

## Beschikking Ondernemingskamer inzake enquêteprocedure Stichting Meavita Nederland

Bb 2016/16

In deze bijdrage bespreken de auteurs de beschikking van de Ondernemingskamer inzake de enquêteprocedure Stichting Meavita Nederland.

### 1. Inleiding en procedureverloop

Op 2 november 2015 heeft de Ondernemingskamer (ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, Bb 2016/16.1) in een 113 bladzijden tellende uitspraak vastgesteld dat binnen het gefailleerde zorgconcern Meavita sprake is geweest van wanbeleid en dat diverse bestuurders en commissarissen hiervoor verantwoordelijk zijn. Deze zaak kreeg al veel aandacht in de media, niet in de laatste plaats omdat de voorzitter van de grootste Eerste Kamerfractie hierin reden zag om ontslag te nemen omdat hij tevens als voorzitter van de raad van commissarissen voorwerp is van deze uitspraak. Bij beschikking van 30 mei 2011 heeft de Ondernemingskamer op verzoek van AbvaKabo een onderzoek gelast naar de gang van zaken binnen Meavita. In de enquêteprocedure hebben de in het faillissement van de diverse bedrijfsonderdelen benoemde curatoren zich gevoegd als belanghebbenden en daarbij het verzoek van de AbvaKabo ondersteund. Enkele bestuurders en commissarissen waaronder, de voornoemde politicus, hebben op 9 februari 2016 aangekondigd in casusatie te zullen gaan tegen de beschikking.

### 2. De achterliggende feiten

Het Meavita-concern is de resultante van een in 2007 uitgevoerde fusie van diverse instellingen op het gebied van (thuis)zorgverlening op basis van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (Wmo). Daaraan voorafgaand hebben ook al diverse hiermee verbandhoudende fusies plaatsgevonden. De gehele groep bestond uit vier poten, te weten: Meavita-groep (actief in de Randstad), Thuiszorg Groningen (TZG, actief in de regio Groningen), Sensire (actief in de Achterhoek) en Vitras (actief in de regio Utrecht). TZG en Sensire waren al eerder gefuseerd tot S&TZG. De fusie werd gerealiseerd door een personele unie van de besturen van de hiervoor genoemde groep, met als tophoudster Stichting Meavita Nederland. De onderscheidenlijke rechtspersonen die deel uitmaakten van de groep, bleven na de fusie de hiervoor genoemde regio's bedienen. In het Meavita-concern waren vanaf 2007 in totaal ongeveer 20.000 personeelsleden werkzaam. Er werd zorg verleend aan circa 100.000 cliënten.

Al aan het eind van 2007 bleek aan de hand van zogeheten early warning en interim-rapportages van PWC sprake te zijn van een zorgwekkende financiële situatie binnen het concern. Meavita leed over 2007 een verlies van ruim € 32,6 miljoen en over de eerste helft van 2008 ongeveer € 28 miljoen. In 2007 en 2008 hebben diverse wijzigingen plaatsgevonden in de samenstelling van de raden van bestuur en raden van commissarissen. Begin 2009 heeft de ontvlechting van Sensire en Vitras plaatsgevonden. Vervolgens hebben de resterende onderdelen Meavitagroep en TZG, later gevolgd door Meavita Nederland, surseance van betaling aangevraagd, waarna omzetting in een faillissement heeft plaatsgevonden, voor beide eerstgenoemde onderdelen op 6 maart 2009 en voor Meavita Nederland op 26 mei 2009, derhalve binnen tweeënhalf jaar na eerdergenoemde fusie.

### 3. Het onderzoekverslag

Als kritiek op het onderzoeksverslag hebben de bestuurders en commissarissen onder andere aangevoerd dat de beoordeling van het beleid wordt beïnvloed door de wijsheid achteraf ("*hindsight bias*"). De Ondernemingskamer geeft hierover het volgende aan:

"Het is inherent aan de taak van de rechter, dat hij terugblijkt: hij beoordeelt nu eenmaal doorgaans handelen uit het verleden. Het risico bestaat inderdaad, dat hij zich laat beïnvloeden door de feitelijke uitkomst van dat handelen. Daarop is de Ondernemingskamer attent. (...) Men zou kunnen opmerken dat het in de praktijk wel vaker voorkomt dat bepaalde (procedurele) normen niet worden nageleefd. Dat moge zo zijn. (...) In die gevallen echter waarin de niet naleving van dergelijke normen niet succesvol is en, integendeel, (ernstig) nadeel oplevert, kan dat de verantwoordelijken wel degelijk worden voorgehouden. Dat is – natuurlijk: achteraf kijkend – geen *hindsight bias*, maar eenvoudig toepassing van de norm."

Verder gaat de Ondernemingskamer in op het feit dat de onderzoekers zelf hun overtuigingen en verwondering hebben laten doorklinken en feiten hebben vastgesteld zonder zelf het gevoerde beleid juridisch te kwalificeren. De Ondernemingskamer zegt hierover dat de onderzoekers doorgaans bij uitstek zijn ingevoerd op de terreinen waarover zij rapporteren, zodat het voor de hand ligt dat zij een bepaald(e) handelen, beleid of gang van zaken in het licht van die beginselen, overtuigingen en belangen plaatsen en vervolgens (normatieve) conclusies trekken. De vaststelling van de feiten alsmede de beoordeling van en beslissing op de verzoeken is echter aan de Ondernemingskamer.

<sup>1</sup> Mr. S.D.W. Gratama en mr. J.G.A. Struycken zijn beiden advocaat bij Certa Legal.

#### 4. Diverse verwijten

De Ondernemingskamer gaat in de uitspraak gedetailleerd in op de diverse verwijten die door AbvaKabo en de curatoren zijn geformuleerd. Aan de hand van het onderzoeksverslag en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, heeft de Ondernemingskamer onderzocht of deze onderdelen op zichzelf of in onderling verband wanbeleid opleveren of daaraan bijdragen. Hoewel niet alle verwijten worden overgenomen, geldt dat wel voor een groot deel daarvan en komt de Ondernemingskamer tot de vaststelling dat er wanbeleid heeft plaatsgevonden. Om die reden wordt in het hiernavolgende op die onderdelen ingegaan, waarop de vaststelling van het wanbeleid is gebaseerd.

#### 5. Governance en besluit tot fusie

De fusiepartners hebben volgens de Ondernemingskamer onvoldoende aandacht besteed aan de voorbereiding en aan de uitvoering van de fusie (onder meer ten aanzien van het "besturen op afstand"). Een duidelijke taakstelling voor bestuur en raad van commissarissen ontbrak. Ook was er geen financiële en geen risico-paragraaf in de fusiedocumentatie. Profielen voor de functies met daarin de gewenste competenties en ervaring van de leden van de nieuwe raad van bestuur en de raad van commissarissen waren niet opgesteld en daarin is ook niet op andere wijze voorzien. Daarmee hebben de bij de fusie betrokken organen van de fusiepartners, het ernstige risico genomen, althans vergroot, dat op een of meer functies niet een geschikte bestuurder zou worden benoemd. Daarnaast is tekortgeschoten door ten aanzien van de bestuurders geen functionerings- en beoordelingsgesprek te voeren. Twee commissarissen hebben hun medecommissarissen belangrijke interne en externe signalen over het functioneren van de toenmalige bestuursvoorzitter onthouden. De vrees voor oppositie en/of aftreden van leden van de raad van commissarissen vormden daarvoor volgens de ondernemingsraad geen rechtvaardiging. De zittende raad van commissarissen, en één daarvan in het bijzonder, hebben de per 1 oktober 2007 aangetreden nieuwe leden van de raad van commissarissen ten onrechte niet volledig over de bestaande problemen geïnformeerd. Meavita Nederland had in de gegeven omstandigheden niet, althans niet zonder een (nadere) gemotiveerde afweging, 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.

#### 6. Sturing en informatievoorziening

De concernbrede ambities van Meavita Nederland vergden volgens de Ondernemingskamer bij uitstek centrale sturing. Die was er echter niet, althans onvoldoende. De noodzaak daarvan volgde ook uit de gekozen structuur. Meavita Nederland als bestuurder van de desbetreffende werkmaatschappijen, kon zich niet beperken tot toezicht houden, maar diende aan de rol van bestuurder van die werkmaatschappijen invulling te geven, hetgeen zij heeft nagelaten.

Het verwezenlijken van de bij de fusie gestelde ambities was niet of nauwelijks mogelijk zonder (voldoende) gemeenschappelijke inzet van de directeurs van de diverse groepsonderdelen. Sinds de fusie bestond echter spanning tussen de raad van bestuur van Meavita Nederland en die directeurs zich niet of onvoldoende conformeerden aan de door de Meavita Nederland geformuleerde doelstellingen. De raad van bestuur en de raad van commissarissen hebben daar echter onvoldoende aandacht aan besteed. De rapportage van wezenlijke stuurindicatoren was in 2007 en de eerste helft van 2008 onvoldoende. Daardoor kon betrouwbare en adequate stuurinformatie niet tijdig op concernniveau worden verkregen en besproken. Deze situatie heeft onaanvaardbaar lang voortgeduurd. De raad van commissarissen had dit behoren te signaleren. Bovendien is het risicomangement van Meavita Nederland in 2007 niet steeds adequaat geweest.

#### 7. Liquiditeitsproblemen en vastlegging van afspraken

Sensire heeft als gevolg van besluitvorming en liquiditeitsbehoefte binnen het concern en onder verantwoordelijkheid van Meavita Nederland een aanzienlijke vordering in rekening-courant op andere rechtspersonen binnen het concern opgebouwd. Ondanks herhaalde aanbevelingen van de accountant is dit niet contractueel vastgelegd.

#### 8. Overproductie en anticiperen op Wmo

Gedurende de budgetjaren 2006 tot en met 2008 hebben Sensire en Thuiszorg Groningen gezamenlijk € 10,2 miljoen aan AWBZ-productie gerealiseerd die niet is vergoed, vanwege beperkingen in de productieafspraken met zorgkantoor Menzis. Er was onvoldoende controle op de omvang en de aard van de overproductie, waardoor de overproductie niet of moeilijker kon worden voorkomen. Meavita Groep heeft volgens de Ondernemingskamer niet tijdig gereorganiseerd in verband met de invoering van de Wmo. Het negatieve effect van de Wmo voor de periode 2007 en 2008 wordt ingeschat op € 23,5 miljoen.

#### 9. Het Project "Vita Plaza"

Meavita Groep heeft in september 2006 een joint venture opgericht, genaamd Vita Plaza B.V., om vanuit dit bedrijf administratieve diensten op een geïntegreerd ICT-platform (*Financial Shared Service Centre*) aan Meavita Groep aan te bieden. Behalve een forse kwaliteitsverbetering, werd in de business case ook een aanzienlijke kostenbesparing in het vooruitzicht gesteld. In het project is naar schatting € 3,4 mln geïnvesteerd, terwijl de beoogde besparingen, voor zover de onderzoekers hebben kunnen nagaan, niet zijn gerealiseerd. Door de overgang op dit niet goed functionerende nieuwe systeem heeft Meavita Groep gedurende het jaar 2007 te maken gehad met ontbrekende cijfers. De twee maanden, waarin dit systeem is getest naast het bestaande systeem, is te kort geweest. Het had voor de hand

gelegen dat Meavita Groep het systeem van Vita Plaza en de overgang daartoe tevoren had laten onderzoeken door de accountant dan wel een andere op dit terrein deskundige adviseur. Dat is niet gebeurd. De raad van bestuur en de raad van commissarissen van Meavita Nederland hebben de eerste maanden van 2007 onvoldoende aandacht aan de invoering en de werking van het systeem van Vita Plaza besteed.

#### 10. Het Project "TVFoon"

Met dit project werd beoogd om zorg op afstand te realiseren door middel van kastjes die op een televisietoestel worden aangesloten. Het project is vroegtijdig stopgezet, zonder dat dit tot enig resultaat heeft geleid. Tot het opzetten van dit omvangrijke project is besloten en er zijn in verband hiermee financiële verplichtingen aangegaan, zonder een behoorlijke business case op te stellen. Daarmee is een voor werknemers en cliënten zeer ingrijpend besluit genomen, zonder het daarvoor in de gegeven omstandigheden noodzakelijke onderzoek te verrichten. De hiermee verband houdende mantelovereenkomst tot aanschaf van de voor dit project noodzakelijke apparatuur is aangegaan zonder dat daaraan de vereiste besluitvorming door de raad van bestuur ten grondslag lag. Verzuimd is om voor het aangaan van deze overeenkomst (tijdig) advies te vragen aan haar centrale ondernemingsraad respectievelijk aan haar centrale cliëntenraad. De toenmalige bestuursvoorzitter van Meavita Nederland heeft welbewust en in strijd met de interne regelgeving het besluit tot het opzetten van het project, respectievelijk het aangaan van de mantelovereenkomst, niet ter goedkeuring aan de raad van commissarissen voorgelegd. Hij heeft bevorderd dat raad van commissarissen over dit project een onjuiste voorstelling van zaken kreeg. De raad van commissarissen heeft na het ontdekken van het overtreden van de interne regels en van de Wet op de ondernemingsraden en de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen, die overtredingen onbesproken gelaten en heeft daar dan ook geen consequenties aan verbonden.

#### 11. Vaststelling wanbeleid en vernietiging van dechargebesluiten

Op basis van het voorgaande heeft de Ondernemingskamer vastgesteld dat binnen Meavita op diverse onderdelen in ernstige mate tekort is geschoten en is gehandeld respectievelijk nagelaten in strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. De Ondernemingskamer heeft bij de genoemde onderdelen steeds aangegeven in hoeverre dit handelen of nalaten op zichzelf beschouwd dan wel in onderlinge samenhang wanbeleid in de zin van art. 2:354 BW oplevert of daaraan bijdraagt. De Ondernemingskamer is van oordeel dat voormelde besluiten tot het verlenen van decharge, die geen rekening met dit wanbeleid hielden, in het licht van dat wanbeleid niet op goede gronden zijn genomen. Die besluiten worden op grond van art. 2:355 BW jo. art. 2:356 sub a BW vernietigd.

#### 12. Verdeling verantwoordelijkheid en kosten

De Ondernemingskamer oordeelt vervolgens dat de individuele leden van het bestuur en de raad van commissarissen voor het wanbeleid verantwoordelijk zijn. Om die reden worden zij veroordeeld tot betaling van de kosten van het onderzoek, die maar liefst € 1 miljoen (excl. BTW) bedragen. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor hoofdelijke veroordeling. In plaats daarvan wordt een gedetailleerde verdeling over de betrokken bestuurders en commissarissen toegepast. De Ondernemingskamer acht dit een redelijke verdeling, gelet op de conclusies en vaststelling van verantwoordelijkheid van eenieder en op alle overige omstandigheden. Daarnaast wordt rekening gehouden met de zittingsduur van de betrokkenen en hun functie, met name het voorzitterschap van de betrokken organen. Tot uitdrukking komt ook dat op diegenen die betrokken waren bij zowel de voorbereiding als de uitvoering van de fusie een voortgezette verantwoordelijkheid rustte. Met arbeidsongeschiktheid van één van de betrokkenen is rekening gehouden. Voorts heeft de Ondernemingskamer er bij de verdeling rekening mee gehouden dat een drietal commissarissen bij hun aantreden niet voldoende is geïnformeerd over de ernst van de situatie waarin zij terechtkwamen, waardoor zij toen enigszins op het verkeerde been werden gezet.

#### 13. Conclusie

De onderhavige uitspraak geeft een goed inzicht hoe de Ondernemingskamer tot vaststelling van wanbeleid en de verantwoordelijkheid is gekomen. De uitspraak is goed gemotiveerd en bevat een gedetailleerde onderbouwing. Wat opvalt, is dat de AbvaKabo bij haar verzoeken in zekere mate de hand boven het hoofd is gehouden door de stellingen van de curatoren mede aan AbvaKabo toe te dichten. Wellicht hadden deze betrokken partijen hun stellingnames en procesvoering beter op elkaar kunnen afstemmen. Hoewel niet alle verwijten door de Ondernemingskamer zijn overgenomen, blijft daarvan uiteindelijk zoveel overeind dat dit de kwalificatie van wanbeleid rechtvaardigt.

Een belangrijke les die hieruit getrokken kan worden voor bestuurders en commissarissen, is dat een fusie goed en zorgvuldig dient te worden voorbereid, zeker in verband met de omvang van het bedrijf en de hierbij betrokken belangen. Tevens dient een zodanige sturing aan de uitvoering daarvan te worden gegeven dat de ambities van de fusie ook daadwerkelijk kunnen worden waargemaakt. Daarbij is juiste en adequate informatievoorziening onontbeerlijk. Rekening-courantvorderingen dienen schriftelijk te worden vastgelegd. Omvangrijke investeringen vergen een goed doortimmerde *businesscase*. Besluitvorming dient aan interne regels te voldoen. Het is bij al dit soort elementaire verplichtingen, te makkelijk om dit met het argument van *hindsight bias* af te doen. Volgens de Ondernemingskamer vormen moeilijke tijden en marktomstandigheden, hoewel daarvan inderdaad sprake was, juist reden temeer om deze verplichtingen zorgvuldig na te komen.