

GJ 2011/124 Gerechtshof Amsterdam, 30-05-2011, 200.047.070/01 OK, LJN BQ6686
Faillissement zorgaanbieder, Enquêteprocedure, Handelen Raad van Bestuur en Raad van Toezicht, Besluitvorming, Effectiviteit fusie, Onderzoek beleid en gang van zaken, Gegronde reden twijfel

Publicatie	GJ 2011 afl. 6
Publicatiedatum	20 oktober 2011
College	Gerechtshof Amsterdam
Uitspraakdatum	30 mei 2011
Rolnummer	200.047.070/01 OK LJN BQ6686
Rechter(s)	mr. Ingelse mr. Faase mr. Broekhuijsen-Molenaar Bunt prof. dr. Klaassen RA De vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Abvakabo FNV te Zoetermeer, verzoekster, advocaat: mr. A. van Deuzen, tegen 1. de stichting Stichting Meavita Nederland te Amersfoort, (...) 14. Stichting Vitras/CMD te Nieuwegein, advocaat: mr. R.C. de Mol, verweerster, en tegen 1. Louis Marie Lucien Henri Alphonse Hermans te Beetsterzwaag, (...) 13. mr. Franciscus Jozef Hubert Somers te Zwammerdam, elk in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van Stichting Meavita Groep en verweersters sub 3 tot en met 10 voornoemd, belanghebbenden, advocaat: mr. E.L. Zetteler.
Partijen	
Noot	mr. W.A. Westenbroek
Trefwoorden	Faillissement zorgaanbieder, Enquêteprocedure, Handelen Raad van Bestuur en Raad van Toezicht, Besluitvorming, Effectiviteit fusie, Onderzoek beleid en gang van zaken, Gegronde reden twijfel,
Regelgeving	

» **Samenvatting**

De Abvakabo FNV, verzoekster, heeft bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek ingediend voor Meavita Nederland, later uitgebreid naar het Meavita-concern. Stichting Meavita Nederland, aanbieder van thuiszorg ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en intramurale AWBZ-zorg, is op 1 januari 2007 ontstaan uit een bestuurlijke fusie tussen Meavita Den Haag, Sensire en Thuiszorg Groningen (TZG) en Vitras. In 2007 is een operationeel verlies

geleden van 19 miljoen euro. Daarnaast is 14 miljoen aangemerkt als een bijzondere last ter zake van het innovatieproject TV-foon dat volledig is mislukt. Na een verlies van 28 miljoen in de eerste helft van 2008 is een steunaanvraag ingediend bij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA). De NZa concludeerde dat de continuïteit van zorg niet in het geding was en wees het verzoek af. In december 2008 is besloten tot ontvlechting van Vitras en Sensire, die in februari 2009 zijn verzelfstandigd. Op 9 maart 2009 is Stichting Meavita Nederland failliet verklaard. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer zijn er gegronde redenen om aan juist beleid van Meavita te twijfelen. In het bijzonder aan de effectiviteit van de fusie, de Administratieve Organisatie en Interne Controle (AO/IC) van Meavita, de interne besluitvorming en de beslissing tot investering, de voorbereiding op invoering en wijziging van regelgeving, samenstelling en functioneren van Raad van Bestuur en Raad van Toezicht, de toegekende salarisverhogingen en ontslagvergoedingen in 2008 en 2009, en het functioneren van de accountant. De Ondernemingskamer beveelt dan ook een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken vanaf 1 januari 2006 tot de datum van surseance bij het Meavita concern en bij Vitras en Sensire voor de periode dat zij deel uitmaakten van het concern.

» Uitspraak

1. Het verloop van het geding

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De Ondernemingskamer gaat in aanvulling op hetgeen in de beschikking van 14 april 2010 onder 2.2 tot en met 2.10 staat opgesomd, uit van de volgende feiten.

2.2. Sensire en TZG zijn op 2 juni 2005 bestuurlijk gefuseerd. In verband daarmee is opgericht Stichting Sensire & TZG (hierna: Sensire & TZG). Deze bestuurlijke fusie is aldus vormgegeven dat tussen de besturen van de drie betrokken stichtingen een personele unie bestond. Stichting Meavita Nederland is op 1 januari 2007 ontstaan uit een bestuurlijke fusie tussen Meavita Den Haag (naar de Ondernemingskamer begrijpt, omvattende Meavita West), Sensire & TZG en Vitras. Tussen de betrokken besturen bestond een personele unie, zodat de betrokken stichtingen – praktisch gesproken – onder één bestuur stonden. Zij hadden ieder een eigen thuismarkt. Op 20 maart 2007 werd de naam Stichting Sensire & TZG gewijzigd in Stichting Meavita Nederland. Vitras en Sensire & TZG hielden zich, evenals Meavita Den Haag, voornamelijk bezig met het verstrekken van thuiszorg, waaronder huishoudelijke hulpverlening (thuishulp) en intramurale zorg ingevolge de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO).

2.3. Per 1 januari 2007 is de WMO ingevoerd. Bij deze wet werd de bekostiging van thuiszorg “uit” de AWBZ gehaald. De gemeenten werden voortaan verantwoordelijk voor de thuiszorg, hetgeen onder meer meebracht dat gemeenten de thuiszorg op door haar te bepalen wijze moesten aanbesteden. De gemeente Den Haag heeft bij de aanbesteding een model gebruikt waarbij de aanbieder niet kon inschrijven tegen de prijs waartegen deze de thuiszorg wilde leveren, maar slechts kon mededelen of hij de door de Gemeente voorgestelde prijs accepteerde (het zogeheten Zeeuwse model). Meavita West heeft aldus het aanbod van de gemeente Den Haag, dat onder de kostprijs van de door Meavita West geboden zorg lag, geaccepteerd.

2.4. Het bekostigingsstelsel van de AWBZ gaat uit van een productieplafond dat wordt vastgesteld in afspraken tussen de zorgaanbieder en het zorgkantoor of de zorgverzekeraar. Het productieplafond houdt in dat een bepaalde productie als toegestaan maximum wordt vastgesteld (in aantallen klanten die konden worden geholpen) en dat daarboven de productie niet of slechts gedeeltelijk aan de zorgaanbieder wordt vergoed. Meavita heeft in 2007 en 2008 meer klanten geholpen dan in de productieafspraken was vastgelegd. Deze overproductie deed zich met name voor in het zorggebied van zorgkantoor Menzis (Sensire en TZG). In 2007 bedroeg de overproductie bij Sensire en TZG circa € 6 miljoen. Bij Meavita West was eerder sprake van een onderproductie.

2.5. In 2007 en 2008 veranderde de samenstelling van de Raad van Bestuur (RvB) van Meavita Nederland. Op 1 januari 2007 bestond de RvB uit Th.H. Meuwese (voorzitter), D. van de Meeberg, J.N. Kuiper en S.M. Hoogwegt-Schoemaker. Hoogwegt-Schoemaker is, overeenkomstig de afspraken die bij de fusie tussen Meavita Den Haag en Sensire & TZG waren gemaakt, per 1 april 2007 uit dienst getreden. Kuiper was de eerste negen maanden van 2007 wegens ziekte afwezig. Meuwese trad per 1 oktober 2007 terug omdat er een verschil van inzicht was ontstaan tussen hem en de Raad van Commissarissen (RvC) over het te voeren beleid. De toen aangetrokken interim bestuurder (M.W. van der Vorst) vertrok enige tijd later. Van de Meeberg heeft de functie van bestuursvoorzitter overgenomen tot 1 juli 2008, en is per die datum adviseur van het bestuur geworden. L. Markensteijn trad per 1 juli 2008 aan als interim bestuursvoorzitter en tevens crisismanager. Per 1 oktober 2008 werd Laureij tot bestuursvoorzitter benoemd.

2.6. In 2007 leed Meavita een operationeel verlies van ruim € 19 miljoen. Daarnaast is € 14 miljoen aangemerkt als bijzondere last terzake van een innovatieproject dat tot doel had om een internetverbinding tot stand te brengen tussen de klant en de zorgverlener, waardoor personeel effectiever kon worden ingezet. Dit zogeheten TV-Foon project is volledig mislukt.

2.7. In 2008 hebben de verliezen van (de operationele onderdelen van) het Meavita-concern zich voortgezet. In het eerste halfjaar van 2008 leed Meavita een verlies van € 28 miljoen. Die negatieve resultatenontwikkeling heeft, onder leiding van interim bestuurder Markensteijn, geleid tot herstel- en reorganisatieplannen en tot de indiening van een steunaanvraag (balanssteun) bij de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) op 18 augustus 2008 (in zoverre wordt de beschikking van 14 april 2010 onder 2.6 gecorrigeerd; de aanvraag zal hierna worden aangeduid met Aanvraag Steunverlening NZa). Voorts is in november 2008 het grootste deel van alle in eigendom zijnde onroerende zaken, met uitzondering van de verpleeg- en verzorgingstehuizen, afgestoten, hetgeen een boekwinst opleverde van € 8 miljoen. De NZa concludeerde in november 2008 dat de continuïteit van de zorg niet in het geding was en wees het verzoek om balanssteun af; wel bood hij Meavita de gelegenheid tot het indienen van een verzoek om liquiditeitssteun (versnelde afschrijving) dat in januari 2009 is ingediend. Het resultaat van Meavita over 2008 bedroeg uiteindelijk circa € 22 miljoen negatief. Ultimo 2008 had Meavita een negatief eigen vermogen. Ultimo 2007 bedroeg dat nog circa € 12 miljoen en ultimo 2006 (geconsolideerd) circa € 45 miljoen.

2.8. In december 2008 is, onder leiding van de nieuwe bestuursvoorzitter Laureij, het besluit genomen om Vitras en Sensire, wier perspectieven minder ongunstig waren dan die van Meavita West en Meavita Groningen, te ontvlechten. Zij zijn in februari 2009 verzelfstandigd.

2.9. Aan Stichting Meavitagroep en aan TZG is op 24 februari 2009 surseance van betaling verleend. Zij zijn op 9 maart 2009 failliet verklaard. Aan Stichting Meavita Nederland is op 6 april 2009 surseance van betaling verleend. Op 26 mei 2009 is het faillissement uitgesproken.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Met betrekking tot de ontvankelijkheid van AKF in haar aanvullend verzoek om Sensire en Vitras bij de verzochte enquête te betrekken, overweegt de Ondernemingskamer ambtshalve als volgt. Beide stichtingen maakten vanaf 1 januari 2007 tot begin 2009 deel uit van het Meavita-concern als bedoeld onder 2.3 van de beschikking van 14 april 2010. Anders dan bij verweersters 1 tot en met 12 het geval is, zijn de ondernemingen van Sensire en Vitras niet gestaakt. In de beschikking van 14 april 2010 is onder 3.6 overwogen dat ervan moet worden uitgegaan dat het aantal AKF-leden evenredig over het Meavita-concern was verdeeld. Op gelijke voet mag worden aangenomen dat er ook AKF-leden bij de ondernemingen van Sensire en Vitras werkzaam waren. De Ondernemingskamer gaat er van uit, bij gebreke van een andersluidende aanwijzing, dat dit ten tijde van het indienen van het aanvullende verzoekschrift nog steeds het geval was. Voorts moet – zoals eveneens overwogen in voormelde rechtsoverweging 3.6 – volgens vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer artikel 2:347 BW aldus worden uitgelegd, dat een vakvereniging bevoegd is een enquête uit te lokken bij concernvenootschappen van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten. Dit alles leidt tot de conclusie dat ook ter zake van Sensire en Vitras aan het voorschrift van artikel 2:347 BW is voldaan. Mitsdien is het verzoek van AKF ten aanzien van Sensire en Vitras, voor zover het de periode betreft dat deze stichtingen deel uitmaakten van het Meavita-concern, evenzeer ontvankelijk.

3.2. Hierna (3.2.1 tot en met 3.2.8) zal de Ondernemingskamer de door AKF en/of de curatoren aangevoerde bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van Meavita weergeven. Deze bezwaren zijn gemotiveerd toegelicht. De Ondernemingskamer zal daarna, in 3.4, vervolgens concluderen dat er – ook – naar haar oordeel gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van Meavita te twijfelen.

3.2.1. Er kunnen volgens AKF en de curatoren vraagtekens worden geplaatst bij de *effectiviteit van de fusie van 1 januari 2007*. In dit verband hebben zij verwezen naar de rapportage van Keijser van 12 mei 2009, reeds genoemd in de beschikking van 14 april 2010 onder 2.10. Hierin staat onder meer dat de fusies die hebben plaatsgevonden feitelijk niet zijn geëffectueerd, dat de “werkmaatschappijen” vrijwel zelfstandig hebben doorgefunctioneerd en dat als gevolg hiervan de schaalvoordelen niet zijn behaald. Volgens Keijser kwam daarbij dat de aansturing van de organisatie ontoereikend was en dat de effectuering van de fusieprocessen en de basisprocessen van de zorg- en hulpverlening onvoldoende aandacht kregen. In de Aanvraag Steunverlening NZa staan eveneens kritische kanttekeningen over de effectiviteit van de fusie: de schaalvoordelen (inkoop en IT) en fusievoordelen (kennisuitwisseling en zorginnovaties) van Meavita Nederland werden niet of nauwelijks benut en er vond geen centraal financieel beleid en contractbeheer plaats. Dit laatste punt komt ook naar voren in een interne notitie van Markensteijn van 9 augustus 2008. Hij beschrijft aldaar dat Meavita Nederland geen echte inkoopcultuur kent, maar meer een bestelcultuur: er zijn 1.120 verschillende leveranciers, er wordt met 385 verschillende adviesbureaus zaken gedaan, niet helder is wie voor welke uitgaven is geautoriseerd, 14% van de inkoopcontracten is verlopen en er zijn nog contracten uit 1985 van toepassing. Voorts bestaat er geen centraal gestuurd IT-beleid, is er geen harmonisering van softwarepakketten en van administratieve processen en ontbreekt een eenduidige sturing op primaire processen

en kosten, evenals een centrale Treasury, aldus nog steeds Markensteijn, nu in de Aanvraag Steunverlening.

3.2.2. In samenhang met het voorgaande hebben AKF en de curatoren eveneens kritische kanttekeningen geplaatst bij de *administratieve organisatie en de interne controle* van Meavita. Zij verwijzen in dit verband naar Keijser, die in zijn voornoemde rapportage schrijft dat de administratieve organisatie niet op orde was, namelijk niet eenvormig en eenduidig en soms zelfs ronduit slecht, waardoor onvoldoende adequate managementinformatie beschikbaar was. Daarnaast hebben de curatoren gewezen op de Aanvraag Steunverlening, waarin, zakelijk weergegeven, onder het kopje “Mismanagement” staat dat er in de periode 2007 tot en met mei 2008 “onvoldoende sprake was van bestuurlijke control” dat “te veel (...) aandacht (is) uitgegaan naar innovatieve initiatieven teveel (is) vertrouwd op het alsnog gefinancierd krijgen van de overproductie”, daar waar “concrete maatregelen nodig waren om de kernoperatie aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden, de financiële problematiek aan te pakken met gerichte en concrete maatregelen.”

3.2.3. De curatoren hebben als onderdeel van de financiële problematiek gewezen op de *invoering van de WMO* per 1 januari 2007, welke leidde tot een daling van de tarieven, terwijl daarnaast het zorgvolume steeg. Ook op dit punt beroepen zij zich op de voornoemde rapportage van Keijser: Meavita had als organisatie te veel problemen met de eigen organisatie, waardoor men niet tijdig en adequaat heeft kunnen inspelen op de uitvoering van de WMO. Keijser schrijft:

“In Den Haag zijn grote verliezen ontstaan als gevolg van het uitvoeren van de WMO onder de kostprijs. Meavita Den Haag wist dat deze prijs voor hen verre van kostendekkend zou zijn. Zij calculeerde het verlies van een noodzakelijke reorganisatie en ontslaggolff echter hoger in dan het geprognosticeerde verlies over 2 jaar.

Met een marktaandeel van 70% van Meavita zou de gemeente Den Haag bij weigering van Meavita een fors probleem hebben gehad. Deze sterke onderhandelingspositie is door Meavita niet benut. De keuze van Meavita om sterk onder de kostprijs te gaan werken is een (strategisch) verkeerde beslissing geweest. (...) De interne problemen bij Meavita Den Haag hebben bij de invoering van de WMO een grote rol gespeeld. Vanwege de invoering van een nieuw automatiseringssysteem was de administratie niet op orde. Hierdoor konden de kosten niet in de hand worden gehouden en de aansturing van de huishoudelijke hulpen werkte niet goed. De rechtmatigheid van de indicatie voor hulpverlening was onjuist of kon niet worden vastgesteld. (...)

De invoering van de WMO had tot gevolg dat Meavita moest overgaan op een geheel andere werkwijze. Het is niet mogelijk gebleken om een instelling waar zoveel speelt (projecten, AO/IC niet op orde) in zeer korte tijd om te vormen.”

3.2.4. De curatoren hebben voorts naar voren gebracht dat er in 2006 een aanzienlijke *overproductie* is ontstaan in de zin van de AWBZ (zie hierboven onder 2.4) en dat Meavita er nooit op had mogen vertrouwen dat de kosten die hiermee gemoeid waren zouden worden vergoed. Ook hier verwijzen zij naar Keijser. Hij schrijft:

“Het systeem van productieafspraken, de toepassing daarvan, de overproductie en het vervolgens niet of gedeeltelijk betalen daarvan heeft tot grote problemen geleid bij Sensire/TZG. (...) Zorgkantoor Menzis was daarbij de onderhandelingspartner. (...) Op grond

van de AWBZ zijn zorgaanbieders verplicht tot inschrijving op productieafspraken bij het zorgkantoor. (...) Bij het overschrijden van de productieafspraken met het Zorgkantoor wordt in principe niet of slechts gedeeltelijk vergoeding verleend. (...) De sturing van de vraag en de productie door TZG is wel onder de maat geweest. Enerzijds omdat men het nieuwe ondernemerschap wilde invullen met zo hoog mogelijke productie anderzijds omdat de administratie niet zodanig was ingericht dat de productie goed en tijdig kon worden gevolgd.”

In dit verband merkt Keijser op dat “[d]e algemene lijn is dat TZG gewoon aan de vraag heeft voldaan en heeft geproduceerd in het misplaatste vertrouwen dat alles uiteindelijk wel betaald zou worden”. Al met al was er door overproductie van Sensire en TZG een niet betaalde rekening van € 5,8 miljoen. De problemen van de overproductie hebben zich voortgezet in 2008 “waar het tot een climax kwam”, aldus nog steeds Keijser.

3.2.5. De curatoren en AKF hebben in aansluiting op bovenstaande problematiek de vraag opgeworpen of bij Meavita ten opzichte van zorgkantoor Menzis en andere *zorgkantoren* sprake was van een adequate afstemming. De curatoren beroepen zich op Markensteijn, die in de Aanvraag Steunverlening met betrekking tot de relatie tot Menzis schrijft:

“Gelet op de overproductie in het laatste kwartaal van 2007 zijn wij onmiddellijk na bekendmaking van de productieafpraak in maart j. en de daarop volgende maanden in overleg getreden met het Zorgkantoor Menzis over de verhoging van dit percentage. De uitkomsten van dit overleg hebben geleid tot een verschil van interpretatie over de toezegging van Menzis in die zin dat Meavita Nederland meent dat er een toezegging is gedaan door Menzis van vergoeding van 100% van de productieafpraak van 2007. Menzis bestrijdt echter deze lezing. In de herschikkingsronde juli 2008 is de productieafpraak aangepast tot 97,5%. Deze verhoging biedt echter geen structurele oplossing om in 2008 aan de klantvraag te kunnen voldoen.”

3.2.6. De curatoren en AKF hebben zich voorts kritisch uitgelaten over het in 2005 door Meavita West en in 2006 door Sensire/TZG gestarte *TV-Foon project*, dat tot grote verliezen heeft geleid. De curatoren menen dat dit project illustratief is voor de gang van zaken binnen Meavita. Keijser, naar wie wordt verwezen, vermeldt het TV-Foon project als een van de risicovolle projecten in zijn rapport. Volgens Keijser is er te snel op grote schaal geïnvesteerd, waarbij de risico's niet werden afgedekt. De organisatie was naar zijn mening bij introductie van het TV-Foon project nog volop bezig met het verwerken van de fusie – of had dit moeten zijn – en in het geheel nog niet klaar om een dergelijk groot project uit te voeren. Volgens hem is de besluitvorming omtrent het project procedureel niet correct verlopen.

3.2.7. De curatoren hebben vraagtekens geplaatst bij de betrouwbaarheid van de *jaarrekening 2006* van Meavita West. Zij merken in dit verband op dat deze jaarrekening een verlies van € 13 miljoen vermeldt, terwijl er tijdens een vergadering van de RvC (van Meavita Nederland) van 2 april 2007 bleek dat “in Den Haag in 2006 een verlies van € 20 miljoen werd geleden” en er tijdens de vergadering van de Auditcommissie van 17 februari 2007 nog werd uitgegaan van een verlies van € 2,8 miljoen. Zij verwijzen naar Keijser die in zijn rapportage schrijft dat er een fors aantal onjuistheden in de jaarrekening 2006 staan die de accountant van Ernst & Young in het kader van de controle van die jaarrekening niet heeft geconstateerd. Op zijn beurt verwijst Keijser naar een intern memo van 22 juli 2008 van de Financieel Directeur aan de RvB (van Meavita Nederland). Dit memo somt onder meer “harde” en “overige” tekortkomingen op in de jaarrekening 2006 (en in die over voorgaande jaren), waaronder een te lage waardering van de schuld aan het zorgkantoor per ultimo 2005 en 2006, het ontbreken

van een voorziening voor langdurig zieken en een onjuiste vermelding van de intercompany posities, welke onjuistheden volgens hem naar schatting een negatief effect van in totaal € 1,6 miljoen hebben. In de conclusie van dit memo staat dat “de afsluitingen over voorgaande jaren verre van zorgvuldig zijn geschied” en dat “de controles hierop door de accountants van Ernst & Young slordig, incompleet en onzorgvuldig zijn verricht”. Dit heeft, zo vermeldt het memo, Meavita West in 2007 in grote problemen gebracht en extra lasten opgeleverd.

3.2.8. AKF verwijt Meavita dat de *RvB en RvT (RvC)* niet adequaat hebben gehandeld toen zich financiële en organisatorische problemen bij Meavita openbaarden. Ook de curatoren stellen het functioneren van bestuurders en commissarissen aan de orde. Volgens hen waren er tijdens de fusieonderhandelingen reeds problemen rond de toekomstige bezetting van de *RvC* en de *RvB*. Keijser, die door de curatoren wordt aangehaald, merkt in zijn rapportage hierover op dat mede door de benoemingen in de *RvC* en *RvB* de Haagse cultuur de overhand kreeg en dat Haagse visies en problemen in de totale organisatie werden geïmporteerd. Volgens hem zou de *RvC* bij de benoemingen van leden van de *RvB* andere keuzes hebben moeten maken. Er was onvoldoende daadkracht en doortastendheid bij de *RvC* en de *RvB* om de problemen op te lossen. De keuze bij de fusie om “de bestuurlijke top van beperkte omvang op een relatief hoog abstractieniveau sturing te [laten] geven aan beleidsvorming van de participanten” heeft niet goed uitgewerkt, aldus nog steeds Keijser. Curatoren hebben zich op het standpunt gesteld dat de benoemingen van Meuwese en Van de Meeberg aan kritiek onderhevig waren. Zij menen dat het niet goed valt te begrijpen dat de *RvC* Van de Meeberg als nieuwe bestuursvoorzitter heeft aangesteld, terwijl een gedeelte van de *RvC* hem in 2006 daarvoor “volkomen ongeschikt” achtte en Meavita Nederland in het najaar van 2007 al in zwaar weer verkeerde. Zij sluiten zich aan bij de conclusie van Keijser dat de aanstelling van Van de Meeberg een verkeerde beslissing is geweest. Zij stellen de vraag of *RvB* en *RvC*, gezien de omvang van Meavita en de complexe financiële structuur en problemen, niet veel eerder dan op 1 oktober 2007 de beslissing had moeten nemen om een gekwalificeerde CFO aan te trekken. AKF heeft daarnaast en tot slot aan de orde gesteld dat (nog in december 2008 en januari 2009) uitgekeerde *ontslagvergoedingen* aan, en (in 2008 doorgevoerde) *salarisverhogingen* van, (voormalige) bestuurders en directeuren van Meavita bovenmatig waren in relatie tot de financiële situatie waarin de ondernemingen zich bevonden.

3.3. Verweersters en belanghebbenden 1 tot en met 8 hebben ter gelegenheid van de mondelinge behandeling geen verder (behoorlijk gemotiveerd) verweer tegen de aangevoerde kritiek en bezwaren opgeworpen. Zo hebben zij het verweerschrift van de curatoren en de daarin vervatte stellingen niet (gemotiveerd) bestreden. Zoals hiervoor onder 1.7 reeds is vastgesteld, zijn de verschenen partijen het erover eens dat een onderzoek dient plaats te vinden, althans hebben verweersters en belanghebbenden 1 tot en met 8 daartegen geen bezwaar. Voorts zijn zij het erover eens dat dit onderzoek alle verweersters dient te betreffen en de periode dient te bestrijken vanaf 1 januari 2006 tot de datum van de surseances van de diverse rechtspersonen en/of hun ontvlechting uit het Meavita-concern.

3.4. De inhoud van de aangevoerde kritiek en bezwaren, alsmede de gedocumenteerde motivering daarvan, tezamen met voormelde – kort gezegd – aanvaarding van het onderzoek door alle verschenen partijen, leiden de Ondernemingskamer in de gegeven omstandigheden – ook zonder dat alle onderdelen van die bezwaren en kritiek thans afzonderlijk worden beoordeeld – tot de conclusie dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid van verweersters. In het bijzonder geldt dat de volgende punten:

– de effectiviteit van de bestuurlijke fusie van 1 januari 2007;

- de administratieve organisatie en interne controle van Meavita;
- de interne besluitvorming en de beslissing om in het – naar gebleken – verliesgevende TV-Foon project op zo'n grote schaal te investeren;
- de voorbereiding op en de invoering van (de gevolgen van) nieuwe regelgeving, te weten de WMO en de wijziging van de AWBZ, met name waar het betreft het niet (langer) zonder meer vergoeden van overproductie en in samenhang daarmee de administratie (hiervoor reeds genoemd) en de relatie met de zorgkantoren;
- de samenstelling en het functioneren van de RvB en de RvC;
- de in 2008 en 2009 toegekende salarisverhogingen en ontslagvergoedingen aan (voormalige) bestuurders en directeurs van Meavita, en
- het functioneren van de accountant alsmede, in dit verband, de jaarrekening 2006.

3.5. De conclusie luidt dat de Ondernemingskamer een onderzoek zal bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Meavita Nederland, Meavita West, Meavita Groningen, Sensire en Vitras, wat de beide laatste betreft voor de periode dat zij deel uitmaakten van het Meavita-concern. Wat betreft de onderwerpen waarover dit onderzoek zich ten minste zal uitstrekken, verwijst de Ondernemingskamer naar de laatste overweging hiervoor. Hieraan wordt nog toegevoegd, naar aanleiding van hetgeen Sensire en Vitras ter gelegenheid van de terechtzitting van 31 maart 2011 hebben opgemerkt en verzocht in aansluiting op hetgeen daarover reeds was gesteld door AKF, dat tevens onderzocht zal worden de gang van zaken omtrent (inclusief de achtergrond van en de reden tot) de “ontvlechting” van Sensire en Vitras “uit” Meavita in februari 2009.

Aan onderzoekers wordt de vrijheid gelaten om, indien zij dat nuttig of noodzakelijk achten, tevens andere onderwerpen in het onderzoek te betrekken.

3.6. Rekening houdend met een voorbereidingsperiode van een jaar, voorafgaand aan de bestuurlijke fusie tussen Meavita West, Meavita Groningen, Sensire en Vitras op 1 januari 2007, zal de Ondernemingskamer het begin van de onderzoeksperiode bepalen op 1 januari 2006. Het onderzoek zal zich uitstrekken tot – steeds – de datum van de surseance van de betrokken rechtspersonen, respectievelijk, wat Sensire en Vitras betreft, tot de datum waarop zij in februari 2009 zelfstandig zijn geworden.

3.7. De Ondernemingskamer zal het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vaststellen op € 500.000,= exclusief omzetbelasting. Dit bedrag, dat aansluit bij hetgeen de curatoren en AKF hebben voorgesteld, zal ten laste worden gebracht van Meavita Nederland.

3.8. Nu het verzoek van AKF zal worden toegewezen, zal Meavita Nederland in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

- beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van:

1. de stichting STICHTING MEAVITA NEDERLAND, gevestigd te Amersfoort,
2. de stichting STICHTING MEAVITAGROEP, gevestigd te 's-Gravenhage,
3. de stichting STICHTING MEAVITA THUISZORG, gevestigd te 's-Gravenhage,
4. de stichting STICHTING MEAVITA WOONZORG, gevestigd te 's-Gravenhage,
5. de stichting STICHTING MEAVITA FLEXWERK, gevestigd te 's-Gravenhage,
6. de stichting STICHTING MEAVITA DIENSTENCENTRUM, gevestigd te 's-Gravenhage,
7. de stichting STICHTING MEAVITA VASTGOED, gevestigd te 's-Gravenhage,
8. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MEAVITA HULP B.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
9. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid EVITA PARTICULIERE ZORG B.V., gevestigd te Rotterdam,
10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MEAVITA SUPPORT SERVICES B.V., gevestigd te 's-Gravenhage,
11. de stichting STICHTING THUISZORG GRONINGEN, gevestigd te Groningen,
12. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid THUIHULPNEDERLAND.NL THUISZORG GRONINGEN B.V., gevestigd te Groningen,
13. de stichting STICHTING SENSIRE, gevestigd te Terborg, gemeente Oude IJsselstreek, en
14. de stichting STICHTING VITRAS/CMD, gevestigd te Nieuwegein;

– bepaalt dat dit onderzoek zal plaatsvinden over de periode 1 januari 2006 tot aan de datum van de surseances van de hiervoor genoemde rechtspersonen 1 tot en met 12 en wat betreft Sensire en Vitras tot het moment in februari 2009 dat zij verzelfstandigd zijn;

– benoemt twee nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken personen, teneinde voormeld onderzoek te verrichten;

– stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 500.000,=, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

– bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Stichting Meavita Nederland en dat zij voor de betaling van dat bedrag ten genoegen van de onderzoekers op de door hen te bepalen wijze zekerheid dient te verschaffen vóór de aanvang van hun werkzaamheden;

– verwijst Stichting Meavita Nederland in de kosten van het geding, aan de zijde van AKF gevallen en deze begroot tot op heden op € 2.995,=;

– wijst het meer of anders gevorderde af;

– verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

» **Noot**

1. Op 23 mei 2009 verscheen in het NRC Handelsblad een artikel over de ondergang van de een na grootste zorginstelling in Nederland: “(...) De overheid heeft Meavita, het op een na grootste Nederlandse zorgbedrijf, begin dit jaar moedwillig failliet laten gaan om de noodlijdende thuiszorg duidelijk te maken dat falende bedrijven niet op steun hoefden te rekenen. Dat zegt de laatste bestuursvoorzitter van Meavita, (...) ‘Er moest gewoon een voorbeeld worden gesteld’, aldus [deze bestuursvoorzitter], die blijft geloven dat een bankroet te vermijden was geweest. Het ministerie van Volksgezondheid wijt het faillissement aan Meavita zelf. Het door fusies razendsnel gegroeide concern, met 100.000 cliënten en 20.000 medewerkers, verkeerde in de twee jaar van zijn bestaan financieel en organisatorisch in voortdurende chaos, zo blijkt uit een reconstructie van deze krant.”

2. De onderhavige beschikking is een vervolg op de beschikking van de Ondernemingskamer van 14 april 2010, «JOR» 2010/185, m.nt. S.M. Bartman, waarin de Ondernemingskamer zich uitsluitend uitliet over de vraag of ABVAKABO FNV (“AKF”) ontvankelijk was in het verzoek tot het instellen van een enquête bij Meavita. Het is niet gebruikelijk dat de Ondernemingskamer deze vraag separaat beantwoordt, maar kennelijk hadden alle procespartijen ter terechtzitting met deze gang van zaken ingestemd. Kort gezegd vroegen de voormalige bestuurders en commissarissen van Meavita zich af of AKF ontvankelijk was onder meer omdat (i) als gevolg van het faillissement Meavita geen onderneming meer dreef en geen werknemers meer in dienst had en (ii) om een concernenquête werd verzocht in een samenstel van rechtspersonen waarvan ook stichtingen deel uitmaakten. In zijn noot in «JOR» 2010/185 bij deze beschikking zet S.M. Bartman helder uiteen waarom de ontvankelijkheid van AKF aan de orde werd gesteld en op welke gronden de Ondernemingskamer tot het oordeel kwam dat AKF wel ontvankelijk was.

3. Na de beschikking van de Ondernemingskamer van 14 april 2010 heeft AKF op 23 maart 2011 een aanvullend verzoek ingediend om Sensire en Vitras, die sinds februari 2009 geen onderdeel meer uitmaakten van het Meavita-concern, in de verzochte enquête te betrekken. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek – voor zover dat betrekking heeft op de periode dat Sensire en Vitras onderdeel uitmaakten van het Meavita-concern – terecht toegewezen in haar beschikking van 30 mei 2011, «JOR» 2011/219, m.nt. S.M. Bartman. Een vakvereniging is immers bevoegd om een enquête uit te lokken bij concernvennootschappen van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werkzaam zijn die bij haar als lid zijn aangesloten, ook wanneer die vennootschappen ten tijde van het verzoek tot enquête geen onderdeel meer uitmaken van dat concern, zoals bij Sensire en Vitras het geval was. De vaste jurisprudentie waar de Ondernemingskamer in dit verband in r.o. 3.1. op doelt is onder meer te vinden in OK 17 januari 1994, NJ 1995, 408 (*Janssen Pers*), OK 21 oktober 1999, «JOR» 1999/228 (*IJsselwerf*) en OK 18 mei 2004, «JOR» 2004/195 (*Esteves*).

4. In de onderhavige beschikking komt de Ondernemingskamer tot de conclusie dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen en gelast zij een onderzoek. Dit onderzoek mag vooralsnog € 500.000,= kosten (zie r.o. 3.7) en moet door Meavita betaald worden. Nu Meavita failliet is en deze kosten niet als boedelschuld kunnen worden aangemerkt, zal de curator moeten beslissen in hoeverre hij in het kader van de hem in artikel 68 Faillissementswet opgedragen taak middelen ter beschikking wil stellen voor het onderzoek (zie in dit verband ook HR 24 juni 2005, NJ 2005/382 (*Decidewise*) en mijn

bijdrage ‘Kosten van een enquête geen boedelschuld’ in *Vennootschap & Onderneming*, juli/aug. 2005, nr. 7/8). Uit de beschikking kan worden opgemaakt dat het bedrag van de kosten van het onderzoek aansluit bij hetgeen de curator zelf heeft voorgesteld zodat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de curator deze kosten zal betalen.

5. Enquêteprocedures bij stichtingen komen zelden voor. De mogelijkheid tot het instellen van een enquête bestaat bij een stichting (en bij een vereniging met volledige rechtspersoonlijkheid) allereerst op grond van artikel 2:344 sub b BW indien de stichting (of de vereniging) een onderneming in stand houdt waarbij op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. De bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek bij een stichting kan dan ontleend worden aan (i) artikel 2:346 sub c BW ten aanzien van degene aan wie bij statuten of overeenkomst het recht van enquête is toegekend, (ii) artikel 2:347 BW ten aanzien van de werknemersvereniging en (iii) artikel 6.2 van het Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstelling (WTZi) 2006 jo. 2:344 BW ten aanzien van de cliëntenraad van een zorginstelling. Daarnaast bestaat de mogelijkheid tot het instellen van enquête ook bij een stichting pensioenfonds. In dat geval bepaalt artikel 219 Pensioenwet dat het verantwoordingsorgaan van een pensioenfonds bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek. Artikel 2:346 sub c BW wordt in de Pensioenwet van overeenkomstige toepassing verklaard (dus ook voor het geval een pensioenfonds niet “ondernemingsraadplichtig” is ex artikel 2:344 sub b BW) zodat het pensioenfonds bij statuten of overeenkomst het enquêterecht ook aan anderen kan toekennen.

6. De eerste keer dat bij een stichting een onderzoek werd bevolen, was bij de beschikking van de Ondernemingskamer van 1 maart 2005, «JOR» 2005/87, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Skon*). De enquête werd toen ex artikel 2:346 sub c verzocht door de ondernemingsraad, waaraan het bestuur namens de stichting het enquêterecht bij overeenkomst/brief had toegekend nadat een geschil tussen het bestuur en de raad van commissarissen was gerezen. Na deze beschikking heeft het een aantal jaar geduurd voordat de Ondernemingskamer opnieuw is gevraagd een enquête te gelasten bij een stichting. Tot vorig jaar: in 2010 heeft de Ondernemingskamer twee keer bij een stichting een enquête gelast. Het betreft de beschikkingen van 29 april 2010, LJN BM3172, 200.058.069 (*Stichting Zorgcentra De Betuwe*) en van 20 mei 2010, «JOR» 2010/188, m.nt. L.G. Verburg (*Stichting Sherpa*). De enquêteverzoeken werden ingediend door de daartoe statutair bevoegd verklaarde cliëntenraad ex artikel 6.2 van het Uitvoeringsbesluit WTZi (2006). Beide procedures zagen op enquêtes bij zorginstellingen, net zoals het geval is in de onderhavige zaak. In de onderhavige zaak is het enquêteverzoek ingediend door de werknemersvereniging AKF ex artikel 2:347 BW jo. 2:345 BW. Ook dat komt overigens niet vaak voor.

7. Hoewel de onderhavige beschikking in feite weinig nieuws bevat op het gebied van enquête- en ondernemingsrecht, lijkt het korte tijdsbestek waarin thans drie enquêteprocedures zijn gevoerd in de (thuis)zorgsector iets om bij stil te staan. In de media zijn mede – maar niet alleen – naar aanleiding van de Meavita-affaire sinds een aantal jaar immers veel berichten over problemen in de (thuis)zorgsector gepubliceerd. De vraag die daar vaak gesteld wordt is of deze problemen worden veroorzaakt door mismanagement of eerder door, dan wel verband houden met, regelgeving, bezuinigingen, marktwerking en het systeem van aanbestedingen. Zo heeft brancheorganisatie ActiZ (organisatie voor zorgondernemers) naar aanleiding van de Meavita-affaire gepleit voor een onderzoek en de politiek opgeroepen om de situatie in een bredere context te zien (persbericht Actiz 18 februari 2009). Sinds 2004 zou in de thuiszorg op grote schaal zijn bezuinigd. Daarnaast zou de regelgeving in de thuiszorg veel aan verandering onderhevig zijn geweest. Een en ander heeft volgens

brancheorganisatie ActiZ ertoe geleid dat ruim 60 procent van de thuiszorg in de rode cijfers is beland. Dit zou niet alleen grote maar ook kleine zorginstellingen betreffen. Hoewel dit bredere perspectief bijzonder interessant is, leent het bestek van deze annotatie zich niet voor een verdere analyse daarvan. Hier zij slechts opgemerkt dat het op het eerste gezicht niet zonder meer eenvoudig lijkt om de problematiek die bij Meavita heeft gespeeld te onderzoeken zonder een goed beeld te hebben van het maatschappelijke, commerciële en gereguleerde speelveld waarbinnen zorginstellingen, zoals Meavita, hebben te opereren. Wellicht dat het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek tevens zal laten zien in hoeverre dit speelveld tot problemen bij Meavita heeft geleid.

8. Dit gezegd hebbende is de conclusie van de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen alleszins begrijpelijk, gelet op de daaraan ten grondslag liggende overwegingen. Daarover het volgende.

9. Uit de beschikking blijkt dat de bestuurlijke fusie tussen Sensire & TZG, Meavita Den Haag en Vitras een belangrijke oorzaak is geweest van de deconfiture van Meavita. Een motief voor een (bestuurlijke) fusie is dat een grotere organisatie voordeel kan halen uit schaalvergroting (door bijvoorbeeld centraal in te kopen) en dat de kansen op een succesvolle inschrijving bij een aanbesteding worden vergroot. Onder omstandigheden kan een (bestuurlijke) fusie ook de slagvaardigheid van ondernemings- en financieel beleid ten goede komen (zie ook: R.W.F. Hendriks, De Stichting in concernverband, Schoordijk Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994. p. 8).

10. Bij Meavita heeft de fusie niet geleid tot het gewenste resultaat. Twee en een half jaar nadat Meavita op 1 januari 2007 is ontstaan uit deze bestuurlijke fusie, werd op 26 mei 2009 haar faillissement uitgesproken. Nog kort voor het faillissement konden Vitras en Sensire “gered” worden: zij zijn in februari 2009 verzelfstandigd. De verschillende ondernemingen waren voor de fusie beweerdelijk gezond. Meavita is door de fusie in een kort tijdsbestek met grote snelheid gegroeid en de overwegingen van de Ondernemingskamer geven reden om te vermoeden dat de gefuseerde organisatie niet was berekend op deze groei: werkmaatschappijen zouden ondanks de fusie zelfstandig zijn blijven opereren waardoor de hiervoor bedoelde voordelen uit schaalvergroting niet werden benut (r.o. 3.2.1); er vond geen centraal financieel beleid en contractbeheer plaats (r.o. 3.2.1); de administratieve organisatie was niet op orde en niet eenvormig waardoor er onvoldoende adequate managementinformatie beschikbaar was (r.o. 3.2.2.); door de problemen in de eigen organisatie kon niet goed worden ingespeeld op gewijzigde regelgeving en is Meavita Den Haag onder de kostprijs gaan werken (r.o. 3.2.3); er was mogelijk geen adequate afstemming met zorgkantoren waarvan Meavita voor haar inkomsten afhankelijk was (3.2.4 en 3.2.5) (kosten ca. € 6 miljoen); een zeer omvangrijk internetproject (de “TV-Foon”) is volledig mislukt (kosten ca. € 14 miljoen) mede omdat de organisatie na de fusie nog in het geheel niet klaar was om een dergelijk groot project uit te voeren (r.o. 3.2.6); en tot slot bevatte ook de jaarrekening van Meavita West de nodige gebreken (r.o. 3.2.7). De bestuurders en commissarissen worden door AKF en door de curatoren verweten dat zij in het kader hiervan niet adequaat hebben gehandeld.

11. De Ondernemingskamer heeft geen onmiddellijke voorzieningen getroffen. Daar is ook geen aanleiding toe gelet op het faillissement van Meavita. Het enquêteverzoek lijkt dan ook met name gericht te zijn op het verkrijgen van openheid van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid ter voorbereiding van een eventuele aansprakelijkstelling van de bestuurders en commissarissen. Dat het verkrijgen van

deze openheid van zaken in het kader van een enquêteprocedure een doel op zichzelf kan zijn, volgt uit de belangrijke en bekende beschikking van de Hoge Raad van 10 januari 1990, NJ 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*).

12. Of daadwerkelijk sprake is geweest van wanbeleid en bij wie in dat geval de verantwoordelijkheid daarvoor berust, zal uiteraard nog moeten blijken uit het onderzoeksrapport en de eventuele tweede fase van de enquêteprocedure. Daarop vooruitlopend kan wel reeds verwezen worden naar de eveneens belangrijke en bekende beschikking van de Hoge Raad van 8 april 2005 NJ 2006/443, m.nt. G. van Solinge (*Laurus*) waarin de Hoge Raad in vervolg op voormelde *Ogem*-beschikking – kort gezegd – oordeelde dat de vaststelling in een enquêteprocedure dat van wanbeleid bij een rechtspersoon sprake is, ook in een civiele aansprakelijkheidsprocedure weliswaar bindend is jegens die personen die deel uitmaakten van de organen van die rechtspersoon indien deze personen in de tweede (fase van de) procedure van de enquête zijn verschenen, maar dat dit niet de persoonlijke aansprakelijkheid van die personen impliceert. Ook de in een enquêteprocedure vastgestelde feiten staan in een civiele aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vast. Wel kan het oordeel wanbeleid – kort gezegd – een bepaalde bewijsrechtelijke betekenis hebben in het kader van de vraag of de bestuurder zijn taak heeft vervuld zoals hij die in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.

13. Uit het laatste faillissementsverslag van Stichting Meavita Nederland blijkt dat curatoren onderzoek doen naar de vraag of bestuurders en/of commissarissen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor onbehoorlijk bestuur en dat ook de onderzoekers in de enquêteprocedure onderzoek doen naar het functioneren van het bestuur en de raad van commissarissen. Voor zover bekend is echter nog geen dagvaarding uitgebracht tegen Meavita bestuurders of commissarissen. Vitras, die kort voor het faillissement van de Meavita-groep is verzelfstandigd, heeft wel reeds een dagvaarding uitgebracht tegen een bestuurder en tegen de commissarissen van Meavita in hun hoedanigheid van toenmalig bestuurder en commissaris van Vitras.

mr. W.A. Westenbroek, advocaat bij Loyens & Loeff NV te Amsterdam