekt over haar toetsingsintensiteit, maar ik neem aan dat zij een terughoudende toetsing voor ogen heeft. Een volle(re) toets ligt mijns inziens niet voor de hand als de belangen die zijn betrokken bij het te toetsen handelen en de daaruit voortvloeiende gevolgen niet geheel waren te overzien. Alleen als de raad van bestuur een evident onjuiste keuze maakt, lijkt mij plaats voor sanctiëring door de Commissie.

10. Deze toetsingsintensiteit kan de raad van bestuur echter niet baten als de Commissie haar toetsing vervolgens richt op de stelling en daaraan verbonden handelwijze van de raad van bestuur dat sprake was van een probleem dat in de eerste plaats binnen de MKA-BV moest worden opgelost. De Commissie oordeelt dat deze stellingname vanwege de ernstige implicaties van de fraude een te beperkte visie op de taak en verantwoordelijkheid van de raad van bestuur was. Zij doelt er met die ernstige implicaties op dat de declaratiefraude van de kaakchirurg ook tot gevolg had dat gegevens in patiëntendossiers over uitgevoerde verrichtingen en dus de toestand van het gebit van de patiënt onjuist waren, waarmee – volgens de Commissie – mogelijk in strafrechtelijke termen sprake was van valsheid in geschrifte en economische delicten. Uiteindelijk leidt voornoemde stellingname en het handelen van de raad van bestuur tot het oordeel dat bepaling 5.3 van de Governancecode is geschonden, in het bijzonder omdat de raad van bestuur onvoldoende zorgvuldig en evenwichtig een af-

weging heeft gemaakt van alle in die bepaling genoemde belangen.

11. Een van de handelingen die de Commissie de raad van bestuur verwijt is dat hij de kaakchirurg alleen een waarschuwing gaf terwijl de samenwerkingsovereenkomst de bevoegdheid gaf om een toegangsverbod op te leggen. Het komt mij op het eerste gezicht evenwel voor alsof de raad van bestuur daar op dat moment redelijkerwijs verdedigbare argumenten voor kon vinden, nu het ontbrak aan concreet gevaar voor de patiëntveiligheid en hij eigen onderzoek ging doen naar de precieze aard en omvang van de vermeende fraude. Een uitspraak van het Scheidsgerecht waarin de opzegging van een toelatingsovereenkomst vanwege declaratiefraude standhield (SG 18 juli 1997, 97/02), had de raad van bestuur enig juridisch comfort kunnen bieden voor een strengere handelwijze, maar mede indachtig de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is het daarmee voor mij niet zonneklaar dat de gekozen aanpak evident fout was.

12. Ik laat een inhoudelijke beschouwing van het oordeel verder rusten en richt mijn blik naar voren: wat moet het ziekenhuis naar aanleiding van deze uitspraak doen en wat kunnen de kaakchirurgen doen?

13. Uitspraken van de Commissie hebben niet de rechtskracht van een arbitraal vonnis of bindend advies, maar de Governancecode schrijft wel voor wat een zorgorganisatie moet doen bij een uitspraak waarin wordt geoordeeld dat de Governancecode niet goed is toegepast. Allereerst is de zorgorganisatie aan zet. Zij moet haar governance aanpassen conform de uitspraak. Als dat niet gebeurt, treedt de brancheorganisatie in overleg met de zorgorganisatie om de governance aan te passen. Als dat geen resultaat heeft, kan de brancheorganisatie maatregelen nemen waaronder schorsing of roeyement van de zorgorganisatie. Een voorbeeld is Buurtzorg, dat naar aanleiding van een uitspraak van de Commissie en daaropvolgend overleg met ActiZ in augustus 2019 haar governancereglementen aanpaste.

14. In de Governancecode staat dat hiernaast ook externe toezichthouders kunnen reageren op zorgorganisaties waar de governance niet op orde is. Hiermee wordt de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd ('IGJ') bedoeld, die het tot haar taak rekent toezicht te houden op de governance van zorginstellingen. Hoewel de juridische basis van dat toezicht uiterst twijfelachtig is (zie

bijv. J.G. Sijmons, 'Over de "open normen" van goed bestuur en handhaving na invoering van de Wkkgz', *TvGR* 2016/2), weerhield dat de IGJ er niet van het toezichtkader Toezicht op Goed Bestuur ('Toezichtkader') op te stellen. De IGJ bestempelt de Governancecode in het Toezichtkader als breed gedragen veldnorm die voor alle zorgaanbieders geldt. Een uitspraak van de Commissie waarin wordt geoordeeld dat de Governancecode niet goed is toegepast, kan dus reden zijn voor de IGJ om maatregelen te treffen. De kaakchirurgen kunnen zich daarvoor met een handhavingsverzoek wenden tot de IGJ. Die moet daar vanwege de op haar rustende beginselplicht tot handhaving serieus naar kijken.

15. Van beide routes vraag ik mij echter af tot welke concrete aanpassing dat zou moeten leiden in de governance van dit ziekenhuis, nu herstel van de geschonden norm lastig voorstelbaar is. De feiten liggen immers in het verleden en de uitspraak ziet uitdrukkelijk niet op de geldigheid van de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst. Mogelijk zou in de statuten of het bestuursreglement van dit ziekenhuis kunnen worden opgenomen dat de raad van bestuur te allen tijde een zorgvuldige en evenwichtige afweging zal maken tussen de belangen van de cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden. Ik betwijfel echter of dat in deze casus tot een materieel andere aanpak door de raad van bestuur had geleid. Ook vind ik het onzeker of zo'n aanpassing zou leiden tot enige materiële wijziging in de governance-documenten van dit ziekenhuis. Bepaling 5.3 van de Governancecode is sinds juli 2017 namelijk woordelijk opgenomen in de modelstatuten van NVTZ-NVZD en maakt mogelijk dus al deel uit van die documenten.

16. Alles overziend, leert deze uitspraak dat de Commissie niet alleen potentieel meekijkt bij aangelegenheden in de directe governance van zorgorganisaties maar ook bij ieder ander handelen, met uitzondering van (keuzen en afwegingen van bestuurlijke en strategische aard ten aanzien van) de hoofdlijnen van het financiële beleid van een zorgorganisatie. Naar mijn waarneming had en heeft dat inzicht nog geen prominente plek in de *hearts and minds* binnen de bestuurskamers van zorgorganisaties. Het is afwachten of dit leidt tot een verhoging van de werkdruk van de Com-

missie of dat deze uitspraak een witte raaf blijkt te zijn, die slechts enige na-ijlende goedkeuring bracht aan de betrokken kaakchirurgen na een voor hen ongelukkig verlopen juridische strijd.

mr. B.A. van Schelven  
advocaat bij Van Benthem & Keulen