

Publicatie	JOR 2016 afl. 11
Publicatiedatum	04 november 2016
College	Gerechtshof Amsterdam
Uitspraakdatum	04 juli 2016
Rolnummer	200.190.966/01 OK LJN ECLI:NL:GHAMS:2016:2716
Rechter(s)	mr. Makkink mr. Tillema mr. Wolfs prof. dr. mr. Van der Wel RA De Munnik
Partijen	Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven te Ede, (vertegenwoordigd door haar raad van toezicht), verzoekster, advocaat: mr. M. Beijneveld, tegen Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven te Ede, (vertegenwoordigd door haar bestuurder), verweerster, advocaten: mr. A. Lettenga en mr. R.J. Sark, en tegen 1. Ondernemingsraad van Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven te Ede, 2. Cliëntenraad van Stichting De Gelderhorst Landelijk Centrum voor Oudere Doven te Ede, belanghebbenden, advocaat: mr. A. Joosten, en tegen 3. Staat der Nederlanden, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Inspectie voor de Gezondheidszorg te Den Haag, belanghebbende, advocaten: mr. J.W. Andringa en mr. F.Q.M. de Rotte.
Noot	mr. R.C. de Mol
Trefwoorden	Enquêteprocedure, Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) is niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek, Zij is weliswaar belanghebbende en ex art. 282 lid 4 Rv bevoegd onmiddellijke voorzieningen te verzoeken maar zij behoort niet tot kring van enquêtegerechtigden, Bestuurlijke impasse en redenen om te twifelen aan juist beleid en juiste gang van zaken, Onderzoek bevolen, Rol van medezeggenschapsorganen (OR en cliëntenraad) kan onderwerp van onderzoek zijn, Toewijzing onmiddellijke voorzieningen: schorsing voorzitter RvT; benoeming van voorzitter RvT en tijdelijk bestuurder, elk met beslissende stem, Onmiddellijke voorzieningen zijn geen antwoord op vraag aan wie situatie verwijtbaar is,
Regelgeving	BW Boek 2 - 346 BW Boek 2 - 347 Rv - 282 lid 4

Samenvatting

Gelet op de wettelijke (toezichts)taak van IGZ en haar nauwe betrokkenheid uit dien hoofde bij de problemen bij De Gelderhorst (ook het onderwerp van deze procedure) heeft IGZ er belang bij in deze procedure te verschijnen. Het ligt voor de hand dat de beslissing van de OK in deze zaak van invloed zal zijn op de wijze waarop IGZ haar wettelijke taken en bevoegdheden zal uitoefenen. De OK merkt IGZ daarom aan als belanghebbende. Als belanghebbende is IGZ bevoegd om op de voet van art. 282 lid 4 Rv de OK te verzoeken onmiddellijke voorzieningen te treffen (zie HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/141, m.nt. Josephus Jitta en Barkhuijsen (e-Traction)). Voorts kan IGZ als belanghebbende vanzelfsprekend haar standpunt kenbaar maken ten aanzien van de enquêteverzoeken van De Gelderhorst en van de OR c.s. IGZ behoort evenwel niet tot de kring van degenen die op grond van art. 2:346 en 2:347 BW bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Voor zover IGZ beoogt zelf de OK te verzoeken een enquête te gelasten, is zij niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Bij De Gelderhorst zijn de verhoudingen tussen de RvT enerzijds en de OR en de cliëntenraad anderzijds ernstig verstoord. Er is een onwerkbaar situatie ontstaan tussen de RvT en de bestuurder. Pogingen om via bemiddeling en mediation te komen tot herstel van een vruchtbare verstandhouding tussen de betrokkenen zijn mislukt. De besluitvorming over een aantal urgente onderwerpen is vastgelopen, zozeer dat, zonder het treffen van onmiddellijke voorzieningen, gevreesd moet worden dat door het uitblijven van besluitvorming de belangen van De Gelderhorst ernstig zullen worden geschaad.

Deze redenen om te twifelen aan juist beleid en juiste gang van zaken van De Gelderhorst geven aanleiding om een onderzoek te gelasten over de periode vanaf 1 oktober 2014. Dat onderzoek zal in elk geval betrekking hebben op een aantal aan de orde zijnde urgente onderwerpen en op de rol van alle geledingen van De Gelderhorst, te weten het bestuur, de RvT, de OR en de cliëntenraad. Het standpunt van laatstgenoemde partijen dat het onderzoek zich niet zou kunnen uitstrekken tot het handelen en functioneren van medezeggenschapsorganen is onjuist; het feit dat de OR en de cliëntenraad geen beleidsbepalende organen van de Stichting zijn doet er niet aan af dat het, teneinde een volledig en evenwichtig beeld te verkrijgen, van belang is om ook de rol van medezeggenschapsorganen te betrekken in het onderzoek.

Er is thans sprake van een bestuurlijke impasse die met spoed doorbroken moet worden. Bij de beantwoording van de vraag welke onmiddellijke voorzieningen daartoe het meest geëigend zijn, heeft de OK zich niet laten leiden door de vraag aan wie de thans bestaande situatie (in overwegende mate) te wijten is. Die vraag komt pas aan de orde na voltooiing van het door de OK te gelasten onderzoek.

Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen schorst de OK Buyser als voorzitter en lid van de RvT, benoemt een derde als voorzitter van de RvT met beslissende stem en benoemt naast Tempelaar een tijdelijk bestuurder met beslissende stem.

Uitspraak

1. Het verloop van het geding

1.1. Hieronder zullen partijen als volgt worden aangeduid:

- verzoekster en verweerster als De Gelderhorst; bij de weergave van stellingen en standpunten zal telkens worden vermeld of De Gelderhorst wordt vertegenwoordigd door haar raad van toezicht, dan wel door haar bestuurder;
- belanghebbenden sub 1 en 2 afzonderlijk als de ondernemingsraad en de cliëntenraad en gezamenlijk als de ondernemingsraad c.s.;
- belanghebbende sub 3 als IGZ.

1.2. De Gelderhorst, vertegenwoordigd door haar raad van toezicht, heeft bij op 12 mei 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van De Gelderhorst over de periode vanaf 1 januari 2015, met aanhouding van de aanwijzing van de onderzoeker;

2. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding:

- a. een tijdelijk bestuurder van De Gelderhorst te benoemen met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid;
- b. althans zodanige voorziening te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht.

1.3. De ondernemingsraad c.s. hebben bij op 31 mei 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties, tevens houdende een zelfstandig tegenverzoek, de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

1. het verzoek van De Gelderhorst, vertegenwoordigd door de raad van toezicht, af te wijzen;

2. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van De Gelderhorst over de periode vanaf 1 oktober 2014, met aanhouding van de aanwijzing van de onderzoeker;

3. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding:

a. J.W. Buysen (hierna: Buysen) te schorsen als voorzitter van de raad van toezicht;

b. een tijdelijke voorzitter van de raad van toezicht te benoemen met beslissende stem binnen de raad van toezicht;

c. althans zodanige voorziening te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht.

1.4. De Gelderhorst, vertegenwoordigd door haar bestuurder J. Tempelaar (hierna: Tempelaar), heeft bij op 2 juni 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties, tevens houdende een zelfstandig tegenverzoek, de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

1. het verzoek van De Gelderhorst, vertegenwoordigd door de raad van toezicht, af te wijzen;

2. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van De Gelderhorst over de periode vanaf 1 oktober 2014, met aanhouding van de aanwijzing van de onderzoeker;

3. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding:

a. Buysen te schorsen als voorzitter van de raad van toezicht;

b. een tijdelijke voorzitter van de raad van toezicht te benoemen met beslissende stem binnen de raad van toezicht;

c. althans zodanige voorziening te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht.

1.5. IGZ heeft bij op 10 juni 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties, tevens houdende een zelfstandig tegenverzoek, de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van De Gelderhorst over de periode vanaf 1 oktober 2014;

2. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding:

a. een tijdelijk bestuurder van De Gelderhorst te benoemen met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid;

b. een tijdelijk lid van de raad van toezicht te benoemen met beslissende stem binnen de raad van toezicht en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid;

c. althans zodanige voorziening te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht;

3. met veroordeling van De Gelderhorst in de kosten van het geding.

1.6. De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 16 juni 2016. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht, met uitzondering van IGZ, aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties, te weten producties 30 tot en met 55 van de zijde van de raad van toezicht, producties I en J van de zijde van de bestuurder en producties 7 en 8 van de ondernemingsraad c.s. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

2. De feiten

2.1. De Gelderhorst is op 8 februari 1994 opgericht en heeft als doel het verlenen van huisvesting, verzorging en overige diensten aan oudere doven. Tempelaar is sinds 1999 (enig) bestuurder van De Gelderhorst, en – zo begrijpt de Ondernemingskamer – vanaf 1989 van een rechtsvoorganger van De Gelderhorst. De Gelderhorst heeft een raad van toezicht. Sinds het terugtreden van twee leden van de raad van toezicht op 25 februari 2016 (zie hierna) bestaat de raad van toezicht uit drie personen: Buysen als voorzitter (sinds 1 januari 2015) en als leden M.H.P. Bögels (hierna: Bögels) (sinds 10 december 2007) en M.J.R. Soons-Groenewoud (hierna: Soons-Groenewoud) (sinds 28 februari 2011). De Gelderhorst heeft ook een niet-statutair bestuurder met de titel directeur.

2.2. De Gelderhorst is gevestigd in Ede en houdt een uniek woon-, zorg- en kenniscentrum voor oudere doven in stand. De Gelderhorst heeft circa 185 medewerkers en een omzet van circa € 8 miljoen per jaar. De Gelderhorst biedt onder meer 81 plaatsen zelfstandig wonen, 60 plaatsen verzorgingstehuis en 13 plaatsen verpleeghuiszorg.

2.3. De statuten van De Gelderhorst, laatstelijk gewijzigd op 8 juni 2010, houden onder meer het volgende in:

- de stichting houdt zich aan de Zorgbrede Governancecode (artikel 5);
- aan de ondernemingsraad en de cliëntenraad is de bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek toegekend (artikel 7);
- de raad van toezicht benoemt, schorst en ontslaat de bestuurders (artikel 8);
- aan voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht zijn onder meer de volgende bestuursbesluiten onderworpen (artikel 9):
 - de vaststelling van de begroting en jaarrekening;
 - de vaststelling en wijziging van de meerjaren beleidsplannen;
 - ingrijpende verbouwing of verhuizing van accommodaties;
 - het aangaan van leningen en het doen van investeringen van meer dan € 250.000;
 - het sluiten van overeenkomsten tot het kopen, vervreemden of bezwaren van registergoederen;
- het bestuur, de ondernemingsraad en de cliëntenraad kunnen een persoon voor benoeming tot lid van de raad van toezicht aanbevelen (artikel 10 lid 6);
- een lid van de raad van toezicht treedt uiterlijk vier jaar na zijn benoeming af met dien verstande dat aftredende leden eenmaal herbenoembaar zijn (artikel 12 lid 4).

2.4. De Gelderhorst is vanaf 2014 doende plannen te ontwikkelen voor de uitbreiding van haar accommodatie ten behoeve van doven.

2.5. Bij brief van 12 mei 2015 heeft Tempelaar aan de raad van toezicht verzocht zijn arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2016 te beëindigen wegens het alsdan bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Tussen de raad van toezicht en Tempelaar is vervolgens gesproken over opvolging van Tempelaar reeds vóór eind 2015 in verband met de op handen zijnde besluitvorming over de uitbreiding van de accommodatie van De Gelderhorst. Op 15 juli 2015 heeft de raad van toezicht aan de ondernemingsraad en aan de cliëntenraad laten weten dat de raad van toezicht er naar streeft om in de eerste twee maanden van 2016 een nieuwe bestuurder te benoemen als opvolger van Tempelaar en informatie verschaft over het daartoe te volgen traject, inclusief medezeggenschap.

2.6. Op 25 augustus 2015 heeft de raad van toezicht overleg gevoerd met drs. J.J.H. Houtzagers, verbonden aan het bureau voor werving en selectie K+V, onder meer over de opvolging van Tempelaar als bestuurder. De notulen van dat overleg houden onder meer in dat de raad van toezicht unaniem kiest voor het combineren van de functie van directeur en bestuurder, dat een besluit tot benoeming van een nieuwe bestuurder adviesplichtig is op de voet van artikel 30 WOR en dat wijziging van de topstructuur adviesplichtig is op de voet van artikel 25 WOR.

2.7. In reactie op een door J. Paul, een door De Gelderhorst ingeschakelde vastgoedadviseur (hierna: Paul), opgesteld memo over de uitbreiding van de huisvesting van De Gelderhorst, heeft Buyser bij e-mail van 15 oktober 2015 aan Tempelaar de vrees uitgesproken dat De Gelderhorst op het punt staat zich jegens de gemeente Ede en de betrokken projectontwikkelaar (W&W Vastgoed) te binden aan een huurovereenkomst voor de duur van 20 jaar, terwijl er nog altijd "een robuuste businesscase" voor het project ontbreekt. De e-mail bevat voorts vragen over de kosten van de beoogde uitbreiding van de huisvesting en de opbrengsten daarvan in verschillende scenario's.

2.8. In een gesprek met de ondernemingsraad op 16 oktober 2015 heeft de raad van toezicht verontschuldiging aangeboden voor de niet zorgvuldige communicatie rondom de wervingsprocedure voor een nieuwe bestuurder. Naar aanleiding van een op 17 of 20 oktober 2015 gepubliceerde vacature voor een lid van de raad van toezicht, hebben de cliëntenraad, op 27 oktober 2015, en de ondernemingsraad, op 29 oktober 2015, de raad van toezicht erop gewezen dat de cliëntenraad respectievelijk de ondernemingsraad adviesrecht hebben bij de benoeming van een lid van de raad van toezicht.

2.9. Tempelaar heeft op 29 oktober 2015 aan de raad van toezicht de "kaderbrief begroting 2016" gezonden. Dit stuk houdt onder meer in:

"Nieuwbouw

Na jaren van wachten en onderhandelen is, op het moment dat deze Kaderbrief behandeld wordt, het tekenen van een huurcontract voor 35 zelfstandige woningen en een aantal ruimtes voor kantoren en activiteiten zeer dichtbij. In het meerjarenperspectief is de extra huur van de ruimte van De Gelderhorst verwerkt. Hieruit blijkt dat De Gelderhorst een dergelijke huur kan dragen."

2.10. Bij brief van 5 november 2015 heeft de ondernemingsraad "unaniem en onvoorwaardelijk" het vertrouwen in de raad van toezicht opgezegd. Als redenen daarvoor noemt de ondernemingsraad de publicatie op 17 oktober 2015 van een vacature voor een lid van de raad van toezicht ("de spreekwoordelijke druppel") en de "zeer stroeve communicatie rond het wervingstraject van een nieuwe bestuurder". De ondernemingsraad verwijt de raad van toezicht voorts "op de stoel van de bestuurder te gaan zitten". De brief houdt voorts onder meer in:

"Ondanks het feit dat na een lang proces uiteindelijk woningen kunnen worden ontwikkeld ter uitvoering van het goedgekeurde meerjarenbeleidsplan 2014-2018, W&W Vastgoed deze woningen kan ontwikkelen en het huurcontract gereed blijkt, heeft de Raad van Toezicht plotseling bepaald dat alles aangaande de nieuwbouw on hold gezet moet worden. Dit met het risico dat (...) De Gelderhorst de mogelijkheid kwijt raakt om op haar locatie in Ede uit te breiden. Ook hier geldt dat de Raad van Toezicht niet transparant is; ontstaat de indruk dat de Raad van Toezicht een eigen koers vaart.

Op deze manier gaan wij niet met u de toekomst in. (...) Het vertrouwen van de ondernemingsraad in de Raad van Toezicht is onherstelbaar geschaad. Om die reden willen wij u dan ook verzoeken met ingang van 9 november 2015 uw zetels ter beschikking te stellen.

Mochten wij geen bericht van aftreden van u ontvangen dan gaat als een eerste stap in de richting van de rechtbank een kopie van deze brief naar de organisatie, de inspectie voor volksgezondheid en de pers (...).

(...)

De inhoud van deze brief wordt unaniem onderschreven door cliëntenraad, managementteam, staf en teamleiders van De Gelderhorst."

2.11. Op 7 november 2015 heeft Buyser, naar aanleiding van de brief van de ondernemingsraad van 5 november 2015, de cliëntenraad uitgenodigd voor een gesprek "om te horen waar jullie pijn en boosheid ligt en te onderzoeken hoe we dit op een constructieve wijze kunnen oplossen." Op 9 november 2015 heeft (een delegatie van) de raad van toezicht gesproken met de ondernemingsraad.

2.12. Een op verzoek van de ondernemingsraad ingeschakelde bemiddelaar, T. Verest (hierna: Verest), heeft op 27 november 2015 onder meer voorgesteld de benoemingsprocedure voor de nieuwe bestuurder stop te zetten en in plaats daarvan een interim bestuurder te benoemen en voorts het besluitvormingsproces over de nieuwbouw voort te zetten.

2.13. Bij brief van 3 december 2015 van hun advocaat hebben de ondernemingsraad en de cliëntenraad aan Tempelaar laten weten dat zij inhoudelijk akkoord zijn met de voorstellen van Verest, dat zij het ondenkbaar achten dat de voorzitter van de raad van toezicht aanblijft en dat zij overwegen de Ondernemingskamer te verzoeken een enquête te gelasten.

2.14. Op 5 december 2015 heeft Buyser namens de raad van toezicht aan Tempelaar medegedeeld dat van hem een actieve rol wordt verwacht gericht op het, in overleg met de raad van toezicht, terugbrengen van de rust in de organisatie en onder de medewerkers en cliënten.

2.15. Op 9 december 2015 hebben Buyser en Soons-Groenewoud namens de raad van toezicht gesproken met Tempelaar. Bij die gelegenheid heeft de raad van toezicht een brief overhandigd aan Tempelaar met onder meer de volgende inhoud:

"Enerzijds (...) zijn wij van mening dat jij op twee belangrijke dossiers (...) tot op heden niet gehandeld hebt in het belang van De Gelderhorst:

- de voorbereiding van een verantwoorde besluitvorming m.b.t. tot een mogelijke uitbreiding van de huisvesting op de locatie;
- het werving- en selectieproces voor een nieuwe bestuurder, waarvoor wij met jou een procedure zijn overeengekomen.

(...)

Anderzijds [heb jij] als bestuurder De Gelderhorst op de kaart gezet in de afgelopen 26 jaar. Dat verdient veel respect en daar hoort een waardig afscheid bij van deze organisatie.

(...)

Zoals wij in het overleg op 2 december jl. hebben uitgesproken, volgen wij in grote lijnen het voorstel van (...) Verest. Enkele wezenlijke punten hieruit:

- waar het gaat om het moment van vertrek van jou (...) als bestuurder strookt dit voorstel met wat jij met ons bent overeengekomen: nl. een wisseling van de wacht zo dicht mogelijk rond de jaarwisseling, maar liefst voor 1 februari.
- Het is van groot belang dat de rust onder medewerkers en cliënten zorgvuldig en met aandacht wordt hersteld. Dit vergt specifieke competenties van een nieuwe bestuurder. Wij gaan daarom mee met het voorstel van Verest om eerst een

interimbestuurder te benoemen en de lopende wervingsprocedure voor een nieuwe bestuurder stop te zetten. (...) Vanzelfsprekend zullen wij daarbij conform de WOR de OR betrekken bij dit traject.

– De voorbereiding van besluitvorming (inclusief onze goedkeuring) m.b.t. de mogelijk nieuwe huisvesting moet worden voortgezet. In onze mail van 15 oktober hebben wij verwoord welke informatie wij daartoe in ieder geval willen ontvangen. Ook is jou bekend welke stappen door jou en je adviseur moeten worden gezet voordat het dossier ter besluitvorming kan worden aangeboden in de voltallige RvT. Belangrijke voorwaarde voor goedkeuring door ons is het reeds in functie zijn van jouw opvolger, zodat hij/zij kan oordelen over het voorliggende dossier (...).

Als jij oprecht, zonder verdere bedenkingen, bereid bent om als bestuurder dit pad in nauwe samenwerking met ons vorm te geven, is dit een oplossing waar onze voorkeur zonder meer naar uitgaat!

Hier hoort echter onverbrekkelijk bij dat jij de OR en CR en de organisatie deze week, uiterlijk begin volgende week, gaat mededelen dat jij vierkant en positief achter dit plan staat. (...)

Mocht jij echter dit plan van aanpak niet actief kunnen of willen ondersteunen, blijf jij in onze ogen volharden in het niet in het belang van De Gelderhorst handelen en laat je ons geen andere keuze dan ons als Raad van Toezicht te gaan beraden over de stappen die wij gaan nemen met betrekking tot jouw rol als bestuurder."

2.16. Tempelaar heeft, bij brief van 11 december 2015 van mr. Lettenga, aan de raad van toezicht te kennen gegeven niet bereid te zijn uitdrukkelijk het plan van de raad van toezicht te onderschrijven omdat de organisatie hem dan zou scharen in het "kamp RvT" en hij het vereiste vertrouwen zou verliezen en dit de onrust binnen de organisatie juist zou verergeren. In de brief stelt Tempelaar voor dat de raad van toezicht, de ondernemingsraad en de cliëntenraad "met elkaar een mediationstraject ingaan, waarbij ook (...) Tempelaar kan aanschuiven".

2.17. In een open brief van 19 januari 2016 heeft de raad van toezicht onder meer geschreven:

"Wij steunen het meerjarenbeleidsplan 2014-2018, sterker nog, het is onze taak om toe te zien dat de hierin omschreven plannen en projecten ook daadwerkelijk worden uitgevoerd.

Ook zien wij met de bestuurder en u het belang van uitbreiding van De Gelderhorst met extra appartementen. Onze bestuurder Tempelaar is momenteel samen met deskundigen bezig met het onderzoek naar de haalbaarheid van die uitbreiding waar we allemaal zo naar uitkijken. Hij verwacht nog deze maand de resultaten van dat onderzoek aan ons voor te kunnen leggen. Als daarmee wordt aangetoond dat De Gelderhorst voor de komende jaren de daarmee verbonden financiële verplichting kan dragen, zullen wij snel onze goedkeuring aan de plannen geven. Mocht dit niet het geval zijn, dan zullen wij als Raad aandringen op het zo spoedig mogelijk bedenken van een wel haalbaar plan voor nieuwe appartementen."

2.18. Op 11 februari 2016 heeft Tempelaar een document getiteld "Adviesaanvraag ten behoeve van nieuwbouw en bestaand vastgoed te Ede" (hierna: het huisvestingsplan) aan de raad van toezicht gezonden en verzocht om goedkeuring van de raad van toezicht voor het aangaan van de desbetreffende verplichtingen. Het plan behelst onder meer een uitbreiding van De Gelderhorst met 35 nieuwbouw appartementen en 725 m² algemene ruimte en bouwkundige aanpassingen in het bestaande zorggebouw. Tempelaar heeft het huisvestingsplan op dezelfde dag aan de ondernemingsraad en de cliëntenraad gezonden.

2.19. Op 25 februari 2016 heeft de raad van toezicht over het huisvestingsplan vergaderd. Tempelaar heeft bij deze vergadering verstek laten gaan ondanks een uitdrukkelijk verzoek van de raad van toezicht om die vergadering bij te wonen. Voor aanvang van de vergadering werd de raad van toezicht geconfronteerd met een protestmanifestatie gericht tegen de raad van toezicht, georganiseerd door een actiegroep van medewerkers van De Gelderhorst. De raad van toezicht heeft in deze vergadering besloten het verzoek om goedkeuring vooralsnog af te wijzen.

2.20. Op 25 februari 2016 zijn twee leden van de raad van toezicht, te weten E. de Winter (lid van de raad van toezicht sinds 24 augustus 2009) en M. Rensman (lid van de raad van toezicht sinds 1 maart 2010), teruggetreden.

2.21. Op 3 maart 2016 heeft de raad van toezicht in een vergadering in aanwezigheid van Tempelaar en van de advocaten van de raad van toezicht en van Tempelaar, zijn besluit om geen goedkeuring te verlenen aan het huisvestingsplan toegelicht. Ook in een e-mail van dezelfde dag heeft Buysse namens de raad van toezicht dat besluit toegelicht. Die toelichting – in het kader waarvan wordt verwezen naar een aan de raad van toezicht uitgebracht advies van haar auditcommissie – komt erop neer dat de raad van toezicht het onverantwoord en onaanvaardbaar acht om het voorziene verlies op de vastgoedexploitatie van € 200.000 per jaar te dekken met een positief resultaat uit de zorgexploitatie. De toelichting vermeldt voorts welke stappen er volgens de raad van toezicht gezet moeten worden om tot aanvaardbare besluitvorming te komen. In de vergadering van 3 maart 2016 zijn de raad van toezicht en Tempelaar overeengekomen om door middel van mediation de onderlinge samenwerking en communicatie te verbeteren.

2.22. De raad van toezicht heeft op 8 maart 2016 de ondernemingsraad en de cliëntenraad geïnformeerd over zijn besluit het huisvestingsplan niet goed te keuren, het mediationstraject, het starten van de werving van twee nieuwe leden van de raad van toezicht en het hervatten van de werving van een nieuwe bestuurder als opvolger van Tempelaar.

2.23. Op 18 maart 2016 heeft Buyser aan Tempelaar medegedeeld dat de raad van toezicht geen bijdrage zal leveren aan het jaarverslag 2015 en het evenmin zal goedkeuren zolang de mediation tussen de raad van toezicht en Tempelaar niet is voltooid.

2.24. IGZ heeft bij brief van 31 maart 2016, gericht aan Tempelaar als bestuurder van De Gelderhorst, verzocht een onderzoek te laten uitvoeren door een onafhankelijke externe partij, die zowel voor de bestuurder als voor de raad van toezicht acceptabel is, gericht op:

- de oorzaken en omstandigheden van de ontstane bestuurlijke onrust;
- de risico's voor de kwaliteit en veiligheid van de geboden zorg in relatie tot de bestuurlijke onrust;
- de verbetermaatregelen die de raad van toezicht en de bestuurder nemen naar aanleiding van de conclusies en aanbevelingen die voortkomen uit het onafhankelijke onderzoek.

Tempelaar heeft bij brief van 7 april 2016 IGZ verzocht om "enig uitstel" vanwege de mediation tussen de raad van toezicht en Tempelaar. Tempelaar heeft op 8 april 2016 de brief van IGZ van 31 maart 2016 en zijn reactie daarop van 7 april 2016 toegezonden aan de raad van toezicht, de ondernemingsraad en de cliëntenraad.

2.25. Op 15 april 2016 is de mediation tussen de raad van toezicht en Tempelaar geëindigd zonder resultaat.

2.26. Actiz (een branchevereniging voor zorgorganisaties) heeft bij brief van 2 mei 2016 aan de raad van toezicht aangekondigd een verkennend onderzoek te zullen doen naar de naleving van de Zorgbrede Governancecode 2015 door De Gelderhorst.

2.27. Naar aanleiding van een door het actiecomité op 28 april 2016 aangeboden petitie heeft een lid van de Tweede Kamer op 9 mei 2016 aan de minister van VWS vragen gesteld over "de interne crisis in zorginstelling De Gelderhorst". De staatssecretaris van VWS heeft deze vragen beantwoord op 30 mei 2016. Die antwoorden houden onder meer in:

"Vertrouwen en een open en transparante manier van communiceren zijn essentieel bij het besturen van een instelling. Daar lijkt bij de Gelderhorst nu geen sprake meer van te zijn. Deze impasse moet dan ook snel worden doorbroken. Voorop staat dat de kwaliteit en continuïteit van zorg voor cliënten gegarandeerd blijft. Op dit moment heb ik geen signalen dat deze gevaar lopen."

2.28. Nadat de mediation tussen de raad van toezicht en Tempelaar was mislukt en tussen hen geen overeenstemming kon worden bereikt over de aanstelling van een onderzoeker ter uitvoering van het door IGZ verlangde onderzoek, heeft Tempelaar IGZ op 12 mei 2016 verzocht zelf een onderzoeker aan te stellen. Op 10 juni 2016 heeft IGZ een concept-onderzoeksrapport aan de bestuurder en raad van toezicht gezonden.

3. De gronden van de beslissing

De positie van IGZ als belanghebbende

3.1. De Gelderhorst heeft zich bij monde van de raad van toezicht op het standpunt gesteld dat IGZ in deze procedure als belanghebbende kan worden toegelaten. Bij monde van de bestuurder heeft De Gelderhorst aangevoerd dat nu IGZ, althans de minister van VWS, zelf wettelijk bevoegd is in te grijpen, IGZ geen belang heeft bij haar verzoek aan de Ondernemingskamer.

3.2. Ter beantwoording van de vraag of IGZ in deze procedure kan worden aangemerkt als belanghebbende moet beoordeeld worden of IGZ door de uitkomst van deze procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat zij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of anderszins zo nauw betrokken is bij het onderwerp van de procedure dat daarin het belang gelegen is om in de procedure te verschijnen (vgl. HR 6 juni 2003, («JOR» 2003/161, m.nt. Josephus Jitta; *red.*), ECLI:NL:HR:2003:AF9440 (Scheipar)).

3.3. IGZ houdt op grond van de Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi), het Uitvoeringsbesluit Toelating Zorginstellingen en de Wet klachten en geschillen zorg (Wkkgz) toezicht op zorginstellingen. IGZ is ter uitvoering van die wettelijke taak betrokken bij de bestuurlijke problemen van De Gelderhorst die in deze enquêteprocedure aan de orde zijn. IGZ heeft De Gelderhorst op 31 maart 2016 verzocht een onafhankelijk onderzoek te laten uitvoeren naar de bestuurlijke onrust (zie 2.24) en IGZ heeft, toen een onderzoek in opdracht van De Gelderhorst uitbleef, zelf onderzoek gedaan dat heeft geleid tot een concept-rapport van 10 juni 2016 (niet overgelegd in deze procedure). IGZ, althans de Minister van VWS, is op de voet van de artikelen 27 en 28 Wkkgz in de daar bedoelde gevallen bevoegd een aanwijzing te geven aan een zorgaanbieder.

3.4. Gelet op de wettelijke taak van IGZ en haar nauwe betrokkenheid uit dien hoofde bij de problemen bij De Gelderhorst (ook het onderwerp van deze procedure), heeft IGZ er belang bij in deze procedure te verschijnen. Het ligt voor de hand dat de beslissing van de Ondernemingskamer in deze zaak van invloed zal zijn op de wijze waarop IGZ haar wettelijke taken en bevoegdheden zal uitoefenen ten aanzien van De Gelderhorst. De Ondernemingskamer merkt IGZ daarom aan als belanghebbende in de onderhavige procedure.

3.5. Als belanghebbende is IGZ bevoegd om op de voet van artikel 282 lid 4 Rv de Ondernemingskamer te verzoeken onmiddellijke voorzieningen te treffen (zie HR 23 maart 2012 («JOR» 2012/141, m.nt. Josephus Jitta en Barkhuizen; *red.*), ECLI:NL:HR:2012:BV1056 (e-Traction)). Voorts kan IGZ als belanghebbende vanzelfsprekend haar standpunt kenbaar maken ten aanzien van de enquêteverzoeken van De Gelderhorst en van de ondernemingsraad c.s. IGZ behoort evenwel niet tot de kring van degenen die op grond van de artikelen 2:346 en 2:347 BW bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Voor zover IGZ beoogt zelf de Ondernemingskamer te verzoeken een enquête te gelasten, is zij niet-ontvankelijk in haar verzoek.

De standpunten van partijen

3.6. De Gelderhorst, vertegenwoordigd door de raad van toezicht, heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Gelderhorst en dat gelet op de toestand van de stichting onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. De door de raad van toezicht naar voren gebrachte bezwaren hebben in het bijzonder betrekking op:

- a. het handelen van de bestuurder met betrekking tot het vastgoeddossier;
- b. het handelen van de bestuurder met betrekking tot zijn pensionering;
- c. het handelen van de ondernemingsraad, de cliëntenraad en het managementteam met betrekking tot de werving en selectie van een opvolgende bestuurder;
- d. het ongefundeerd opzeggen van het vertrouwen in de raad van toezicht door de ondernemingsraad en de cliëntenraad;
- e. het creëren, althans in stand houden door de bestuurder, de ondernemingsraad, de cliëntenraad en het managementteam van irreële angsten bij de bewoners en medewerkers over de toekomst van De Gelderhorst;
- f. de rol van de ondernemingsraad en de cliëntenraad bij de escalatie van het geschil;
- g. het handelen van de bestuurder en van de raad van toezicht ten aanzien van onder meer het vastgoeddossier en de naleving van de Zorgbrede Governancecode.

3.7. De Gelderhorst, vertegenwoordigd door de bestuurder, heeft aangevoerd dat de verstandhouding tussen de raad van toezicht en de bestuurder en de verstandhouding tussen de raad van toezicht en de ondernemingsraad en de cliëntenraad ernstig is verstoord, dat de raad van toezicht statuten en reglementen negeert en dat de raad van toezicht weigert om in goed overleg tot een structurele oplossing te komen.

3.8. De ondernemingsraad en de cliëntenraad hebben aangevoerd dat hun medezeggenschapsrechten tekort worden gedaan door de raad van toezicht. Zij menen voorts dat de ontstane situatie geheel te wijten is aan de raad van toezicht, in het bijzonder aan zijn voorzitter. Aan Buysen kleeft bovendien de schijn van belangenverstrengeling, aldus de ondernemingsraad en de cliëntenraad.

De verdere beoordeling

3.9. Alle partijen hebben naar voren gebracht dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van De Gelderhorst te twifelen en dat onmiddellijke voorzieningen getroffen dienen te worden teneinde de huidige impasse te doorbreken.

3.10. De Ondernemingskamer deelt die opvatting van partijen. Uit de hierboven weergegeven feiten volgt dat de verhoudingen tussen de raad van toezicht enerzijds en de ondernemingsraad en de cliëntenraad anderzijds ernstig zijn verstoord en dat er een onwerkbaar situatie is ontstaan tussen de raad van toezicht en de bestuurder. Pogingen om via bemiddeling (zie 2.12) en mediation (2.21) te komen tot herstel van een vruchtbare verstandhouding tussen de betrokkenen zijn mislukt.

3.11. Als gevolg van de thans bestaande situatie is de besluitvorming over een aantal urgente onderwerpen vastgelopen, zozeer dat, zonder het treffen van onmiddellijke voorzieningen, gevreesd moet worden dat door het uitblijven van besluitvorming de belangen van De Gelderhorst ernstig zullen worden geschaad. De bestuurlijke impasse manifesteert zich thans in het bijzonder met betrekking tot de volgende onderwerpen:

- a. het vastgoeddossier;
- b. de opvolging van Tempelaar als bestuurder;
- c. de aanvulling van de raad van toezicht;
- d. de vaststelling van het jaarverslag 2015.

Het vastgoeddossier

3.12. Alle partijen hebben zich voorstander betoond van uitbreiding van de accommodatie van De Gelderhorst. Mede gelet op de omvang van de financiële verplichtingen verbonden aan het huisvestingsplan, dient de besluitvorming daarover te berusten op een gedegen beoordeling van de omvang en redelijkheid van de daarmee gemoeide kosten en een zorgvuldige afweging van de financiële risico's die aan het project verbonden zijn.

3.13. Uit een e-mail van Paul (de vastgoedadviseur ingeschakeld door De Gelderhorst, zie 2.7) van 4 juni 2016 aan Buyser blijkt dat Tempelaar het door hem op 11 februari 2016 aan de raad van toezicht voorgelegde huisvestingsplan, tevoren niet aan Paul ter beoordeling heeft voorgelegd, terwijl Paul eerder gewezen had op naar zijn oordeel aan het project verbonden risico's. In een e-mail van 7 juni 2016 aan Buyser plaatst J. van der Vliet (een door De Gelderhorst ingeschakelde financieel adviseur) vraagtekens bij de in het huisvestingsplan genoemde toekomstige opbrengsten en wijst hij op het risico dat in geval van tegenvallende resultaten van de zorgexploitatie, de negatieve resultaten van de vastgoedexploitatie niet meer kunnen worden gecompenseerd. Uit de hiervoor weergegeven feiten (zie 2.18 en 2.19) blijkt dat, door afwezigheid van Tempelaar, het huisvestingsplan niet is besproken tussen het bestuur en de raad van toezicht, in het bijzonder de auditcommissie, voordat de raad van toezicht tot het besluit kwam zijn goedkeuring daaraan te onthouden. Ter zitting gebleken dat Tempelaar niet met de auditcommissie heeft willen overleggen omdat Buyser daarvan deel uit maakt en Tempelaar vruchtbaar overleg met hem niet mogelijk acht. Voorts constateert de Ondernemingskamer dat na 3 maart 2016 kennelijk geen inhoudelijke voortgang meer is gemaakt in de besluitvorming. Van enige reactie van de bestuurder op de inhoud van het besluit van de raad van toezicht, zoals geformuleerd op 3 maart 2016, is niet gebleken. Onduidelijk is in welke mate de mogelijkheid om de plannen te realiseren door deze vertraging wordt verkleind.

De opvolging van Tempelaar als bestuurder

3.14. Tussen de raad van toezicht en Tempelaar bestaat verschil van mening over de vraag of tussen hen een afspraak is gemaakt over het tijdstip van het vertrek van Tempelaar als bestuurder. De raad van toezicht meent dat was afgesproken dat Tempelaar rond de jaarwisseling 2015/2016 met vervroegd pensioen zou gaan, terwijl Tempelaar ontkent dat definitieve afspraken daaromtrent zijn gemaakt. Uit de overgelegde stukken blijkt niet dat definitieve afspraken zijn gemaakt tussen hem en de raad van toezicht over het tijdstip van zijn vertrek.

3.15. Mede als gevolg van de verstoorde verhoudingen ligt de werving en selectie van een nieuwe bestuurder als opvolger van Tempelaar reeds geruime tijd stil. Voortvarendheid is echter ook hier geboden, ook omdat Tempelaar in april 2017 de AOW-gerechtigde leeftijd zal bereiken. Tot op heden is het ook niet gekomen van het aantrekken van een interim bestuurder, zoals Verest op 27 november 2015 voorstelde (zie 2.12) en waarmee de raad van toezicht (zie 2.15) en de ondernemingsraad en de cliëntenraad (zie 2.13) instemden. In het bericht van de raad van toezicht aan de ondernemingsraad en de cliëntenraad van 8 maart 2016 (zie 2.22) wordt echter niet meer gesproken over het aantrekken van een interim bestuurder maar over het "het weer opstarten van het traject voor de opvolging van Tempelaar, passend bij zijn moment van pensionering." Kennelijk was het voornemen om een interim bestuurder aan te trekken toen weer losgelaten. Na het mislukken van de mediation op 15 april 2016, is noch een interim bestuurder aangetrokken, noch de procedure voor de werving en selectie van een opvolger van Tempelaar hervat.

De aanvulling van de raad van toezicht

3.16. Er zijn twee redenen voor aanvulling van de raad van toezicht:

– Bögels is al sinds 10 december 2007 lid van de raad van toezicht, terwijl uit de statuten volgt dat (overeenkomstig de Zorgbrede Governancecode) de zittingsduur van leden van de raad van toezicht is beperkt tot 4 + 4 jaar;

– Op 25 februari 2016 zijn twee leden van de raad van toezicht (Rensman en De Winter) teruggetreden.

3.17. De raad van toezicht heeft in oktober 2015 gezocht naar een nieuw lid van de raad van toezicht, kennelijk als beoogd opvolger van Bögels (zie 2.8). De raad van toezicht lijkt daarbij geen aandacht gehad te hebben voor de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad, op grond van artikel 10.1.2 van de CAO Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg, en van de cliëntenraad op grond van artikel 10.4 van de statuten.

3.18. Anders dan de ondernemingsraad en de cliëntenraad veronderstellen is vooralsnog niet gebleken dat het terugtreden van Rensman en De Winter te wijten is aan het handelen van Buyser als voorzitter van de raad van toezicht. Een door De Winter op 18 januari 2016 aan B. Pavloff (lid van de raad van toezicht van 2001-2009) verzonden e-mail duidt veeleer op eensgezindheid binnen de raad van toezicht. Ter zitting heeft Soons-Groenewoud desgevraagd toegelicht dat het vertrek van De Winter verband hield met diens persoonlijke omstandigheden.

3.19. De diepgaand verstoorde verstandhouding tussen de ondernemingsraad en de cliëntenraad enerzijds en de raad van toezicht anderzijds, vormt feitelijk een belemmering om op korte termijn, langs de daartoe statutair aangewezen weg met inachtneming van de geëigende medezeggenschap, te komen tot aanvulling van de raad van toezicht met nieuwe leden. Niettemin is die aanvulling dringend gewenst vanwege de urgentie van de besluitvorming over de uitbreiding van de accommodatie van De Gelderhorst en over de opvolging van Tempelaar als bestuurder.

De vaststelling van het jaarverslag 2015

3.20. Op grond van artikel 9 van de Regeling Verslaggeving WTZi was De Gelderhorst, behoudens door de minister te verlenen uitstel, gehouden haar jaarverslag 2015 en nadere specifieke informatie vóór 1 juni 2016 te publiceren. In aanmerking genomen dat, zoals ter zitting is gebleken, na 18 maart 2016 (zie 2.23) geen voortgang is gemaakt met het opmaken van deze stukken, moet worden ervan worden uitgegaan dat De Gelderhorst niet aan deze wettelijke verplichting heeft voldaan.

Het te gelasten onderzoek

3.21. De hierboven genoemde redenen om te twijfelen aan juist beleid en juiste gang van zaken van De Gelderhorst geven aanleiding om een onderzoek te gelasten over de periode vanaf 1 oktober 2014. Dat onderzoek zal in elk geval betrekking hebben op de hierboven genoemde onderwerpen en op de rol van alle geledingen van De Gelderhorst, te weten het bestuur, de raad van toezicht, de ondernemingsraad en de cliëntenraad. Het standpunt van laatstgenoemde partijen dat het onderzoek zich niet zou kunnen uitstrekken tot het handelen en functioneren van medezeggenschaporganen is onjuist; het feit dat de ondernemingsraad en de cliëntenraad geen beleidsbepalende organen van de Stichting zijn doet er niet aan af dat het, teneinde een volledig en evenwichtig beeld te verkrijgen, van belang is om ook de rol van medezeggenschaporganen te betrekken in het onderzoek.

3.22. De Ondernemingskamer zal, zoals van de zijde van de raad van toezicht, het bestuur en de ondernemingsraad c.s. is verzocht, de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aanhouden opdat kan worden gezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurder en voorzitter van de raad van toezicht (zie hierna) kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

3.23. Het staat de onderzoeker vrij om bij zijn onderzoek naar eigen inzicht gebruik te maken van de bevindingen van IGZ die zullen blijken uit het definitieve rapport van IGZ.

Onmiddellijke voorzieningen

3.24. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat thans sprake is van een bestuurlijke impasse die met spoed doorbroken moet worden. Bij de beantwoording van de vraag welke onmiddellijke voorzieningen daartoe het meest geëigend zijn, heeft de Ondernemingskamer zich niet laten leiden door de vraag aan wie de thans bestaande situatie (in overwegende mate) te wijten is. Die vraag komt pas aan de orde na voltooiing van het door de Ondernemingskamer te gelasten onderzoek. De Ondernemingskamer gaat voorts voorbij aan de verdachtmakingen en persoonlijke aanvallen van vooral de ondernemingsraad en de cliëntenraad gericht tegen Buyser. De Ondernemingskamer ziet deze uitingen als symptoom van de ernstig verstoorde verhoudingen en niet als zakelijke argumenten die kunnen bijdragen aan de oplossing van het geschil. Niettemin is het collectieve wantrouwen van de ondernemingsraad en de cliëntenraad jegens Buyser, los van de vraag of dit gerechtvaardigd is, een feit dat de Ondernemingskamer moet betrekken bij de beoordeling van de beoogde effectiviteit van de door haar te treffen onmiddellijke voorzieningen. De Ondernemingskamer heeft voorts de onwerkbare verhouding tussen Tempelaar en Buyser als voorzitter van de raad van toezicht in aanmerking genomen. Ten slotte overweegt de Ondernemingskamer dat het bestuur van De Gelderhorst versterkt moet worden, gelet op het optreden van Tempelaar als bestuurder met betrekking tot het vastgoeddossier en in het geschil tussen de raad van toezicht enerzijds en de medezeggenschapsorganen anderzijds. Met betrekking tot de positie van Tempelaar neemt de Ondernemingskamer in aanmerking dat Tempelaar een langjarige historie heeft als bestuurder bij De Gelderhorst en een breed draagvlak bij bewoners en personeel en dat in het licht daarvan van hem een bijdrage verwacht wordt bij het laten weerkeren van de rust binnen De Gelderhorst.

3.25. Op grond van bovenstaande overwegingen zal de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorzieningen (a) Buyser schorsen als voorzitter en lid van de raad van toezicht en een derde benoemen als voorzitter van de raad van toezicht met beslissende stem en (b) naast Tempelaar een tijdelijk bestuurder met beslissende stem benoemen.

3.26. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding meer of andere onmiddellijke voorzieningen te treffen, dus ook niet met betrekking tot de ondernemingsraad en de cliëntenraad, zoals De Gelderhorst ter zitting bij monde van de raad van toezicht nog heeft voorgesteld.

3.27. De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder (en beheerder) ten laste brengen van De Gelderhorst.

Slotsom en kosten

3.28. De slotsom is dat de Ondernemingskamer op verzoek van De Gelderhorst en op verzoek van de ondernemingsraad en de cliëntenraad een enquête zal gelasten over de periode vanaf 1 oktober 2014 en dat de Ondernemingskamer de genoemde onmiddellijke voorzieningen zal treffen.

3.29. Van de verschenen partijen heeft alleen IGZ gevraagd om een kostenveroordeling. De Ondernemingskamer ziet, gelet op de wettelijke taak van IGZ en haar positie als belanghebbende in de onderhavige procedure geen aanleiding ten

behoefte van IGZ en ten laste van De Gelderhorst een proceskostenveroordeling uit te spreken. De Ondernemingskamer acht termen aanwezig de kosten van het geding tussen de verschenen partijen te compenseren, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verklaart IGZ niet ontvankelijk in haar verzoek tot het gelasten van een enquête;

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van De Gelderhorst over de periode vanaf 1 oktober 2014;

benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon teneinde het onderzoek te verrichten;

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 40.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van De Gelderhorst en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. M.M.M. Tillema tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

schorst, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, met ingang van heden Buyser als lid en voorzitter van de raad van toezicht van De Gelderhorst;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding drs. J.P. Rijdsdijk, te Leiderdorp tot voorzitter van de raad van toezicht van De Gelderhorst met beslissende stem binnen de raad van toezicht;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze voorzitter van de raad van toezicht ten laste komen van De Gelderhorst en bepaalt dat De Gelderhorst voor de betaling daarvan ten genoegen van de voorzitter van de raad van toezicht zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding mr. C.M. Insinger, te Rotterdam tot bestuurder van De Gelderhorst met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is De Gelderhorst te vertegenwoordigen en dat – in afwijking van de statuten – Tempelaar als bestuurder slechts gezamenlijk met de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder vertegenwoordigingsbevoegd is;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van De Gelderhorst en bepaalt dat De Gelderhorst voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Stichting De Gelderhorst is een woon-, zorg-, en kenniscentrum voor oudere doven gevestigd in Ede. Binnen De Gelderhorst rommelt het stevig. Afgaande op de beschikking dragen alle bij de governance betrokken partijen – bestuur, RvT, cliëntenraad en OR – daaraan vol overgave hun steentje bij.

2. Met zevenmijlslaarzen: een noodzakelijk vastgoedproject komt tot stilstand omdat de (enig) bestuurder weigert hierover met de auditcommissie te overleggen, aangezien de voorzitter van de RvT van die commissie deel uitmaakt. Bestuurder en RvT ruziën onderling over de opvolging van de bestuurder, terwijl de pensioendatum van die laatste wel met rasse schreden nadert. De RvT heeft op zijn beurt vacatures. Naar overtuiging van cliëntenraad en OR is dit enkel te wijten aan het persoonlijk optreden van de voorzitter van de RvT. Ook kent de RvT een lid dat langer fungeert dan statutair toegestaan. Bij de zoektocht naar invulling van die vacatures heeft de RvT vervolgens kennelijk geen oog voor de wettelijke en statutaire rechten van cliëntenraad en OR. Dit verstoort de verstandhouding tussen partijen verregaand. Daaraan draagt in negatieve zin bij dat cliëntenraad en OR het vertrouwen in de RvT opzeggen én dreigen met het zoeken van de publiciteit als de RvT niet op korte termijn geheel opstapt. Bij dit alles komt De Gelderhorst niet tot het tijdig vaststellen van haar jaarverslag 2015. Mediation én bemiddeling bieden vervolgens geen soelaas.

3. Uiteindelijk zet dan de RvT de stap om namens De Gelderhorst een enquêteverzoek in te dienen, en verzoekt daarbij als onmiddellijke voorziening om schorsing van de bestuurder, onder benoeming van een tijdelijk bestuurder met

beslissende stem. Waarom de RvT daarbij zelf geen gebruikmaakt van haar eigen (statutair) recht om tot schorsing van de bestuurder over te gaan, blijkt niet uit de beschikking. Kennelijk durft men dat niet aan, daarmee de impasse natuurlijk alleen maar bevestigende. Cliëntenraad en OR reageren hierop met een eigen enquêteverzoek (iets wat men op basis van de statuten ook kan). Men verzoekt juist om schorsing van de voorzitter van de RvT onder benoeming van een tijdelijk voorzitter met beslissende stem. De bestuurder volgt kort daarna met een verzoek namens De Gelderhorst met gelijke strekking: dus een zelfstandig enquêteverzoek en schorsing/vervanging van de voorzitter van de RvT. Namens De Gelderhorst worden dus twee verschillende verzoeken ingediend. De OK stapt daar simpelweg overheen. Ik zal dat in het kader van deze noot ook doen.

4. Als belanghebbende meldt zich dan nog de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ). IGZ volgt De Gelderhorst al op de voet, want had op verzoek van de bestuurder een onderzoeksrapport opgesteld voor bestuurder en RvT. Ook IGZ doet een zelfstandig verzoek tot het houden van een enquête, én verzoekt om schorsing van zowel de voorzitter van de raad als van de bestuurder, onder benoeming van tijdelijke vervangers met beslissende stem.

5. Als kers op de taart kondigt branchevereniging Actiz een onderzoek aan naar de naleving van de Zorgbrede governancecode bij De Gelderhorst. Actiz, opsteller van de code, meldt zich evenwel niet in de enquêteprocedure.

Het slagveld overziend, beveelt de OK dan inderdaad een onderzoek. De verhoudingen tussen RvT enerzijds en de cliëntenraad en OR anderzijds zijn immers zo ernstig verstoord en dat er een onwerkbaar situatie is ontstaan tussen RvT en bestuurder. Daarbij overweegt de OK ook dat bemiddeling en mediation is mislukt, zie r.o. 3.10. De beslissing van de OK verrast niet. De waarde die zij toekent aan het voorafgaand betrachten van mediation/bemiddeling is evenmin nieuw in zorgkwesties zoals deze. Zie de SMK-beschikking (OK 3 juni 2015, ARO 2015/158). Evenmin verrassend is dat de beslissing van de OK om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Er is immers sprake van een bestuurlijke impasse, waardoor besluitvorming in urgente dossiers vastloopt. Het Salomonsoordeel is dan dat de voorzitter van de RvT wordt vervangen door een lid met beslissende stem, en dat de bestuurder gezelschap krijgt van een bestuurder met beslissende stem. Daarbij leunt de OK uitsluitend op zogezegd praktische overwegingen, en uitdrukkelijk niet op de schuldvraag. Met name het gegeven dat de bestuurder (wel) ruime steun heeft binnen de organisatie, terwijl jegens voorzitter van de RvT een diep wantrouwen is, lijkt doorslaggevend. De bestuurder zal namelijk (wel) een rol kunnen spelen bij de terugkeer van de rust. Dat hij evengoed "op weg naar buiten is" zal daarbij ook geholpen hebben, al overweegt de OK dat niet specifiek.

6. Wat betreft de schuldvraag hecht de OK er wel aan erop te wijzen dat zij voorbijgaat "aan de verdachtmakingen en persoonlijke aanvallen van de ondernemingsraad en cliëntenraad aan het adres van de voorzitter van de raad van toezicht", en deze ziet als "symptoom van de ernstig verstoorde verhoudingen en niet als zakelijke argumenten die kunnen bijdragen aan de oplossing van het geschil" (r.o. 3.24). Dat kan lastig als een liefdesverklaring aan beide medezeggenschapsorganen worden gezien. Die maakten het ook wel erg bont met alleen al hun stelling ten overstaan van de OK dat een te bevelen onderzoek zich niet zou kunnen uitstrekken tot het functioneren van de medezeggenschapsorganen zelf. De OK overweegt dat het onderzoek zich heeft uit te strekken naar alle geledingen van De Gelderhorst, te weten bestuur, RvT, de OR en de cliëntenraad (r.o. 3.21). Naar mag worden aangenomen vooral als instructie aan de onderzoeker, en niet als blijkt dat men het verweer van de medezeggenschapsorganen serieus neemt.

7. Niet kan worden uitgesloten dat de uitkomst van het hele geschil anders was geweest als de RvT de impasse zou hebben doorbroken door niet de gang naar de OK te maken, maar zelf over was gegaan tot schorsing van de huidige bestuurder en benoeming van een interim bestuurder. Mediation en bemiddeling boden immers geen oplossing. Dat zou de onrust binnen De Gelderhorst ongetwijfeld tot een kookpunt hebben gebracht – met waarschijnlijk evengoed een enquêteprocedure tot gevolg – maar tegelijk zou er dan van een bestuurlijke impasse over het vastgoedtraject en over de bestuursopvolging geen sprake meer zijn geweest. Gezien het ook door de OK geconstateerde diepe wantrouwen in verschillende gremia jegens de voorzitter van de RvT, valt de keuze om die beslissing hoe in te grijpen, door de rechter te laten nemen echter goed te begrijpen.

8. Specifiek wat betreft de positie van IGZ als belanghebbende merk ik het volgende op. De OK toetst conform Scheipar (OK 6 juni 2003, «JOR» 2003/161) of IGZ voldoende nauw betrokken is bij het onderwerp en dat daarin haar belang gelegen is in de procedure te verschijnen. Op zichzelf weinig verrassend beantwoordt zij die vraag bevestigend. Zoals besproken was zorgtoezichthouder IGZ immers ook allang "binnen" bij De Gelderhorst. Dat IGZ vervolgens ook zelfstandig op grond van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) zou kunnen ingrijpen – een punt dat door de bestuurder naar voren werd gebracht, in een poging IGZ in elk geval buiten de deur van de OK te houden, nadat het door hemzelf verzochte onderzoek van IGZ kennelijk niet bracht wat werd gehoopt – maakt dan geen verschil. De OK oordeelt alleszins bescheiden dat het "voor de hand ligt" dat haar beslissing van belang zal zijn voor de verdere taakuitoefening door IGZ. De OK laat daarmee zien er, in dit geval althans, geen bezwaar tegen te hebben voorbereidend werk te verrichten voor IGZ. Ik kan mij indenken dat IGZ hier niet ongelukkig mee is, al was het maar omdat de wettelijke taken van IGZ alleen maar toe lijken te nemen. Naast de rol van IGZ via de Wkkgz, krijgt IGZ in het recent gepresenteerde wetsontwerp Wmcz ook taken toebedeeld bij de handhaving van medezeggenschap, en in geval van langdurige zorg ook inspraak (zie: Ambtelijk voorontwerp voor internetconsultatie Wmcz, september 2016, par. 6.4). Of dat een gelukkig voornemen is, is niet iets voor deze noot, maar medezeggenschap is hoe dan ook een terrein waar de OK zich vertrouwd voelt.

9. De OK bespreekt vervolgens ook de ontvankelijkheid van IGZ. Het oordeel wat betreft de door IGZ verzochte onmiddellijke voorzieningen mag niet verrassen: onder verwijzing naar e-Traction (OK 23 maart 2012, «JOR» 2012/141) oordeelt de OK dat IGZ, als belanghebbende op grond van art. 282 lid 4 Rv, een dergelijk verzoek inderdaad kan indienen. De OK oordeelt ook dat IGZ als belanghebbende weliswaar haar standpunt kenbaar kan maken waar het de enquêteverzoeken van de andere partijen betreft, maar nu IGZ zelf niet tot de kring van enquêtegerechtigden van art.

2:346 en 2:347 BW behoort, zij niet-ontvankelijk is waar zij beoogt zelf een enquêteverzoek in te dienen. Hiermee slaat de OK een duidelijk piketpaaltje – eentje waarvan ik durf te stellen dat deze in elk geval qua bewoordingen nieuw is. Men kan zich evenwel – zij het met enige moeite – afvragen of een en ander wel strookt met art. 282 lid 4 Rv, op basis waarvan iedere belanghebbende in een verzoekschriftprocedure nu eenmaal een zelfstandig verzoek kan indienen (mits dit verzoek connexiteit heeft met het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek) zodat men ook een zelfstandig enquêteverzoek zou moeten kunnen indienen (zie bijv. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, 2014, p. 14). De OK spreekt in elk geval klare taal in deze beschikking, en wil dus niet aan een (verdere) verruiming van de kring van enquêtegerechtigden via art. 282 lid 4 Rv – connexiteit of niet. Daar valt genoeg voor te zeggen. Wellicht heeft de OK daarbij ook oog op de aanstaande wijzigingen in rechtsvordering naar aanleiding van KEI, aangezien het connexiteitsvereiste van art. 282 Rv lid 4 niet terugkomt in het nieuwe art. 30i Rv. De visie van de OK volgende, kan die wijziging niet worden aangegrepen voor een verruiming van processuele mogelijkheden voor belanghebbenden “buiten de kring”. De beperking zit volgens de OK immers in art. 2:346 en 2:347 BW en niet in het connexiteitsvereiste. Dat lijkt mij terecht.

mr. R.C. de Mol, advocaat bij BarentsKrans te Den Haag
