

schuldeiser een vordering jegens hem te gelde zal willen maken. Niettemin zal de wederpartij "in het complot" zich naar verkeersopvattingen er niet op mogen beroepen dat de stichting niets heeft gedaan met haar kennis over de onverschuldigde betaling. Een eventuele onderzoekspllicht van de Ontvanger naar aanleiding van het ontvangen van een betaling vanaf een rekening die op naam staat van een ander dan de belastingplichtige, volstaat naar mijn idee (en dat van de rechtbank, r.o. 4.11) echter niet om het risico te laten verschuiven naar de Ontvanger. 8. Voor de goede orde: een verlenging van de verjaringstermijn tot zes maanden na het defungeren van de kwaadwillende bestuurder (art. 3:320 jo 3:321 aanhef en sub d BW) is in dit geval niet aan de orde: die verlengingstermijn geldt alleen voor vorderingen op de bestuurder zelf, niet die op derden.

mr. B.M. Katan  
advocaat bij Stibbe en fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

171

### Wanbeleid door belangenverstrengeling in zorgsector

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

24 januari 2020, nr. 200.253.973/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:144

(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Wolfs, prof. dr. mr. Van der Wel RA, dr. Verboom)

Noot prof. mr. C.D.J. Bulten

**Enquêteprocedure DeSeizoenen. Tweedefasebeschikking. Wanbeleid. Governance en besluitvorming geven blijk van ernstig gebrek aan zorgvuldigheid. Onvoldoende rekenschap bestuur van geconflicteerde positie en te beperkte taakopvatting van onafhankelijke commissarissen. Persoonlijk tegenstrijdige belangen en belangenverstrengeling. Afwijzing van gevraagde voorzieningen in verband met verbetering van situatie. Vervolg op OK 30 april 2018, «JOR» 2018/211, m.nt. Leijten.**

[BW art. 2:8, 2:239 lid 6, 2:250 lid 5]]

*De vennootschappelijke structuur van zorgaanbieder DeSeizoenen is met de verwerving van het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen tot stand gekomen. De OK heeft in haar beschikking van 30 april 2018, «JOR» 2018/211, m.nt. Leijten, overwogen dat het niet aan haar is om te oordelen over de wenselijkheid van een dergelijke constructie. Dat deze constructie niet in strijd is met wet- of regelgeving betreft volgens de OK een politieke beleidskeuze. De OK ziet onvoldoende grond om thans anders over de toelaatbaarheid van de constructie als zodanig te oordelen.*

*DeSeizoenen speelt een belangrijke rol in de constructie. Zij heeft met Vastgoed DeSeizoenen de huurovereenkomsten gesloten waarop de bankfinanciering van Vastgoed DeSeizoenen is gebaseerd, zij heeft een achtergestelde lening aan Vastgoed DeSeizoenen verstrekt ten behoeve van het onderhoud aan het vastgoed en zij heeft aan Vastgoed DeSeizoenen een pandrecht verstrekt op haar vorderingen die betrekking hebben op de*

normatieve huisvestingscomponent (“NHC-vorderingen”). Nu de OK de constructie als zodanig niet ontoelaatbaar heeft bevonden en de medewerking van DeSeizoenen aan de constructie niet reeds om die reden dient te worden afgekeurd, is enkel relevant of de inhoud van de genoemde rechtshandelingen en/of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen blijk geven van strijd met de beginselen van behoorlijk ondernemerschap.

Uit de wettelijke bepalingen, waaronder art. 2:8 BW, volgt dat een vennootschap bedacht moet zijn op gevallen van tegenstrijdig belang dan wel belangenverstrengeling en daarmee zorgvuldig moet om gaan. Art. 2:239 lid 6 BW verbiedt bestuurders deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming met betrekking tot kwesties waarin een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang speelt. De te betrachten zorgvuldigheid klemt te meer in een geval als het onderhavige, waarin een zorginstelling is betrokken en waarin de belangen van personen die afhankelijk zijn van zorg en het algemeen belang dat zorggelden ook daadwerkelijk aan zorg worden besteed aan de orde zijn. De bepalingen in de ZGC die gaan over belangenverstrengeling, weerspiegelen de hoge mate van zorgvuldigheid die binnen de branche als norm wordt beschouwd.

Het bestuur van DeSeizoenen heeft zich onvoldoende rekenschap gegeven van de betekenis van zijn geconflieeerde positie waar het ging om de rol van De Seizoenen in het kader van de constructie rond het vastgoed en de in dat verband (tussen DeSeizoenen en Vastgoed DeSeizoenen) uit te onderhandelen contracten. In het bijzonder heeft het bestuur niet vastgesteld dat het daartoe zelf onvoldoende geëquipeerd was; dat van de bestuurders [C] en [D] kon worden verwacht dat zij zich uitsluitend zouden laten leiden door het belang van DeSeizoenen, valt bezwaarlijk vol te houden. Niet alleen hadden zij een persoonlijk tegenstrijdig belang, zij waren in de betreffende periode tevens bestuurders van Vastgoed DeSeizoenen. Zoals de OK al in haar beschikking van 30 april 2018 heeft overwogen is hier geen sprake van een reguliere groep, gelet op de bijzondere positie van DeSeizoenen en het verbod op winstuitkering. De belangen van Vastgoed DeSeizoenen en DeSeizoenen lopen dan ook niet parallel. De wijze waarop de onafhankelijke commissarissen zich van hun taak hebben gekweten, getuigt in dit specifieke geval – waarin sprake was van

een geheel geconflieeerde bestuur – van een té beperkte taakopvatting.

De OK heeft begrip voor de hectiek waarin DeSeizoenen zich na de doorstart in januari 2012 bevond en ziet in dat mede hierdoor de zorg voor een juiste governance in die periode niet de hoogste prioriteit had. Anderzijds gaat het hier om bij uitstek gevoelige materie: persoonlijke tegenstrijdige belangen en belangenverstrengeling in het kader van een zorgonderneming, waarmee publieke belangen en middelen en de belangen van de zorgontvangers zijn gemeoid. Beslissingen over de besteding van de middelen van DeSeizoenen raken per definitie aan laatstgenoemde belangen en van DeSeizoenen had gevergd kunnen worden dat zij zou waken voor potentiële vertroebeling met persoonlijke belangen van bij de organisatie betrokkenen. Van belang is dat het eerste bod op en de principeovereenstemming over het vastgoed dateren van geruime tijd na de doorstart, zodat niet kan worden gezegd dat er onvoldoende tijd is geweest voor bezinning op de positie van [I] als bestuurders/commissarissen van DeSeizoenen in het licht van de tot stand te brengen vastgoedtransactie. De wijze waarop de governance van DeSeizoenen in de cruciale periode voorafgaand aan het eerste bod van 13 juli 2013 en de daarop volgende principeovereenstemming van 25 februari 2014 was ingericht, gecombineerd met het ontbreken van actieve behartiging van de belangen van DeSeizoenen door een of meer onafhankelijke personen bij de totstandkoming van de huurovereenkomsten, de leningovereenkomst en de verpanding, geeft blijk van een dermate ernstig gebrek aan zorgvuldigheid dat dit als wanbeleid moet worden aangemerkt. Het feit dat een tijdige onafhankelijke taxatie achterwege is gelaten en niet kan worden vastgesteld dat [A] en [B] zich hebben onttrokken aan beraadslagingen binnen de rvc over het instemmingsbesluit van de rvc, versterkt dit oordeel. De latere zelfstandige toets die de huidige bestuurder [J] en de inmiddels volledig onafhankelijke rvc voorafgaand aan de definitieve verwerving hebben verricht neemt de bezwaren niet weg. Niet is gebleken dat actief is heronderhandeld over de positie van DeSeizoenen.

Het geconstateerde wanbeleid betreft een afgesloten periode in het verleden. DeSeizoenen heeft nadien stappen gemaakt op het gebied van de governance en potentieel geconflieeerde bestuurders en commissarissen zijn teruggetreden.

*De OK acht het treffen van voorzieningen, mede gelet hierop, niet opportuun.*

*De Centrale Cliëntenraad van DeSeizoenen BV te Oploo,*

verzoeker,

advocaten: mr. H.W.L. de Beaufort, mr. H.A. de Savornin Lohman en mr. W.H.A.M. van den Muijsenbergh,

tegen

*DeSeizoenen BV te Oploo,*

verweerster,

advocaten: mr. S.J.H.M. Berendsen en mr. B. Kemp,

en tegen

1. *WW Zorg Groep BV te Bussum,*

2. [A],

3. [B],

4. [C],

5. [D],

belanghebbenden,

advocaten: mr. W.K. Bischot en mr. N.M. Suurmond,

en tegen

6. *de leden van de Raad van Commissarissen van DeSeizoenen BV,*

a. [E],

b) [F],

c) [G],

d) [H],

belanghebbenden,

advocaten: mr. P.D. Olden en mr. F.H. Oosterloo,

en tegen

7. *de lokale Cliëntenraad van DeSeizoenen BV, locatie Gennep (Eindhoven) en de lokale Cliëntenraad van DeSeizoenen BV, locatie Elivagar (Roggel),*

gevestigd te Oploo,

belanghebbenden,

advocaat: mr. A.J.D. Bekius.

(...; red.)

## 2. De feiten

De Ondernemingskamer verwijst naar de feiten die zij in haar beschikking van 30 april 2018 («JOR» 2018/211, m.nt. Leijten; red.) onder 2.1 tot en met 2.28 heeft genoemd. Deze houden – tezamen met enkele aanvullingen en voor zover thans relevant – het volgende in:

2.1. DeSeizoenen is een zorgaanbieder. Zij is een toegelaten zorginstelling in de zin van de Wet

toelating zorginstellingen (WTZi) en zij exploiteert een, hoofdzakelijk intramurale, instelling voor verstandelijke gehandicaptenzorg voor volwassenen. DeSeizoenen heeft zes vestigingen op verschillende locaties in Oost- en Zuid-Nederland, te weten Bronlaak te Oploo, Overkempe te Olst, Verdandi te Loenen en te Zutphen, Elivagar te Roggel, Landgoed Gennep te Eindhoven en De Corisberg te Heerlen. Van deze locaties zijn Bronlaak en Overkempe de grootste. De instelling bestaat uit woon- en werkgemeenschappen met werkgebieden hoofdzakelijk in de agrarische sector. Zij telt circa 440 bewoners en huldigt een antroposofische mensvisie. DeSeizoenen wordt gefinancierd met publieke middelen op basis van (met name) de Wet langdurige zorg (hierna: Wlz) en zij staat onder toezicht van het Ministerie van VWS, de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ), voorheen IGZ).

2.2. Ieder van de vestigingen van DeSeizoenen heeft een lokale cliëntenraad. Daarnaast is er een centrale cliëntenraad (de CCr), bestaande uit acht vertegenwoordigers van de zes lokale cliëntenraden. De CCr is momenteel niet compleet; vertegenwoordigers van de vestigingen Verdandi, Landgoed Gennep en Elivagar ontbreken. DeSeizoenen heeft ook een ondernemingsraad (hierna: OR). Bij de twee grote locaties (Bronlaak en Overkempe) is er een familievereniging, een niet wettelijk geregeld platform (ontstaan voor invoering van de cliëntenraden) waar familieleden van bewoners elkaar kunnen ontmoeten een aangelegenheden die de bewoners aangaan kunnen bespreken.

2.3. DeSeizoenen is opgericht op 21 november 2011. Bestuurder van DeSeizoenen is [J] (CEO, hierna: [J]). Van 7 december 2011 tot 1 mei 2014 waren [C] en [D] (CFO) bestuurders van DeSeizoenen, van 1 mei 2014 tot 1 juli 2019 waren [J] en [D] bestuurders. [D] is per 1 juli 2019 teruggetreden.

2.4. Van 21 november 2011 tot 1 juli 2015 waren [A] en [B] commissarissen van DeSeizoenen. [E] en [F] zijn sinds 1 december 2012 commissaris en [H] sinds 15 september 2017. [G] was van 1 september 2016 tot 1 april 2019 commissaris. Van medio 2013 tot eind 2016 was ook [K] commissaris.

2.5. Enig aandeelhouder van DeSeizoenen is WW Zorg Groep, opgericht op 21 november 2011. Bestuurder van WW Zorg Groep is sinds 1 oktober

2012 [C]. Tot 17 oktober 2017 was ook [D] bestuurder. (Indirecte) aandeelhouders van WW Zorg Groep zijn [A] (40%), [B] (40%), [C] (10%) en [D] (10%).

2.6. WW Zorg Groep is tevens enig aandeelhouder van Vastgoed DeSeizoenen B.V., Care Shared Services B.V. (hierna: Care Shared Services) en Groote Slink B.V. Deze laatste vennootschap ontplooit momenteel geen activiteiten.

2.7. Vastgoed DeSeizoenen, opgericht op 24 mei 2013, is sinds 15 maart 2016 eigenaar van het merendeel van het vastgoed van Bronlaak, Overkempe en De Corisberg. Zij verhuurt dit vastgoed aan DeSeizoenen – op basis van huurovereenkomsten voor kantoorruimte en andere bedrijfsruimte conform het model van de Raad voor Onroerende Zaken (hierna: ROZ) – voor het bedrag van € 2,36 miljoen per jaar. Bestuurder van Vastgoed DeSeizoenen is thans [L]. Van 1 september 2016 tot 1 mei 2019 waren [A] en [B] (indirect) bestuurders van Vastgoed DeSeizoenen. Voordien (sinds de oprichting) waren dit [D] en [C].

2.8. Care Shared Services, opgericht op 17 februari 2012, verleent ondersteunende diensten op het gebied van onder meer bedrijfsvoering, administratie, facilitaire diensten en ICT aan DeSeizoenen. Zij levert ook diensten aan een aantal andere zorginstellingen. Care Shared Services vormt een fiscale eenheid met DeSeizoenen. Bestuurder van Care Shared Services is [D] (sinds 1 oktober 2012). Van 1 oktober 2012 tot 1 mei 2014 was ook [C] bestuurder en van 1 mei 2014 tot 1 juli 2019 was ook [J] bestuurder.

2.9. De onderneming van DeSeizoenen is een gedeeltelijke voortzetting van de onderneming van Stichting Zonnehuizen. Stichting Zonnehuizen is op 27 december 2011 failliet verklaard. In het kader van een doorstart hebben [A] en [B] op 21 november 2011 DeSeizoenen en WW Zorg Groep (beide toen nog onder andere naam) opgericht.

2.10. Op 10 januari 2012 heeft DeSeizoenen de zorgdiensten aan volwassen cliënten van Stichting Zonnehuizen overgenomen. Het vastgoed van Bronlaak, Overkempe en De Corisberg behoorde in eigendom toe aan Stichting Zonnehuizen en maakte nog onderdeel uit van de faillissementsboedel. Het vastgoed was bezwaard met hypotheekrechten van een consortium van banken. Over overname van het vastgoed kon nog geen overeenstemming worden bereikt. De curator in het faillissement van Stichting Zonnehuizen heeft in overleg met de betrokken banken het vastgoed

tijdelijk tegen een gebruiksvergoeding aan DeSeizoenen ter beschikking gesteld. Het vastgoed op de overige locaties werd van derden gehuurd.

2.11. In het jaarverslag 2012 van DeSeizoenen wordt over de gekozen organisatiestructuur en juridische structuur onder meer vermeld: “de organisatiestructuur weerspiegelt de duidelijke scheiding tussen de zorgactiviteiten van DeSeizoenen enerzijds en de ondersteunende diensten anderzijds”.

2.12. Op 12 juli 2013 heeft het bestuur van DeSeizoenen in een telefonische vergadering met de raad van commissarissen gesproken over een voorgenomen bod op het vastgoed. In de notulen van de vergadering staat onder meer dat [B] heeft vermeld dat de leden van de raad van commissarissen de brief naar de banken en de financiële bijlagen per mail hebben ontvangen. Voorts staat in de notulen dat [D] heeft gemeld:

“Bij de brief zitten 4 bijlagen. De belangrijkste is het resultaat van de Vastgoed BV. Er is besloten om vastgoed los te maken van de zorg. Op de 1e bijlage is de balans opgenomen van de Vastgoed BV, een achtergestelde lening van de aandeelhouders en een achtergestelde lening van DeSeizoenen. Samen met een bedrag van 18 miljoen wat we nodig hebben van de banken. Er gaat behoorlijk geïnvesteerd worden. Andere financieringen worden gehaald uit leningen van de aandeelhouders en DeSeizoenen. De lening van de aandeelhouders loopt hoger op dan die van DeSeizoenen. Er is gerekend op een rentevergoeding van 7% wat bij DeSeizoenen wel uitgekeerd gaat worden en van de aandeelhouders niet (...)”

[F] heeft opgemerkt:

“Het is een bord spaghetti op dit moment en het is verstandig dat we tegen de tijd dat het definitief gaat worden nogmaals samen om tafel gaan zitten om de zaken door te spreken.”

Voorts wordt in de notulen vermeld:

*Besluitvorming door de commissarissen is dat verpanding van kapitaallasten gaat plaatsvinden. Anderzijds dat er een relatie van achtergesteld vermogen tegen een marktconforme rente vergoeding gaat komen.*

Over de achtergestelde lening vermelden de notulen nadere vragen respectievelijk uitlatingen van [F] en [D]:

[F]: “De achtergestelde lening van de exploitatie van DeSeizoenen is een soort voorschot op de huur?”

[D]: “Klopt, dit komt uit de resultaten.”

(...)

[D]: “De opbrengst prognosticeren we voor jaren daarna. Op het moment dat de exploitatie resultaten niet voldoende zijn hebben we een resultatenprobleem en moeten we het anders op gaan lossen.”

[F]: “Dus langzaam worden we meer eigenaar van de panden.”

[D]: “De gedachte is dat de financiering voor het liquiditeit gat terug komt naar DeSeizoenen. DeSeizoenen investeert in een tijdelijke constructie om het nodig te maken om voor het vastgoed te gebruiken. De oorspronkelijke gedachte is dat het terug betaald wordt.”

2.13. Bij brief van 13 juli 2013 aan de banken heeft DeSeizoenen laten weten dat zij voornemens was, namens Vastgoed DeSeizoenen, een bod uit te brengen op het vastgoed voor een bedrag van € 18 miljoen. In de brief staat dat de waarde van het vastgoed mede is gebaseerd op een DCF waardering, in het kader waarvan de NHC-tarieven (geïntegreerde bedragen die in de plaats kwamen van de voorheen volledig betaalde daadwerkelijke kapitaallasten) bij de bepaling van de maximale huurprijs tot uitgangspunt zijn genomen. Verzocht werd om een hypothecaire financiering van € 18 miljoen voor de aankoop en € 2 miljoen voor achterstallig onderhoud (waarbij werd opgemerkt dat de investeringen terzake in de komende jaren in totaal € 7 miljoen bedroegen waarvan € 5 miljoen zelf zou worden bekostigd). Als zekerheden werden onder meer genoemd een eerste hypotheek op het vastgoed en – daar waar mogelijk – verpanding van de kapitaallastenvergoeding. Verder werd een aantal voorwaarden aan het bod verbonden, waaronder goedkeuring van de raad van commissarissen van DeSeizoenen, positieve advisering door de CCr en de OR en een conveniërende externe taxatie.

2.14. Het bestuur (door partijen, in overeenstemming met artikel 12 van de statuten, ook aangeduid als: de directie), de raad van commissarissen en de aandeelhouder (WW Zorg Groep) van DeSeizoenen hebben in aanvulling op bestaande wet- en regelgeving een statuut opgesteld en op 5 augustus 2013 per brief toegestuurd aan familieleden/vertegenwoordigers van de cliënten en aan de CCr. De brief bevat een toelichting op de structuur van de organisatie. Vermeld wordt onder meer dat Vastgoed DeSeizoenen is opgericht met het doel het vastgoed van de voormalige Stichting Zonnehuizen over te nemen en in het algemeen

de huisvesting voor cliënten van DeSeizoenen zo goed mogelijk te organiseren. In punt 4 staat dat DeSeizoenen de Zorgbrede Governancecode gebruikt als leidraad voor de *governance* van de organisatie en in punt 6 staat dat de vijf door de CCr opgestelde kernwaarden richting geven aan de werkzaamheden van en besluitvorming bij DeSeizoenen. Punt 8 luidt:

“Financiële middelen bestemd om zorg te verlenen, worden ook daadwerkelijk aangewend voor het verlenen van die zorg (...) en niet weggesluisd via andere vennootschappen. Dat wil onder meer zeggen dat:

a. Ten aanzien van Care Shared Services B.V.:

(...)

b. Ten aanzien van Vastgoed DeSeizoenen B.V.:

Kosten die gemaakt worden voor (onderhoud van) huisvesting/vastgoed worden bekostigd uit de middelen die daarvoor bestemd zijn; (...) in de nabije toekomst is dat vooral de normatieve huisvestingscomponent (NHC); dit zal duidelijk gemaakt worden in de jaarrekening.

c. Het (opgebouwde) financieel resultaat, de reserve aanvaardbare kosten en/of het eigen vermogen dat binnen DeSeizoenen B.V. wordt gemaakt/opgebouwd, wordt niet uitgekeerd aan andere vennootschappen in de groep, behalve wanneer het geldstromen betreffen die vallen onder de eerder genoemde punten 8a. of 8b., onder de in 8a. of 8b. genoemde voorwaarden. Vanuit DeSeizoenen wordt geen dividend uitgekeerd zolang de wet dat verbiedt.”

2.15. Op 25 februari 2014 is principeovereenstemming bereikt met de banken. De hoofdlijnen van het arrangement hielden in dat een hypothecaire lening werd verstrekt voor een bedrag van € 18 miljoen, met een looptijd van 10 jaar (met een *bullet* van € 10 miljoen op de einddatum), waarbij WW Zorg Groep en Care Shared Services zich als hoofdelijke medeschuldenaren verbonden. De zekerheden waren onder meer een eerste hypotheekrecht op het vastgoed, een eerste pandrecht op de vorderingen uit hoofde van de huurovereenkomsten, een eerste pandrecht van Vastgoed DeSeizoenen op de NHC-vorderingen van DeSeizoenen tot zekerheid van de huurverplichtingen van DeSeizoenen (welk pandrecht via het pandrecht op de vorderingen uit hoofde van de huurovereenkomsten als nevenrecht toekomt aan de zekerhedenagent), een tweede pandrecht (herverpanding) op de NHC-vorderingen en een

achterstelling van de door Care Shared Services en DeSeizoenen te verstrekken leningen.

2.16. Bij brief van 27 februari 2014 heeft [C] de CCr medegedeeld dat er onder voorbehoud een akkoord is met de banken over de acquisitie van het door de curator ter beschikking gestelde vastgoed. In een bijgevoegd memo van het bestuur van DeSeizoenen – voor aandeelhouder, raad van commissarissen, CCr en OR – over de transactie (hierna ook: het vastgoedmemo) staat onder meer:

#### *“1. Inleiding*

Vanaf 10 januari 2012 heeft DeSeizoenen de zorg voor de volwassen gehandicapten, die tot dan toe door de Stichting Zonnehuizen werd geboden, gecontinueerd. In de dagen voor de overname van deze zorgactiviteiten is het niet gelukt om overeenstemming te krijgen met de curator en de banken over het definitief verwerven van het vastgoed van de Stichting Zonnehuizen (...). Dit betreft het overgrote deel van de huisvesting op de locaties Corisberg, Bronlaak en Overkempe. (...) De directie heeft inmiddels (op 25 februari 2014) onder voorbehoud overeenstemming bereikt met de banken en curator over het verwerven van het vastgoed. (...)

#### *2. Proces en uitgangspunten*

De afgelopen twee jaar is er langdurig en intensief onderhandeld met de banken om te komen tot een titel (koop of meerjarige huur) (...).

In de onderhandelingen heeft de directie de volgende uitgangspunten gehanteerd:

1. De huisvestingskosten voor DeSeizoenen (incl. instandhouding, onderhoud, financieringskosten) mogen niet hoger zijn dan de door de overheid en zorgkantoren beschikbaar gestelde middelen voor deze huisvestingslasten.

2. De risico's die het hebben van vastgoed met zich meebrengt moeten zoveel mogelijk beperkt worden voor de zorgonderneming DeSeizoenen.

3. De invloed van DeSeizoenen op het kunnen gebruiken/verbeteren van het vastgoed (zodat het voldoet aan de wettelijke eisen en mee-ontwikkelt met de zorgvraag) moet goed geborgd zijn.

Deze uitgangspunten zijn meegenomen in de uiteindelijk gekozen structuur die in deze memo wordt toegelicht.

#### *3. Structuur*

Om te voorkomen dat de zorgonderneming DeSeizoenen risico's zou lopen die met het eigendom en beheer van het vastgoed te maken hebben, heeft de directie van DeSeizoenen besloten om

het vastgoed langdurig te huren in plaats van het zelf te verwerven. Dat deze risico's niet alleen theoretisch zijn, maar voor zeer serieuze problemen kunnen zorgen, zien we nu in de gehandicaptenzorg- en V&V-sector in alle ernst: organisaties die met grote vastgoedposities op de balans zitten en deze moeten herwaarderen, kosten van vastgoed die niet/nauwelijks te dragen zijn door te lage bezettingsgraden t.g.v. scheiden van wonen en zorg, etc.

Om wel grip te hebben op het vastgoed (...) is er voor gekozen om onder dezelfde holding als waaronder DeSeizoenen valt een aparte vastgoedorganisatie op te zetten, waarin het vastgoed (...) zal worden ondergebracht.

(...)

Tussen DeSeizoenen en de vastgoedorganisatie wordt een 10-jaars huurovereenkomst afgesloten waarin afspraken worden gemaakt over de te betalen huur en wie waarvoor verantwoordelijk is. Het in goede staat brengen en houden van het vastgoed is bijvoorbeeld de verantwoordelijkheid van de vastgoedorganisatie. Om deze relatie verder goed te borgen is de directie van beide vennootschappen (...) dezelfde.

(...)

#### *4. Prijs*

##### *Huurprijs*

Een belangrijk uitgangspunt voor DeSeizoenen is het beperken van de te betalen huur tot maximaal de inkomsten die we via de zorgkantoren krijgen ter bekostiging van ons vastgoed. (...)

Tenslotte is ook de staat van de gebouwen van invloed geweest op het bepalen van de huurprijs. Enerzijds wil DeSeizoenen niet teveel betalen voor een pand wat niet in goede staat is, maar aan de andere kant moeten er door de vastgoed BV ook investeringen worden gedaan om het vastgoed te verbeteren en moeten die natuurlijk wel betaald worden. (...)

##### *Koopprijs*

(...) De totale huursom is gelijk aan de inkomsten van de vastgoed BV en die inkomsten bepalen vervolgens weer het maximale bedrag wat de vastgoed BV aan de banken kan betalen (...).

#### *5. Financiering*

Uiteraard heeft het binnen de groep houden van het vastgoed ook een uitdaging gegeven. De verwerving van het vastgoed door de vastgoed BV kan niet volledig door de banken gefinancierd worden. (...)

Aangezien de vastgoed BV geen eigen vermogen heeft zullen er daarom achtergestelde leningen worden gesloten tussen DeSeizoenen en de vastgoed BV en tussen Care Shared Services en de vastgoed BV (...).  
(...)"

2.17. De ondernemingsraad heeft extern advies ingewonnen over het verstrekken van een achtergestelde lening ten behoeve van investeringen in het vastgoed. In een presentatie van 27 maart 2014 heeft de adviseur onder meer als "algemeen oordeel" vermeld dat een rente van 7% marktconform was, dat de financieringsstructuur geoptimaliseerd is zodat geen liquiditeit achterblijft in de vastgoedvennootschap en dat DeSeizoenen op basis van een meerjarenprognose voldoende financiële ruimte heeft voor het verstrekken van de lening. Het risico op korte termijn werd beperkt geacht, voor de toekomst werd aandacht gevraagd voor de omstandigheid dat de vastgoedexploitatie gebaseerd was op voortzetting en niet op uitbreiding, dat in het huidige huurcontract is uitgegaan van een bezetting van 90% en rekening is gehouden met het scheiden van wonen en zorg en dat resterende risico's zijn dat 14% van de opbrengsten afkomstig is uit ZZP [ZorgZwaartePakket, Ondernemingskamer] 4 en dat de NHC vanaf 2018 vrij onderhandelbaar is. Geadviseerd werd onder meer inspraak te krijgen in toekomstige uitbreiding van de vastgoedvennootschap en, omdat de leningen geen zekerheid kenden, het 2e recht van hypotheek te verkrijgen.

2.18. In een memo van 4 april 2014 aan de CCR heeft het bestuur van DeSeizoenen onder meer geschreven:

"De volgende aanvullende vragen zijn gesteld:

– Welke alternatieve structuren zijn onderzocht? Er is onderzocht of een onafhankelijke derde geïnteresseerd zou zijn in deze koop. Die is niet gevonden.

(...)

Er is ook onderzocht of DeSeizoenen niet zelf het vastgoed zou moeten proberen te kopen. Gezien de (lange termijn) risico's van vastgoed (af)waardering en de geringe buffers die DeSeizoenen nu nog heeft werd dit scenario niet optimaal bevonden. Er zijn voorbeelden te over dat dit geen theoretisch risico is: zie de vele zorginstellingen die (bijna) ten onder gaan aan de problematiek rondom vastgoed (af)waarderingen

(...)

– Wat is de voorgenomen bestemming van de winst die in Vastgoed DeSeizoenen wordt gemaakt?

Door de zeer substantiële investeringen die Vastgoed DeSeizoenen B.V. gepland heeft, de daarvoor noodzakelijke liquiditeit en de navenante noodzaak rente te betalen en de leningen terug te betalen zal Vastgoed DeSeizoenen tot ten minste 2026 verliezen maken (de kasstroom is natuurlijk wel altijd positief). Van winstbestemming is dan ook vooralsnog geen sprake. En ook daarna is het door investeringen en terugbetalingen nog maar te bezien of en hoeveel winst er gemaakt zal worden.

– Kunt u nader omschrijven welke vorderingen precies zullen worden verpand?

(...)

- eerste pandrecht op de vorderingen uit hoofde van de Huurovereenkomsten (waarbij het pandrecht op de NHC vorderingen via het pandrecht op de vorderingen uit hoofde van de Huurovereenkomsten als nevenrecht bij wet toekomt aan de Zekerheden Agent);

- een tweede pandrecht op NHC vorderingen (...) (herverpanding) door de kredietnemer (...)"

2.19. Het bestuur van DeSeizoenen heeft met de CCR afgesproken dat de CCR zou adviseren over de met Vastgoed DeSeizoenen te sluiten huurovereenkomsten. Bij het hiervoor genoemde memo van 4 april 2014 heeft het bestuur van DeSeizoenen gereageerd op in het kader van die advisering door de toenmalige advocaat van de CCR gestelde vragen. Bij brief van zijn advocaat van 2 mei 2014 heeft de CCR zijn visie gegeven over de vastgoedtransactie als geheel en zijn bezorgdheid uitgesproken over de financiële positie van DeSeizoenen in de gekozen structuur en deze naar zijn voorlopige mening strijdig geacht met de belangen van de cliënten en het vennootschappelijk belang van DeSeizoenen. De CCR heeft in deze brief een groot aantal vragen gesteld. Bij e-mail van 4 mei 2014 met daaraan gehecht een conceptbrief van WW Zorg Groep, heeft WW Zorg Groep op deze brief gereageerd. In de conceptbrief heeft WW Zorg Groep geconstateerd "dat er een bijzonder groot gebrek aan vertrouwen aanwezig is bij de CCR" en "dat er een gebrek aan goede inschattingen omtrent de daadwerkelijke risico's rondom het eventueel al dan niet verwerven van het vastgoed aanwezig lijkt te zijn bij de CCR". WW Zorg Groep stelt een mogelijk terugtrekken uit de voorgenomen vastgoedtransactie,

met ernstige consequenties, in het vooruitzicht. Zij heeft laten weten verwerving van het vastgoed niet te hoeven faciliteren maar dit te willen doen voor de bewoners en de medewerkers en zij roept de CCR op met alternatieven te komen indien hij meent dat er betere alternatieven zijn. Het bestuur van DeSeizoenen heeft bij brief van 5 mei 2014 (met cc aan de raad van commissarissen) gereageerd op de brief van de CCR van 2 mei 2014. Het bestuur heeft zich op het standpunt gesteld dat de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (hierna: Wmcz) de CCR geen adviesrecht toekent als het gaat om het verwerven of afstoten van vastgoed, noch als het gaat om het aangaan of verbreken van huurrelaties. Het bestuur heeft echter wel een nadere toelichting gegeven op de voorgenomen plannen met het vastgoed. Het bestuur heeft (met verwijzing naar vergaderingen, memo's en het laatste e-mailantwoord aan de CCR op 22 april 2014) geschreven al meerdere keren te hebben uitgelegd hoe de structuur werkt en waarom die op deze manier is ingericht, maar zich genoodzaakt te zien dit nogmaals uiteen te zetten, deze keer iets schematischer omdat de details mogelijk juist tot onduidelijkheden hebben geleid. Het bestuur heeft de constructie vervolgens toegelicht aan de hand van drie hoofdargumenten voor de gekozen structuur: 1) vastgoed in eigendom hebben, onderhouden en ontwikkelen is niet de "core-business" van DeSeizoenen, 2) tegelijkertijd zou het voordelig zijn als invloed op de kwaliteit van de huisvesting mogelijk is, en 3) een structuur waarbij de risico's aangaande het vastgoed voor DeSeizoenen kunnen worden geminimaliseerd en er toch een zekere mate van invloed mogelijk blijft op dat vastgoed, is de ideale structuur voor DeSeizoenen. In het schema van de voorgenomen structuur wordt onder meer vermeld dat het geld waarmee het achterstallig onderhoud wordt gefinancierd van DeSeizoenen blijft en ook 7% per jaar opbrengt en dat de zekerheid voor de banken alleen de NHC-stroom betreft die betrekking heeft op de deal. In de brief wordt voorts ingegaan op de rol van de raad van commissarissen. Vermeld wordt dat de raad van commissarissen uit vijf leden bestaat, van wie de meerderheid geen direct en geen indirect aandeelhoudersbelang heeft in de betrokken vennootschappen en dat de raad van commissarissen positief heeft gereageerd op de voorliggende plannen.

2.20. Bij brief van 9 mei 2014 heeft de CCR een voorlopig advies gegeven, waarop het bestuur bij brief van 13 mei 2014 heeft gereageerd. In de brief staat onder meer:

"De aandeelhouder heeft in het overleg van afgelopen maandag aangegeven dat er door de gekozen structuur een belangenverstremming is en dat de governancestructuur zo is ingericht om hier op te kunnen toezien en actief op in te spelen. Genoemd kunnen worden de nieuwe onafhankelijke bestuurder, de nieuwe onafhankelijke voorzitter van de RvC en de ambitie van de aandeelhouder om transparant te zijn over de verschillende belangen.

De directie wil daar aan toevoegen dat juist vanwege de belangenverstremming het 'Statuut DeSeizoenen' (...) is opgesteld en er aan de CCR volledige transparantie wordt gegeven over de inhoud van de contracten (huur, lening, dienstverlening CSS) met verwante ondernemingen." Op 21 mei 2014 heeft de CCR negatief geadviseerd over de voorgenomen huurovereenkomsten. Op 27 mei 2014 heeft het bestuur van DeSeizoenen de CCR geïnformeerd over zijn besluit de huurovereenkomsten en een leningovereenkomst aan te gaan overeenkomstig de eerder aan de CCR verstrekte informatie. In zijn brief van die datum heeft het bestuur van DeSeizoenen laten weten dat het sluiten van de overeenkomsten in de gegeven omstandigheden naar zijn mening het beste voldoet aan de in het memo van 28 februari 2014 (bedoeld is kennelijk het memo van 27 februari 2014, opmerking Ondernemingskamer) geformuleerde uitgangspunten met betrekking tot de hoogte van de huisvestingskosten, de risico's en de invloed van DeSeizoenen op het kunnen gebruiken/verbeteren van het vastgoed. In reactie op het negatief advies van 21 mei 2014 heeft het bestuur onder meer geschreven:

"Het eerste punt betreft dat het de CCR niet voldoende duidelijk is geworden of de huurprijs objectief is vastgesteld.

In de vele toelichtingen die de directie heeft gegeven is duidelijk geworden dat er sprake was van een intensieve onderhandelings situatie tussen de banken en de directie van DeSeizoenen, waarbij er een duidelijke druk lag bij de directie van DeSeizoenen om de huurprijs zo laag mogelijk vast te stellen. Voor de banken was het belangrijk om de prijs zo hoog mogelijk te krijgen aangezien de huurprijs de waarde van het vastgoed bepaalt. Gezien het langdurige onderhandelingsproces



over de verwerving van het vastgoed en de hieraan gekoppelde huurovereenkomsten die nota bene lager liggen dan de NHC-inkomsten uit de ZZP-geldstroom, zien wij geen reden om nu nog een onafhankelijke taxatie naar de huurprijzen uit te voeren.

De Directie van DeSeizoenen is van mening dat we een optimaal onderhandelingsresultaat hebben bereikt. De huurprijs ligt lager dan de kapitaallastenvergoeding. (...)”

In de brief wordt voorts melding gemaakt van toezeggingen, die onder meer inhouden dat periodiek (elke drie jaar) door een onafhankelijke taxateur de marktconformiteit van de huurovereenkomsten onderzocht zal worden en dat jaarlijks toetsing zal plaatsvinden om vast te stellen of de huur onder of gelijk aan de NHC-normen blijft.

2.21. Een e-mail van [E] van 12 juni 2014 “Aan: Directie van DeSeizoenen BV Van: RvC van DeSeizoenen BV” met als onderwerp “besluit omtrent verwerving vastgoed” houdt onder meer in: “De RvC van DeSeizoenen BV

a. – gelet de aan de RvC overgelegde stukken rond de verwerving van het vastgoed dat uit het faillissement van Stichting Zonnehuizen verworven kan worden ten behoeve van de kerntaak van DeSeizoenen BV.

Overwegende

– dat de objecten de RvC genoegzaam bekend zijn uit de besprekingen en de overlegde stukken,

– dat DeSeizoenen BV een huurovereenkomst wenst aan te gaan met Vastgoed DeSeizoenen BV,

– dat de te huren objecten, prijsstelling en o.a. huurovereenkomst(en) de RvC genoegzaam bekend zijn uit de overgelegde stukken in de RvC vergaderingen van 2013/2014,

b. – gelet op de besprekingen in de RvC op vrijdag 23 mei 2014 te Heerlen,

c. – gelet op de daarop gevoerde overleggen, zowel mondeling/per mail als via telefoon tussen de directie en het CCR-presidium, waarvan de inhoud in de mail van de algemeen directeur van 29 mei 2014 10.34 uur aan de RvC is bericht, het besluit heeft gevat

– na interne consultatie via telefoon en mail van alle RvC leden door de voorzitter,

– als RvC van DeSeizoenen BV kennis te nemen van respectievelijk in te stemmen met het voorgenomen besluit van de directie en aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen BV de bovenbedoelde vastgoedverwerving door Vastgoed DeSeizoenen

BV; e.e.a. voor zover het de RvC van DeSeizoenen BV aangaat.

– dat de RvC van DeSeizoenen BV als vervolg hierop

1. instemt met de voorgenomen besluiten van de directie van DeSeizoenen BV de bedoelde objecten te huren tegen de aan de RvC overgelegde voorwaarden en huurakte(n) en in te stemmen met de daarbij gehanteerde prijsstelling en voorwaarden, conform de concept huurovereenkomst tussen DeSeizoenen BV enerzijds en Vastgoed DeSeizoenen BV anderzijds,

2. instemt met de inbreng als lening van gelden van DeSeizoenen BV aan de Vastgoed DeSeizoenen BV voor zover het het maximale bedrag niet overschrijdt inclusief de termijnen, voorwaarden, rentestelling en aflossing, conform de concept leningovereenkomsten tussen DeSeizoenen BV enerzijds en Vastgoed DeSeizoenen BV anderzijds,

3. (...).

De directie wordt door de RvC gevraagd al hetgeen te doen om het gestelde onder 1, 2 en 3 binnen de afgesproken termijnen etc. te realiseren.

Dit besluit van de RvC van DeSeizoenen BV is door twee commissarissen en de voorzitter gevat; de beide commissarissen tevens aandeelhouder hebben te dezen geen formele stem uitgebracht, maar dit aan de overige leden, tevens meerderheid, van de RvC gelaten.”

2.22. In een uitspraak van 17 oktober 2014 heeft de Landelijke Commissie van Vertrouwenslieden (hierna: LCvV) naar aanleiding van een verzoek van de CCr om een uitspraak over drie geschilpunten geoordeeld dat de CCr geen bevoegdheden ingevolge de Wmcz heeft met betrekking tot andere vennootschappen in het organisatieverband dan DeSeizoenen (de zorgaanbieder), dat de Wmcz niet voorziet in een adviesrecht met betrekking tot het verwerven of vervreemden van vastgoed, de bijbehorende financieringsafspraken of het sluiten van huurovereenkomsten door een zorgaanbieder, dat de Wmcz – die geen instemmingsrecht kent – naast het gewoon adviesrecht ook het verzaard adviesrecht kent, maar dat de CCr geen verzaard adviesrecht toekomt ter zake van besluiten over de organisatiestructuur of de voorgenomen vastgoedtransactie.

2.23. Bij brief van 19 november 2014 heeft de familievereniging Bronlaak (opnieuw) haar bezorgdheid uitgesproken over het verstrekken van een achtergestelde lening door DeSeizoenen aan

Vastgoed DeSeizoenen en WW Zorg Groep opgevoerd de mogelijkheid van toetreding van een tweede aandeelhouder uit te werken. Bij brief van 13 mei 2015 heeft DeSeizoenen geschreven geïnteresseerd te zijn in het verlagen van de achtergestelde lening door overname (van een deel daarvan) en voorts verzocht eventuele concrete voorstellen voor aandelenparticipatie nader te specificeren. Er hebben nadien besprekingen plaatsgevonden met een mogelijk geïnteresseerde, maar dit heeft niet tot aandelenparticipatie geleid.

2.24. Op 15 maart 2016 heeft Vastgoed DeSeizoenen het vastgoed op de locaties van Bronlaak, Overkempe en De Corisberg verworven van de curator voor een bedrag van € 18 miljoen. De koopprijs is gefinancierd met een lening van een consortium van banken. Deze lening moet tussen 30 maart 2016 en 31 december 2025 in termijnen worden terugbetaald, met dien verstande dat volgens het aflossingsschema op 31 december 2025 nog een (als laatste termijn af te lossen) bedrag van (ruim) € 9,8 miljoen resteert. De banken hebben als zekerheid een eerste recht van hypotheek op het vastgoed en WW Zorg Groep en Care Shared Services zijn medeschuldenaren met betrekking tot de terugbetalingsverplichting van Vastgoed DeSeizoenen. Tevens zijn pandrechten op de NHC-vorderingen gevestigd zoals omschreven in 2.15. DeSeizoenen en Care Shared Services hebben Vastgoed DeSeizoenen voorts elk een (bij de rechten van het bankenconsortium) achtergestelde lening verstrekt van € 3,25 miljoen. Deze bedragen worden vanaf februari 2016 trapsgewijs uitgeleend. Terugbetaling vindt volgens de overeenkomsten plaats vanaf respectievelijk 31 december 2026 (DeSeizoenen) en 1 januari 2028 (Care Shared Services).

2.25. De huurovereenkomsten tussen DeSeizoenen en Vastgoed DeSeizoenen met betrekking tot het vastgoed zijn per 15 maart 2016 ingegaan. De huurovereenkomsten zijn aangegaan voor de duur van tien jaar, waarna de overeenkomsten worden voortgezet voor twee keer een aansluitende periode van vijf jaar, waarbij geldt dat uitsluitend DeSeizoenen de huurovereenkomsten kan opzeggen tegen het einde van de eerste periode van tien jaar en de eerste verlengingsperiode van vijf jaar (twee huurdersopties van vijf jaar). De huurovereenkomsten worden vervolgens voortgezet voor aansluitende perioden van telkens vijf jaar (waarbij beide partijen kunnen opzeggen). Bij

opzegging dient een termijn van ten minste twee jaar in acht te worden genomen.

2.26. In de periode juni 2017 tot en met oktober 2017 hebben de CCR en het bestuur en raad van commissarissen van DeSeizoenen gecorrespondeerd over de bezwaren van de CCR met betrekking tot de structuur van de Seizoenen. Bij brief van 21 november 2017 aan de CCR heeft het bestuur gereageerd op een brief van 29 oktober 2017 van de CCR en nader (mondeling) overleg voorgesteld. In de brief wordt ervan melding gemaakt dat het bestuur een objectief onderzoek wil laten uitvoeren naar de governance- en groepsstructuur van DeSeizoenen, dat in de algemene vergadering van 22 november 2017 gesproken zal worden over inbreng van eigen middelen in Vastgoed DeSeizoenen die ten goede zullen komen aan investeringen in de gebouwen waar DeSeizoenen gebruik van maakt en dat Vastgoed DeSeizoenen de komende periode versneld klein achterstallig onderhoud in de woningen zal aanpakken.

2.27. Op 27 november 2017 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de CCR en de beide bestuursleden van DeSeizoenen. Daarbij is niet inhoudelijk over de bezwaren van de CCR gesproken. Door de CCR is de mogelijkheid van een enquêteprocedure opgeworpen. Daarover is vervolgens verder gecorrespondeerd.

2.28. In een rapport van 14 februari 2018 van Cushman & Wakefield, wordt de markthuur voor het door DeSeizoenen van Vastgoed DeSeizoenen gehuurde vastgoed op de drie locaties getaxeerd op € 2,86 miljoen.

2.29. In een rapport van 14 februari 2018, heeft prof. mr. L.G.H.J. Houwen (hierna: Houwen), verbonden aan Dirkzwager advocaten, een analyse gemaakt van en advies gegeven over de toenmalige governancestructuur van DeSeizoenen en de groep waarvan zij deel uitmaakt. Houwen heeft een aantal risico's en kwetsbaarheden gesignaleerd en een aantal aanbevelingen gedaan met betrekking tot de organisatie- en governancestructuur. Naar aanleiding van het advies van Houwen heeft DeSeizoenen haar statuten en reglementen aangepast.

### 3. De inhoud van het verslag

3.1. In *hoofdstuk I* van het verslag, heeft de onderzoeker aandacht besteed aan het onderwerp van het onderzoek, het verloop en het perspectief en de uitvoering van het onderzoek, de opzet van het verslag en de vraag of het verslag openbaar dient

te zijn en de betekenis van bevindingen en kwalificaties in het verslag.

Over het onderwerp van het onderzoek heeft de onderzoeker geschreven:

2. *Het onderzoek richt zich op de vraag of de verwerving van bepaalde registergoederen waarin DeSeizoenen haar activiteiten ontplooit (de Verwerving) voldoende zorgvuldig en onafhankelijk is geweest. Daarnaast richt het onderzoek zich op de vraag of met de Verwerving in de gegeven specifieke situatie voor DeSeizoenen een onderhandelingsresultaat is bereikt dat blijkt geeft van behoorlijk ondernemingsbestuur (...)*

3. *Het onderzoek strekt zich uit over de periode 10 januari 2012 tot 15 maart 2016. Dit is de periode waarin de Verwerving tot stand is gekomen. De eerste overeenkomsten die aan de Verwerving ten grondslag liggen zijn gedateerd 9 januari 2012. Voor een goed begrip van de Verwerving is het wenselijk dat ook aandacht wordt besteed aan de periode voorafgaand aan deze datum. Eveneens zijn bij het onderzoek omstandigheden betrokken die gelegen zijn na 15 maart 2016 maar die licht kunnen werpen op de onderzoeksperiode. (...)*

Hoofdstuk II van het verslag bevat een beschrijving van DeSeizoenen als zorginstelling en van de organisatorische en juridische structuur van de groep. In hoofdstuk III gaat de onderzoeker vervolgens in op de totstandkoming van de verwerving. Daarbij merkt hij op:

59. *Het overzicht dat hierna volgt, gaat hoofdzakelijk over het vastgoed van Zonnehuizen en de overname daarvan door DeSeizoenen. De reikwijdte van het overzicht is vanwege het onderwerp beperkt. De belangrijkste activiteit van DeSeizoenen, namelijk de zorgverlening, komt in het overzicht nauwelijks voor. Toch is de meeste aandacht van de organisatie, met de directie voorop, op deze activiteit gericht geweest, met name gedurende het eerste jaar (2012).*

Vervolgens is de onderzoeker ingegaan op het faillissement van Stichting Zonnehuizen, het (daaraan voorafgaande) in oktober 2011 door [A] en (toen nog) LGR-Rentray (voor de jeugdzorg) gepresenteerde plan voor continuering van de zorg van Zonnehuizen (dat voorzag in een holdingstructuur en een splitsing in een zorgtak en een vastgoedtak) en de daaropvolgende gesprekken met de banken en het Waarborgfonds voor de Zorgsector (WFZ). De CCr heeft zich, onder meer in een brief van 4 december 2011 aan de betrokken bewindspersonen en de bewindvoer-

der, uitgesproken tegen scheiding van het vastgoed en het primaire proces. Op 21 december 2011 hebben Groep [A] en LSG Rentray een gezamenlijk bod gedaan op de activa en passiva van Stichting Zonnehuizen, dat door de banken is afgewezen, volgens de onderzoeker met naar alle waarschijnlijkheid als hoofdreden de waardering van het vastgoed.

De onderzoeker heeft in dit verband geciteerd uit het faillissementsverslag van de curator:

74. (...) *“Waardering*

*(...) de waardering van het vastgoed van de Zonnehuizen [vormt] een bottle neck voor overnemende partijen. Daarvoor zijn diverse redenen aan te wijzen. De onroerende zaken hebben een zorgbestemming.*

Sinds 2009 is in de zorg sprake van een transitiefase voor de bekostiging van de materiele vaste activa, die tot dat moment in aanmerking kwamen voor *integrale nomenclatie*.

Dat tot voor kort bestaande, in beginsel risicoloze, bekostigingssysteem, wordt vervangen door een systeem van prestatiebekostiging. (...)

Als gevolg van deze overgangsregeling NHC zijn diverse aanvliegroutes voor de waardering van het onroerend goed mogelijk, hetgeen onzekerheid omtrent die waardering met zich meebrengt.” De onderzoeker constateert dat de CCr een overname door [I] uiteindelijk heeft aanvaard. Samengetvat staat in het verslag voorts het volgende. Op 9 januari 2012 is overeenstemming met de curator en de banken bereikt. De hoofdlijnen daarvan waren dat de curator de activa in het faillissement van Zonnehuizen, met uitzondering van het vastgoed, overdroeg, dat de banken en de overnemende partijen een protocol zouden opstellen voor het ontwikkelen en overeenkomen van een vastgoedplan voor de lange termijn en dat de curator aan de overnemende partijen een gebruiksrecht verleende. Het ontstaan van DeSeizoenen is nauwlettend door de (toenmalige) IGZ gevolgd en in de Tweede Kamer zijn daarover vragen gesteld.

In de loop van 2013 bleek dat de verwachtingen van DeSeizoenen en LSG-Rentray niet synchroon liepen en op 12 maart 2013 heeft DeSeizoenen de banken laten weten dat gesprekken over de verkrijging van het vastgoed voortaan gescheiden zouden worden gevoerd.

95. *De banken laten op 17 juni 2013 weten in beginsel bereid te zijn de Verwerving te financieren.*

Als beoogde datum van afronding stellen de banken in het vooruitzicht 1 december 2013 (...).

96. DeSeizoenen beantwoordt de uitnodiging van de banken op 13 juli 2013 (...). DeSeizoenen doet een formeel bod op, kort gezegd, het vastgoed in Bronlaak, Overkempe en De Corisberg voor een bedrag van € 18 miljoen. (...) Zie onder 2.13, Ondernemingskamer.)

97. In een annex bij de biedingsbrief worden de financiële uitgangspunten van DeSeizoenen ten behoeve van de banken geschetst. (...)

98. Het bod van DeSeizoenen is door de rvc op 12 juli 2013 besproken. (...)

99. In de periode juli 2013 – februari 2014 onderhandelen DeSeizoenen en de banken over de voorwaarden van de financiering. Uit de e-mailcorrespondentie blijkt dat de hoofdlijnen van het initiële bod van DeSeizoenen gedurende de onderhandelingen niet wezenlijk zijn veranderd. Er was verschil van mening over de prijs van het vastgoed, dat de banken op € 21,6 miljoen stelden en DeSeizoenen op € 18 miljoen. Het verschil was in belangrijke mate te verklaren door het verschil van inzicht over het achterstallig onderhoud, dat de banken minder ernstig vonden dan DeSeizoenen. Er is ook discussie geweest over de zekerheden. De banken wensten dat DeSeizoenen BV zich jegens de banken als medeschuldenaar verbond voor de verplichtingen uit het financieringsarrangement. De directie van DeSeizoenen BV heeft vanaf het begin geweigerd met deze wens van de banken in te stemmen.

(...)

101. Partijen hebben uiteindelijk eind februari 2014 overeenstemming bereikt. (...) (Zie onder 2.15, Ondernemingskamer.)

102. DeSeizoenen heeft het financieringsvoorstel aan de ccr voorgelegd door middel van een memo van 27 februari 2014 (...). Tussen de ccr en DeSeizoenen is daarover verschil van inzicht ontstaan. De ccr heeft zich op het standpunt gesteld dat de Verwerving in de voorgestelde vorm onwenselijk was en niet zonder zijn advies mocht doorgaan.

Vervolgens hebben zich de gebeurtenissen voorgedaan die zijn vermeld onder 2.19 en is de procedure bij de LCvV gevolgd (zie ook 2.22).

105. De procedure heeft de verhoudingen tussen de directie en de ccr, die tot dat moment zeer goed waren, onder druk gezet.

106. Parallel met het advies van de ccr heeft de directie een adviestraject gevolgd met de or. De or heeft, met enkele voorwaarden, positief geadviseerd over het voorstel van de directie. (...)

107. Gedurende het jaar 2015 hebben DeSeizoenen en de banken gewerkt aan de formalisering van de Verwerving. Er hebben zich verschillende omstandigheden voorgedaan die de formalisering hebben vertraagd. De banken hebben met de publieke partijen (Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) en WFZ) gediscussieerd over de onderlinge posities. (...)

Als andere omstandigheden die vertragend hebben gewerkt noemt de onderzoeker dat niet geheel duidelijk was of de Verwerving de goedkeuring behoeft van het College Sanering Zorginstellingen en dat de technische uitwerking van de Verwerving complex was vanwege moeilijkheden in verband met de exacte omschrijving van de goederen in de transportaktes. De onderzoeker verwijst voor een overzicht van het verloop van de verwerving vanuit het perspectief van de curator naar de faillissementsverslagen en vervolgt met het vermelden van de poging die de CCr nog heeft gedaan alternatieven te zoeken voor de verkrijging van het vastgoed door anderen dan Vastgoed DeSeizoenen. Het vastgoed is uiteindelijk op 15 maart 2016 aan Vastgoed DeSeizoenen overgedragen.

In hoofdstuk IV heeft de onderzoeker de onderzoeksvragen beantwoord.

115. (...) De onderzoeker heeft de opdracht geconcretiseerd in de volgende onderzoeksvragen:

a) is de besluitvorming over de deelname van DeSeizoenen aan de Verwerving voldoende zorgvuldig en onafhankelijk geweest? Was er sprake van tegenstrijdig belang van bestuurders en/of commissarissen? Kan de Verwerving als een corporate opportunity worden aangemerkt die DeSeizoenen BV voor haar zelf had moeten behouden?

b) is met de Verwerving in de gegeven specifieke situatie voor DeSeizoenen een onderhandelingsresultaat bereikt dat blijkt geeft van onbehoorlijk ondernemingsbestuur?

(...)

3. Eerste vraag: de zorgvuldigheid en onafhankelijkheid van de besluitvorming

3.1. Inleiding; de omstandigheden van het geval

125. De eerste onderzoeksvraag heeft een meer algemeen-procedureel karakter. Het gaat erom dat vastgesteld wordt of de Verwerving legitiem was en op een voldoende zorgvuldige en onafhankelijke wijze heeft plaatsgevonden. Bij de beoordeling van de vraag moeten de bijzondere omstandigheden van de Verwerving in het oog worden gehouden.

*Hierna worden enkele omstandigheden genoemd die bijzondere aandacht verdienen.*

3.1.1. De Verwerving is meer een proces dan een handeling

126. *De Verwerving is omschreven als de verwerving door Vastgoed DeSeizoenen BV van bepaalde registergoederen waarin DeSeizoenen haar activiteiten ontplooit. (...) De verkrijging op 15 maart 2016 was de uitkomst van een langdurig proces en niet een geïsoleerde handeling. De legitimiteit van de Verwerving kan alleen worden beoordeeld als het gehele proces in ogenschouw wordt genomen.*

127. *Enkele concrete implicaties van dit zijn de volgende.*

128. *Bij de beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee de besluitvorming heeft plaatsgevonden moet een betrekkelijk lange periode in aanmerking worden genomen. De Verwerving is begonnen in januari 2012, met de start van DeSeizoenen. Zij heeft zich ontwikkeld in de zomer van 2013, met het formele bod op het vastgoed, en verder in februari 2014 met de principiële overeenstemming met de banken. Zij is formeel afgerond in maart 2016. De eisen die aan de besluitvorming kunnen worden gesteld, zijn naar het oordeel van de onderzoeker niet dezelfde in de beginfase, onmiddellijk na het faillissement (januari 2012), als in de eindfase (maart 2016). In de beginfase was alle aandacht gericht op de continuïteit van de zorg en het opzetten van de nieuwe organisatie. In de eindfase stond de organisatie al redelijk op de rails en was er meer inzicht in de financiële (on)mogelijkheden van de Verwerving.*

129. *De besluitvorming in formele zin heeft in maart 2016 plaatsgevonden. Op dat moment bestond de rvc uit drie volledig onafhankelijke commissarissen en de directie uit een volledig onafhankelijke bestuurder en een bestuurder die tevens (minderheids)aandeelhouder van de holdingvennootschap was. De basis van het besluit was echter al gelegd in februari 2014, toen in de rvc nog de twee meerderheidsaandeelhouders zitting hadden naast drie onafhankelijke commissarissen, terwijl de twee bestuurders tevens (minderheids)aandeelhouders waren. De wortels van het besluit lagen in december 2011, toen DeSeizoenen alleen een project was.*

130. *De beoordeling van de zorgvuldigheid van de besluitvorming moet met al deze etappes van het proces rekening houden.*

De onderzoeker heeft vervolgens een aantal onderwerpen uitgelicht.

3.1.2. De principiële geoorloofdheid van de Verwerving als business case

132. (...) *De NZA heeft, naar aanleiding van de Onderzoeksbeschikking, DeSeizoenen erop gewezen dat uit het uitblijven van een reactie niet mag worden afgeleid dat de NZa geen bezwaar zou hebben tegen de structuur [van DeSeizoenen] of die (stilzwijgend) zou hebben goedgekeurd. De NZa heeft daarbij kenbaar gemaakt hierover geen standpunt in te nemen.*

133. *Het voorgaande laat onverlet dat de onderzoeker ook als uitgangspunt neemt dat de bestaande wet- en regelgeving toestaan dat het vastgoed waarvan een zorginstelling als DeSeizoenen zich bedient voor de zorgverlening ondergebracht wordt in een aparte entiteit van de groep en dat de winst die de vastgoedvennootschap maakt met de verhuur van het vastgoed aan de (uiteindelijke) aandeelhouders wordt uitgekeerd. De constructie dient wel, zoals de Ondernemingskamer eveneens overweegt, onder zodanige condities plaats te vinden dat gelden die bestemd zijn voor zorg niet zodanig worden aangewend dat daarmee het verbod op winstuitkering (art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi) wordt omzeild. (...)*

3.1.3 DeSeizoenen als vrucht van een faillissement

136. *DeSeizoenen is ontstaan uit het faillissement van Zonnehuizen. Deze omstandigheid heeft naar het oordeel van de onderzoeker in verschillende opzichten betekenis voor de beoordeling van de Verwerving.*

137. *Een eerste implicatie is dat het proces van afwikkeling van de vermogensrechtelijke verhoudingen die bij een faillissement zijn betrokken aan een onafhankelijke curator wordt opgedragen. Het is aan de curator om te bepalen hoe en onder welke voorwaarden het faillissement wordt afgewikkeld. (...)*

138. *Voorts komen de (eigendoms)verhoudingen na het faillissement anders te liggen dan daarvoor. De failliete eigenaar verliest door het faillissement de vrije beschikking over zijn vermogen. Niet hij maar de curator beschikt daarover. Voor Zonnehuizen heeft dit een wrange connotatie in het feit dat een deel van het vastgoed dat met de Verwerving gemoeid is afkomstig was uit schenkingen van vooral een weldoenster. Het moet worden aangenomen dat de weldoenster het vastgoed heeft geschenken in de verwachting dat het permanent deel zou uitmaken van het vermogen van de instelling. Het faillissement heeft echter aan die verwachting, he-*

laas, een einde gemaakt. Het moge zo zijn dat aan die goederen een altruïstische herkomst kleeft, maar het zou onjuist zijn de beschikkingsbevoegdheid van de curator en van de verkrijger van de goederen te beperken omdat de goederen een altruïstische herkomst hebben. Voor zover die herkomst consequenties heeft, horen die meer thuis in de sfeer van de moraliteit dan van de legaliteit. Dit wordt overigens ook door de ccr erkend.

139. In het verlengde van het voorgaande ligt dat het vastgoed belast was met het recht van hypotheek ten behoeve van een consortium van banken (waaronder een staatsbank) en van een stichting die nauwe banden heeft met de overheid (WFZ). Het hypotheekrecht had tot gevolg dat het lot van het vastgoed praktisch gesproken in handen van deze crediteuren was.

### 3.1.4. DeSeizoenen als zorginstelling en als zorgonderneming

140. DeSeizoenen is een groep bestaande uit besloten vennootschappen. Het zwaartepunt van de groep is een zorginstelling in de zin van art. 5 WTZi. Als zorginstelling opereert DeSeizoenen in een sterk gereguleerde omgeving, waarin het overgrote deel van de inkomsten en de uitgaven geoormerkt en getoetst (kunnen) worden door publieke instanties. Deze zorgomgeving waarin DeSeizoenen opereert is geen zuiver commerciële omgeving. De standaarden die gelden voor een besloten vennootschap die in een zuiver commerciële omgeving opereert, kunnen niet onverkort op een zorgomgeving worden toegepast. Een duidelijke uitwerking hiervan is het uitkeringsverbod van art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi. Een andere uitwerking is naar het oordeel van de onderzoeker het vraagstuk van het tegenstrijdig belang.

141. Aan de andere kant moet niet uit het oog worden verloren dat de zorgomgeving ruimte laat voor commerciële activiteit. Zoals hiervoor is opgemerkt (dit hoofdstuk onder 3.1.2), is het een politieke beleidskeuze dat, ondanks beperkingen als het uitkeringsverbod, een zorgstructuur zoals DeSeizoenen als principieel geoorloofd moet worden geacht.

142. In het geval van DeSeizoenen hebben de initiatiefnemers, binnen de grenzen die wet- en regelgeving hen biedt, en onder het oog van meerdere overheidsinstanties, ervoor gekozen van DeSeizoenen niet alleen als een zorginstelling maar ook als een zorgonderneming in te richten.

(...)

### 3.1.5. DeSeizoenen als onder toezicht staande instelling

144. DeSeizoenen is als zorginstelling onder begeleiding en toezicht van (semi)publieke instanties en toezichhouders ontstaan (WFZ, NMA, CSZ, IGZ, NZa). (...)

145. De instelling is in januari 2012 onder verscherpt toezicht tot stand gekomen (...).

146. Ook de ogen van de publieke opinie, de verantwoordelijke bewindspersoon en de Tweede Kamer waren op het einde van Zonnehuizen en het begin van DeSeizoenen gericht. (...)

(...)

149. De onderzoeker heeft geen aanwijzing gevonden dat de publieke instanties bedenkingen hebben geuit over de wijze waarop DeSeizoenen als zorgonderneming was ingericht, noch over de principiële geoorloofdheid van de Verwerving of de samenstelling van de rvc en/of rrv van de vennootschappen van de groep DeSeizoenen. Hiermee is niet gezegd dat de publieke instanties de Verwerving zoals deze uiteindelijk vorm heeft gekregen uitdrukkelijk hebben gesanctioneerd. Hiermee is wel gezegd dat de publieke instanties verwachtingen hebben gewekt over de principiële geoorloofdheid van de Verwerving.

150. Bij het voorgaande komt dat het proces van besluitvorming over de Verwerving in de loop van het proces steeds meer waarborgen heeft gekregen doordat het stelsel van corporate checks and balances steeds verder is aangescherpt.

### 3.1.6. Het verbod van “elke vorm en schijn” van belangenverstremgeling

151. De ZBC 2010 bepaalt dat “elke vorm en schijn” van belangenverstremgeling van bestuurders en commissarissen vermeden moet worden (art. 3.3.1 en 4.5.1). De code voorziet ook in de mogelijkheid dat een bestuurder van de zorgorganisatie tevens aandeelhouder is in de organisatie (art. 3.2.6). Het schijnverbod kan naar het oordeel van de onderzoeker niet zo ver worden opgerekt dat het verbod verhoudingen treft die de wet en de code zelf geoorloofd achten, zoals de combinatie van de positie van bestuurder en aandeelhouder. Uitgaande de principiële geoorloofdheid van deze combinatie, moet de toepassing van het verbod ruimte laten voor verhoudingen waarin de bestuurder ook een persoonlijk belang heeft als aandeelhouder.

152. In het verlengde van het voorgaande moet worden gewaakt voor het chilling effect van een al te strikte toepassing van het verbod van “elke vorm van schijn” van belangenverstremgeling. Een dergelijke toepassing zou in haar extreme orthodoxie maatschappelijke ontwikkelingen die de beleidsma-

kers kennelijk wenselijk achten, i.c. de toelaatbaarheid van enige vorm van marktwerking in de zorg, kunnen remmen. (...) In dit verband lijkt het niet zonder betekenis dat de parallelle bepaling over belangenverstrengeling in ZBC 2017 anders luidt dan in de code 2010. (...)

153. Een evenwichtige toepassing van het schijnverbod vereist dat rekening wordt gehouden [met] de omstandigheden van het geval, onder andere met de verwachtingen van de personen die bij de verhouding in kwestie betrokken zijn. (...)

3.1.7. De verwachtingen van betrokkenen ten aanzien van DeSeizoenen als zorginstelling en het vastgoed

154. Bij de beoordeling van de legitimiteit van de Verwerving spelen de verwachtingen van betrokkenen ten aanzien van het vastgoed en van DeSeizoenen als zorginstelling een zwaarwegende rol. Het gaat hier in het bijzonder om de verwachtingen van de ccr en van de initiatiefnemers van DeSeizoenen.

155. De ccr heeft zich op het standpunt gesteld dat het vastgoed blijvend verbonden moet zijn aan DeSeizoenen als zorginstelling. De ccr erkent dat het een valide reden kan zijn om de zorginstelling zelf, DeSeizoenen BV, niet te belasten met de risico's die verbonden zijn aan de exploitatie van het vastgoed. In zoverre aanvaardt de ccr dat het prudent kan zijn het vastgoed onder te brengen in een aparte entiteit. De ccr meent echter dat deze entiteit ook een dochtervennootschap van DeSeizoenen kan zijn, in plaats van, zoals dat nu het geval is, een zustervenootschap. (...) De ccr heeft betoogd – en het betoog komt de onderzoeker aannemelijk voor – dat een dergelijke inrichting voor DeSeizoenen financieel haalbaar zou zijn geweest.

156. De initiatiefnemers hebben naar voren gebracht dat de opzet van DeSeizoenen die hen voor ogen heeft gestaan en die zij aan anderen hebben voorgespiegeld overeenkomt met DeSeizoenen zoals deze nu bestaat. De ondernemende dimensie van DeSeizoenen als zorgonderneming zit voor een niet onbelangrijk deel, zo stellen zij, in de exploitatie van het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen BV als (indirecte) dochter van de initiatiefnemers.

157. De onderzoeker volgt hier de initiatiefnemers. Hij overweegt daartoe het volgende.

158. Het huidige bestaan van DeSeizoenen is alleen denkbaar als rekening wordt gehouden met haar ontstaan. DeSeizoenen is ontstaan als gevolg van het faillissement van Zonnehuizen. (...)

159. De vraag hoe na het faillissement van Zonnehuizen de exploitatie van het vastgoed in DeSeizoenen

moest worden vormgegeven is in abstracto niet te beantwoorden. Het was zeker denkbaar geweest dat de exploitatie had plaatsgevonden zoals de ccr dat wenst. (...) In onze rechtsorde is ook het alternatief dat de initiatiefnemers hebben ontwikkeld legitiem.

160. De initiatiefnemers, in het bijzonder [A], hebben vanaf het allereerste moment er geen redelijke twijfel over laten bestaan dat zij voornemens waren de zorgexploitatie en de vastgoedexploitatie te scheiden, en wel op een manier dat de vastgoedexploitatie, kort gezegd, ten goede zou komen aan de initiatiefnemers. (...)

De onderzoeker heeft in dat verband gewezen op een vijftal nader omschreven omstandigheden.

De CCr heeft bij de onderzoeker naar voren gebracht dat hij pas met het memo van de directie van 27 februari 2014 duidelijkheid heeft verkregen over de exacte contouren van de vastgoedexploitatie. De onderzoeker heeft aan de CCr toegegeven dat de communicatie soms niet geheel eenduidig was, maar van misleiding was naar zijn oordeel in het geheel geen sprake en volgens hem hebben de initiatiefnemers vanaf het allereerste begin duidelijk gemaakt dat zorg en vastgoed gescheiden zouden worden en dat zij een financieel belang zouden hebben in het vastgoed. Voor zover het bezwaar inhield dat de CCr in ieder geval niet bedacht hoefde te zijn op de voorwaarden waaronder de Verwerving in concreto vorm heeft gekregen, volgde de onderzoeker ten dele de CCr. In zijn visie had het de voorkeur verdiend de Verwerving voor een deel anders te structureren.

Na deze vooropstellingen, heeft de onderzoeker de eerste vraag uitgewerkt en de behoorlijkheid van de besluitvorming getoetst aan de hand van de volgende vragen:

164 (...)

a) was bij de Verwerving sprake van een tegenstrijdig belang?

b) waren de vennootschapsorganen zodanig samengesteld dat een behoorlijke besluitvorming kon plaatsvinden en heeft een behoorlijke besluitvorming daadwerkelijk plaatsgevonden?

c) is de Verwerving als een corporate opportunity te beschouwen?

3.3. Tegenstrijdig belang

(...)

170. De onderzoeker is van oordeel dat de inhoud van art. 2:239 lid 6 BW in een vennootschap als DeSeizoenen BV mede wordt bepaald aan de hand van de standaarden die de ZBC stelt. Uitgaande

van deze standaarden, in het bijzonder het verbod van "elke vorm en schijn" van belangenverstrengeling, kan de ccr zich op goede grond op het standpunt stellen dat sprake is van een tegenstrijdig belang tussen de directie zoals gevormd door [C] en [D] en DeSeizoenen BV. Ook de rvc was geheel (tot december 2012) of gedeeltelijk (tussen december 2012 en juli 2015) geconflicteerd. De tegenstrijdigheid bestond erin dat de bestuurders en commissarissen in hun hoedanigheid van (uiteindelijke) aandeelhouders van DeSeizoenen BV en Vastgoed DeSeizoenen BV een persoonlijk voordeel konden verkrijgen dat mede mogelijk werd gemaakt door hun handelen als bestuurders c.q. commissarissen van DeSeizoenen BV. (...)

171. Bij het voorgaande komt dat de Verwerving mede mogelijk is gemaakt door een achtergestelde lening die DeSeizoenen heeft verstrekt.

172. De onderzoeker concludeert dat bij de Verwerving sprake was van tegenstrijdig belang. In de volgende nummers wordt nader ingegaan op de wijze waarop directie en commissarissen met deze tegenstrijdigheid zijn omgegaan.

#### 3.4. Samenstelling van de vennootschapsorganen en taakuitoefening (...)

175. Op het punt van de samenstelling van de vennootschapsorganen is goed zichtbaar dat de Verwerving niet één handeling is, maar een proces. De samenstelling van de organen aan het begin van de onderzoeksperiode (januari 2012) is wezenlijk anders dan aan het einde (maart 2016). Tussen de leidinggevende organen en de uiteindelijke aandeelhouders bestond in de beginperiode niet of nauwelijks afstand. In de eindperiode is er een duidelijke scheiding.

176. Zoals de Ondernemingskamer heeft overwogen, lag er ten aanzien van de Verwerving bij uitstek een taak voor de onafhankelijke commissarissen (ro. 3.32 Onderzoekbesikking). De onderzoeker merkt daarbij op dat de onafhankelijkheid van de commissarissen een bijzonder accent krijgt in het geval van [E] en [F]. [E] is benoemd op voordracht van de or. [F] op voordracht van de ccr. [F] was bovendien als adviseur van de ccr in de faillissementsperiode zeer nauw betrokken geweest bij de doorstart van DeSeizoenen. Van deze personen mag worden verwacht dat zij, hoewel zonder last en ruggespraak handelend, het bijzondere vertrouwen van de or resp. de ccr hebben en in de uitoefening van hun taak oog hebben voor deze belangen.

177. De corporate governance is vanaf een vroeg stadium onderwerp van gesprek binnen DeSeizoenen geweest. Al in maart 2012 zijn [E] en [F] als kandidaten genoemd (...). In december zijn [E] en [F] formeel benoemd. Het was de bedoeling om een derde persoon te benoemen, maar deze benoeming is uiteindelijk niet doorgegaan.

178. [E] en [F] hebben de onderzoeker bericht dat zij zich vanaf hun aantreden onafhankelijk hebben opgesteld ten opzichte van de aandeelhouders. In het geval van [F] bestond er onder de aandeelhouders aanvankelijk zelfs ernstige vrees dat hij niet voldoende onafhankelijk van de ccr zou opereren. Deze twee commissarissen hebben vanaf hun benoeming het streven gehad om geleidelijk aan een volledig onafhankelijke rvc te vormen.

179. Een maand later (januari 2013) heeft de directie een uitgebreide presentatie gegeven over de Verwerving en met name over de financiële (on)mogelijkheden van verwerving van het vastgoed. In de periode daarna is in vrijwel elke vergadering van de rvc over de onderwerpen corporate governance en vastgoed gesproken. De directie heeft de commissarissen steeds geïnformeerd over de stand van zaken van de gesprekken met de banken. De onderzoeker heeft geen indicatie kunnen aantreffen dat [E] en [F] zich niet onafhankelijk hebben opgesteld ten opzichte van de aandeelhouders of dat de aandeelhouders op enigerlei wijze druk op deze commissarissen hebben uitgeoefend.

180. In juni 2013 is [K] als commissaris benoemd, waardoor de rvc vanaf dat moment in meerderheid uit onafhankelijke personen bestond.

181. In januari 2014 is het voorzitterschap van de rvc overgegaan van [B] naar [E].

182. Toen de gesprekken met de banken over de financiering van de Verwerving in februari 2014 tot overeenstemming op hoofdlijnen leidden, is in de rvc aan de hand van een notitie van de directie over de Verwerving gesproken. [F] heeft daarbij aandacht gevraagd voor de eventuele vervreemding van het vastgoed, voor vastgoed dat aan DeSeizoenen in het verleden was geschonken, voor het onderhoud en de NHC.

183. In mei 2014 is [C] afgetreden en is [J] in zijn plaats als bestuurder benoemd. Voor [J] was de Verwerving in zoverre een fait accompli dat op het moment van zijn benoeming DeSeizoenen en de banken al overeenstemming hadden bereikt over de hoofdlijnen van de financiering. Zijn taak ten aanzien van de Verwerving bestond meer uit het in



goede banen leiden van een bestaande strategie dan het uitzetten van een nieuwe strategie.

184. In juni 2014 hebben de drie onafhankelijke leden van de rvc het principebesluit genomen om met de Verwerving in te stemmen. Het besluit beschrijft de hoofdlijnen van de Verwerving en refereert naar de formele en informele consultaties onder de commissarissen en met de directie. (...)

185. In juli 2015 was met het aftreden van [A] en [B] een volledig onafhankelijke rvc in functie. De Verwerving was op dat moment nog niet een feit.

186. De besluitvorming over de Verwerving heeft in februari 2016 plaatsgevonden. De rvc heeft in volledige zelfstandigheid over het voorstel besloten. Afgezien van de formele en informele voorlichting in de daaraan voorafgaande jaren hebben de commissarissen de documentatie in detail beoordeeld en hebben e-mailcorrespondentie en telefoongesprekken tussen de commissarissen en met de bestuurders plaatsgevonden. Ter illustratie wordt bijgevoegd het commentaar dat [F] leverde op het concept-besluit van de rvc (...)

187. Van zijn kant heeft de onafhankelijke bestuurder ([J]) de Verwerving inhoudelijk beoordeeld. Hij heeft aan de onderzoeker een berekening uit die periode ter hand gesteld waarin hij voor zichzelf een overzicht heeft gemaakt van de hoogte van de huren van de betrokken panden, de verhouding tot de omzet per locatie en de verhouding van de tot dat moment betaalde gebruiksvergoeding. De onderzoeker heeft bovendien e-mailcorrespondentie gezien waarin [J] met [D] de Verwerving bespreekt. In de correspondentie wordt ook gerefereerd naar mondeling overleg tussen betrokkenen.

188. De onderzoeker heeft geen aanwijzing gevonden dat de commissarissen of [J] op welke wijze dan ook onder druk zijn gezet of niet in zelfstandigheid de Verwerving hebben kunnen beoordelen. Integendeel, uit de documentatie blijkt dat zij nauwgezet hun taak hebben vervuld.

189. Tot slot maakt de onderzoeker twee opmerkingen over de samenstelling en de onafhankelijkheid van de vennootschapsorganen.

190. Het is juist dat de corporate governance van DeSeizoenen niet vanaf dag één in orde was, maar de context moet niet uit het oog worden verloren. In januari 2012 was DeSeizoenen een huis in brand. (...)

191. In de tweede plaats merkt de onderzoeker op dat alle betrokkenen, ook de ccr, de periode januari 2012 – februari 2014 als een periode van grote eensgezindheid tussen de stakeholders hebben erva-

ren waarin de onderlinge verhoudingen meer dan goed waren. Het is tevens de periode waarin de grootste personele verwevenheid tussen de vennootschapsorganen bestond. In februari 2014 is een vertrouwensbreuk tussen de ccr en de rest van de stakeholders van DeSeizoenen ontstaan. Die breuk heeft zich bij de or echter niet voorgedaan. De onderzoeker kent betekenis toe aan deze omstandigheid. De onafhankelijkheid van de or staat boven elke twijfel verheven. De or heeft de onderzoeker bericht dat de directie en commissarissen hem alle ruimte hebben gegeven om zich een oordeel over de Verwerving te vormen. De or is in staat gesteld om zich door een externe deskundige te laten voorlichten. De deskundige heeft de Verwerving principieel correct gevonden en voorstellen gedaan tot aanpassing van het voorstel (bijvoorbeeld het bedingen van een tweede hypotheekrecht ten behoeve van DeSeizoenen BV). De voorstellen zijn door de directie en commissarissen overgenomen. (...) De opstelling van de or laat naar het oordeel van de onderzoeker zien dat ook wanneer de governance formeel niet in alle opzichten geheel correct is het mogelijk is een correct besluitvormingsproces te doorlopen, dat goede governance meer afhangt van de cultuur dan van de regels.

3.5. Corporate opportunity?

(...)

197. De onderzoeker is van oordeel dat de Verwerving geen corporate opportunity is. Hij overweegt daartoe het volgende.

198. (...) De vraag is niet in abstracto of DeSeizoenen BV beter af was met of zonder het vastgoed, met andere woorden dat DeSeizoenen BV eigenaar van het vastgoed zou worden in plaats van huurder. De vraag is of DeSeizoenen BV, zoals deze in concreto tot stand is gekomen, aanspraak kon maken op verwerving van het vastgoed. Dat is naar het oordeel van de onderzoeker niet het geval.

199. Zoals boven uiteen is gezet, is DeSeizoenen BV vanaf haar conceptie in januari 2012 opgezet als onderdeel van de gehele groep DeSeizoenen. Hoezeer ook DeSeizoenen BV het zwaartepunt van de groep vormt, zij maakt deel uit van een groter geheel. Het was een legitieme keuze van de initiatiefnemers om de zorginstelling zo in te richten dat de vastgoedexploitatie gescheiden was van de zorgexploitatie. Aan deze keuze mochten zij de gerechtvaardigde verwachting ontlenuen dat zij de voordelen die verbonden zijn aan de gescheiden vastgoedexploitatie zelf zouden ontvangen. Gegeven dit uitgangspunt in de opzet van DeSeizoenen,

kan niet gezegd worden dat op bestuurders en commissarissen van DeSeizoenen BV als onderdeel van de groep, de verplichting rustte om het voordeel van de opportunity aan de vennootschap te laten toekomen waar zij hun ambt bekleden. Een dergelijke handelwijze zou de legitieme verwachtingen van de initiatiefnemers schenden. Het recht van DeSeizoenen BV op de opportunity was, voor zover aanwezig, achtergesteld bij dat van de initiatiefnemers.

(...)

4. Tweede vraag: het resultaat van de Verwerving

203. (...) Wil de verwerving niet in strijd zijn met de eisen van behoorlijk ondernemingsbestuur, (...) moet zij ook qua resultaat naar behoren zijn. De maatstaf van dit behoren is of door een bekwame, onafhankelijke en nauwgezette bestuurder of commissaris in redelijkheid de Verwerving ook zou kunnen zijn aangegaan.

(...)

4.1. De waarde van het vastgoed

205. De behoorlijkheid van de Verwerving wordt in de eerste plaats bepaald door haar zakelijkheid. Een belangrijk gegeven bij de beoordeling van de zakelijkheid van de Verwerving is de waarde van het vastgoed. Als de prijs die Vastgoed DeSeizoenen BV voor het vastgoed heeft betaald een marktconforme prijs is, is dat naar het oordeel van de onderzoeker een belangrijke indicatie dat de Verwerving als geheel fair is.

206. De waarde van het vastgoed is al vóór het failissement van Zonnehuizen onderwerp van discussie geweest. (...) Heel kort gezegd was het vastgoed voor de kopers waard wat het vastgoed zou opbrengen op basis van huurovereenkomsten die (een percentage van) de NHC als huurmaatstaf zouden hebben.

207. Uiteindelijk hebben de banken de waardegrondslag van kopers aanvaard. Het lijkt evident, en de banken hebben dit aan de onderzoeker bevestigd, dat de banken een andere grondslag of een andere koper hadden aanvaard als dat voor hen een hogere prijs had opgeleverd. Dit alternatief heeft zich echter niet voorgedaan. (...)

208. Het bod dat DeSeizoenen op 13 juli 2013 aan de banken heeft gedaan is uiteindelijk bepalend voor de prijs geweest. Het bod was onderbouwd aan de hand van de toekomstige kasstromen (...). Het bod is in de maanden daarna op enkele punten aangepast, maar het wezen ervan is overeind gebleven.

209. Het valt buiten de opzet van dit onderzoek de inhoudelijke correctheid van het bod en van de daaruit voortvloeiende prijs te toetsen. Maar de documentatie biedt voldoende aanknopingspunten om vast te stellen dat er sterke indicaties zijn dat de prijs niet onzakelijk is. (...)

De onderzoeker heeft vervolgens ter adstructie een aantal omstandigheden vermeld.

210. De ccr heeft erop gewezen dat bij de totstandkoming van de huurovereenkomsten de hoogte van de huur niet is getoetst door een onafhankelijke derde.

211. De ccr heeft hier inderdaad een punt. Het ware beter geweest, gezien de aard van DeSeizoenen als zorginstelling en de voordelen die de Verwerving voor de aandeelhouders beoogde mee te brengen, dat voorafgaand aan de Verwerving een onafhankelijke toetsing had plaatsgevonden.

(...)

4.2. De voorwaarden van de Verwerving

215. De waarde van het vastgoed is een belangrijk, maar niet een allesbepalend onderdeel van de Verwerving. In dit onderzoek is vooral van belang of de uitkomst van de Verwerving voor DeSeizoenen als geheel beantwoordt aan de eisen die vanuit behoorlijk ondernemingsbestuur daaraan mogen worden gesteld. Daarvoor moet de rest van de voorwaarden in ogeschouw worden genomen. (...)

216. De Verwerving is mede mogelijk gemaakt doordat DeSeizoenen BV aan Vastgoed DeSeizoenen BV een achtergestelde lening van € 3,25 miljoen ter beschikking heeft gesteld. (...)

217. (...) Wat er ook zij van de mogelijke voordelen van de lening, de geleende middelen zijn een actief van de DeSeizoenen BV waarover alleen na een onberispelijke voorbereiding en begeleiding beschikt had mogen worden. De omstandigheden rondom de Verwerving, met name de (schijn van) tegenstrijdige belangen en de aard van DeSeizoenen als zorginstelling, zijn echter zodanig dat niet gezegd kan worden dat, in dit opzicht, de Verwerving aan alle eisen van behoorlijk ondernemingsbestuur voldoet. De aandeelhouders hadden zelf voor financiering moeten zorgen, in plaats van vermogen van de vennootschap waarin zij (indirect) participeren aan te wenden.

(...)

De onderzoeker heeft vervolgens het bezwaar van de CCR dat de Verwerving nadelig is omdat het beter was geweest het vastgoed te laten verkrijgen door een onafhankelijke, financieel solide partij met expertise in de vastgoedsector besproken en

verworpen en de voordelen opgesomd van de Verwerving opgesomd waarop DeSeizoenen heeft gewezen. Vervolgens noteert hij:

223. *Uit een vergelijking van de verhouding NHC/huur voor alle locaties die DeSeizoenen huurt, lijkt te volgen dat er geen significant verschil is tussen de locaties die van Vastgoed DeSeizoenen BV worden gehuurd enerzijds en de locaties die van derden worden gehuurd anderzijds (...).*

224. *Alles in aanmerking genomen, komt de onderzoeker tot de conclusie dat er voldoende aanwijzingen zijn dat de Verwerving, vanuit de optiek van de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur bezien, als zakelijk kan worden aangemerkt. Hij acht de Verwerving in zoverre aanvaardbaar. De onderzoeker maakt wel een kanttekening ten aanzien van de achtergestelde lening van DeSeizoenen BV. Deze lening had niet verstrekt mogen worden onder de omstandigheden waaronder zij is verstrekt.*

In 4.3 heeft de onderzoeker enige woorden gewijd aan de problematiek van het onderhoud, dat niet tot de onderzoeksopdracht behoort, maar in de visie van de onderzoeker licht kan werpen op de onderzoeksvragen.

In hoofdstuk V volgen de conclusies van de onderzoeker (door hem aangeduid als “bevindingen”). Na de vermelding van het onderwerp (“de Verwerving”) en de onderzoeksvragen, luiden deze als volgt.

233. *De Verwerving moet worden gezien als een onderdeel van de structuur van DeSeizoenen. Deze structuur is het gevolg van een doorstart na het faillissement van Zonnehuizen. De structuur is in ons recht geoorloofd. De initiatiefnemers waren bij de doorstart noch daarna verplicht het vastgoed door DeSeizoenen BV of door een dochter van DeSeizoenen BV te laten verwerven. De structuur was al bij het begin van DeSeizoenen bij alle stakeholders in voldoende mate bekend.*

234. *De Verwerving heeft niet tot gevolg gehad dat het winstuitkeringsverbod van art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi ontgaan is. Er is geen indicatie gevonden dat er bij DeSeizoenen “zorggelden” weglekken.*

235. *De legitimiteit van de Verwerving moet worden beoordeeld rekening houdend met alle omstandigheden van het geval.*

236. *De Verwerving vereiste grote zorgvuldigheid vanwege in het bijzonder (i) de aard van DeSeizoenen als maatschappelijke onderneming in de zin van de ZBC 2010 en (ii) de verwevenheid van be-*

*langen van sommige bestuurders en commissarissen die tevens (indirect) aandeelhouder waren.*

237. *De Verwerving als geheel is niet in strijd met de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. De Verwerving was in de gegeven omstandigheden geen corporate opportunity voor DeSeizoenen BV. Gegeven de opzet van DeSeizoenen vanaf het begin van de instelling, was de directie niet verplicht om het vastgoed door DeSeizoenen BV of door een dochter van DeSeizoenen BV te laten verwerven. De initiatiefnemers mochten ervan uit gaan dat Vastgoed DeSeizoenen BV het vastgoed zou verwerven.*

238. *De prijs van het vastgoed en de hoogte van de huur zijn onder de gegeven omstandigheden zakelijk te achten. De Verwerving is voor DeSeizoenen qua resultaat niet in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur.*

239. *Op onderdelen is de Verwerving onzorgvuldig geweest. Dat geldt in het bijzonder voor de volgende onderdelen:*

a) *er was bij de totstandkoming van de Verwerving sprake van (schijn van) tegenstrijdig belang tussen een deel van de bestuurders en een deel van de commissarissen van DeSeizoenen BV enerzijds en DeSeizoenen BV anderzijds. De geconflicteerde bestuurders en commissarissen hadden aan de beraadslaging en besluitvorming over de Verwerving niet mogen deelnemen, althans het belangenconflict had eerder en uitdrukkelijker gesignaleerd en opgelost moeten worden. De onderzoeker merkt daarbij op dat dit gebrek meer gold in de beginfase van de Verwerving (2012) dan in de eindfase (2016). Mede vanwege de doorstartsituatie van DeSeizoenen in 2012, kan de onderzoeker enig begrip opbrengen voor het feit dat de governance van de instelling in de beginfase niet geheel in orde was;*

b) *de initiatiefnemers hadden soms duidelijker kunnen maken dat niet DeSeizoenen BV, of een dochter, het vastgoed zou verwerven maar Vastgoed DeSeizoenen BV;*

c) *het verstrekken van de achtergestelde lening door DeSeizoenen BV had achterwege gelaten moeten worden. In plaats daarvan hadden de initiatiefnemers zelf voor die financiering moeten zorgen;*

d) *de hoogte van de door DeSeizoenen BV te betalen huurprijs had aan het begin van de Verwerving beter door een onafhankelijke derde getoetst kunnen worden.*

240. *De onafhankelijke commissarissen en de onafhankelijke bestuurder hebben hun taak bij de Verwerving naar behoren vervuld. Het feit dat de Ver-*

werving op enkele onderdelen onzorgvuldig is geweest doet daar niet aan af.

241. Alle omstandigheden van de Verwerving in aanmerking genomen, is de eindconclusie dat DeSeizoenen, bij het tot stand brengen van de Verwerving, enkele fouten heeft gemaakt, maar dat de ernst van de fouten niet zodanig is dat gezegd kan worden dat DeSeizoenen gehandeld heeft in strijd met de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Er is naar het oordeel van de onderzoeker geen sprake van wanbeleid.

#### 4. De standpunten van partijen

##### Het standpunt van de CCr

4.1. De CCr heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat enerzijds de in het onderzoeksverslag gesignaleerde fouten blijk geven van wanbeleid bij DeSeizoenen, ook al acht de onderzoeker deze fouten onvoldoende ernstig voor die kwalificatie, en anderzijds dat het onderzoek gebrekkig is en de onderzoeker met twee maten meet terwijl de gekozen constructie en de wijze waarop deze is vormgegeven ontoelaatbaar is. De CCr heeft dit standpunt – samengevat – als volgt toegelicht.

4.2. De kern van de zaak, waaraan de onderzoeker is voorbij gegaan, is dat [I] een vastgoedconstructie hebben opgetuigd, waarbij vrijwel alle financiële risico's zijn gelegd bij de zorginstelling (in de vorm van huurbetalingsverplichtingen en het verstrekken van een achtergestelde geldlening en van zekerheden), terwijl de hele economische *upside* via Vastgoed DeSeizoenen toevalt aan [I], terwijl zij slechts € 100 (in de vorm van de storting op de aandelen in Vastgoed DeSeizoenen) hebben geïnvesteerd. De constructie is in strijd met de Zorgbrede Governancecode (hierna: ZGC) en de bevindingen van de NZa, de IGJ en de Staatssecretaris in de vergelijkbare Alliade-casus van juli/augustus 2016. Daarbij komt dat ook de regels omtrent de *corporate opportunity* in de weg staan aan het onderbrengen van het vastgoed in de privé-vennootschap van [I]. Bovendien hebben [I] zich daarbij schuldig gemaakt aan intimidatie en misleiding. Ook als wel toelaatbaar is dat het vastgoed is ondergebracht in de privé-vennootschap, dan is de wijze waarop dit is gebeurd ontoelaatbaar. De tegenstrijdig belang regels zijn overtreden, de huur is torenhoog en de achtergestelde lening levert niet alleen (schijn van) persoonlijke bevoordeling op, maar ook (schijn van) belangenverstrengeling.

4.3. De CCr meent dat een aantal relevante aspecten onderbelicht zijn gebleven in het verslag:

a) Het karakter van Vastgoed DeSeizoenen. Vastgoed DeSeizoenen is een papieren vennootschap (dus geen werkmaatschappij, zoals in het verslag staat, of vastgoedorganisatie, zoals door de directie in haar memo van 27 februari 2014 vermeld), een *special purpose vehicle* en een doorgeefluik dat de financiële lasten en risico's vrijwel geheel doorspeelt aan DeSeizoenen en de *upside* aan haar aandeelhouders. Anders dan waarvan de onderzoeker blijkens diverse passages in het verslag uitgaat, is Vastgoed DeSeizoenen, noch Care Shared Services een groepsvennootschap van DeSeizoenen. Niet kan worden gezegd dat de centrale leiding bij WW Zorg Groep ligt. Het zwaartepunt in het geheel ligt bij DeSeizoenen, voor haar geldt een winstuitkeringsverbod en, anders dan bij een gewone onderneming, dienen de aandeelhouders van een zorginstelling het belang van de zorginstelling na te streven. Als WW Zorg Groep zou worden ontbonden of weggedacht, zou er feitelijk en economisch niets veranderen aan de structuur.

b) Het verdienmodel van [I]

Tot 2 maart 2018 hebben [I] het standpunt betrokken dat de constructie louter in het belang van de zorginstelling was opgezet omdat zij de zorgactiviteiten niet wilden belasten met de risico's die aan de eigendom van het vastgoed zijn verbonden. Voor het eerst in een interview in Het Financieele Dagblad van 2 maart 2018 erkende [A] dat de vastgoedconstructie zijn verdienmodel was. Mede in het licht van de zeer beperkte investering is dit verdienmodel echter onrechtmatig (tegenover een investering van € 100 staat een *return* van € 18 of € 25 miljoen op termijn) en vormt het een omzeiling van het winstuitkeringsverbod.

c) De investering van [I]. van slechts € 100.

Dit aspect is onderbelicht gebleven in het verslag, maar is relevant voor de vragen betreffende *corporate opportunity*, disproportionaliteit van de transactie en (schijn van) persoonlijke bevoordeling in de zin van de ZGC.

d) Het voordeel dat [I] met de vastgoedtransactie naar zich toe trekken.

Anders dan de onderzoeker is de CCr van mening dat het voordeel niet rechtmatig is.

e) De nieuwbouw.

Behalve onderhoud en renovatie moet ook nieuwbouw plaatsvinden, die sinds begin 2012 niet van de grond is gekomen.

4.4. De CCr is voorts nader ingegaan op het onderwerp tegenstrijdig belang/belangenverstremgeling en (omzeiling van) het winstverbod. De regels van boek 2 BW en de ZCG zijn niet in acht genomen. Het gaat om zeer langlopende contracten met een groot financieel belang. De huurprijzen had moeten worden getoetst door een onafhankelijke derde. Niet alleen [I] treft blaam; ook de toenmalige onafhankelijke commissarissen en [J] zijn sinds hun aantreden onvoldoende oplettend geweest. Ook bij wijzigingen en uitvoering van de overeenkomsten doet de belangenverstremgeling zich voelen; op het punt van het achtergebleven onderhoud waren [D] en [J] te geconflieerd om op te treden tegen Vastgoed DeSeizoenen. [J] kan niet als volledig onafhankelijk worden aangemerkt. Hij kan op ieder moment door de indirecte aandeelhouders van DeSeizoenen, tevens zijnde de vier indirecte aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen, worden ontslagen en stelt zich in de praktijk niet onafhankelijk op. Ditzelfde geldt voor [D]. [I] delen nog steeds de lakens uit. Wat betreft het door de onderzoeker gesignaleerde hybride karakter van DeSeizoenen als zorginstelling en onderneming geldt dat dit er niet is; er bestaat geen onduidelijkheid over de regels die voor DeSeizoenen gelden.

4.5. Volgens de CCr hebben [I] zich bij de totstandkoming van de vastgoedconstructie en anderszins zich vele malen schuldig gemaakt aan misleiding en de CCr verwijt de onderzoeker vrijwel geheel aan dit belangrijke element van wanbeleid voorbij te zijn gegaan, terwijl juist in een situatie van tegenstrijdig belang/belangenverstremgeling transparantie cruciaal is. Ter illustratie van dit betoog wijst de CCr op de (in 2.19 genoemde) e-mail van 4 mei 2014 van [B] aan de directie, met de CCr in de cc, die de CCr merkwaaardig, intimiderend en misleidend noemt. Daarnaast vermeldt de CCr dat nergens in de vele memo's, notulen en correspondentie uit voorjaar 2014 is vermeld dat [I] slechts € 100 investeerden. In het vastgoedmemo van 27 februari 2014 wordt gesproken over de "vastgoedorganisatie", terwijl Vastgoed DeSeizoenen slechts een stuk papier is, en in dat memo wordt geschreven dat DeSeizoenen geen geld voor nieuwbouw had, terwijl daar in tevens staat dat DeSeizoenen overtollige gelden had om een achtergestelde lening te verstrekken aan Vastgoed DeSeizoenen. In het memo van 4 april 2014 staat ten onrechte dat alternatieve structuren en de mogelijkheid van financiering

door een derde zijn onderzocht, dat het onderbrengen van het vastgoed in Vastgoed DeSeizoenen louter ten behoeve van DeSeizoenen was en dat het antwoord op een vraag van de CCr dat het maximale risico de achtergestelde lening was een onjuiste voorstelling van zaken was aangezien het risico ook zat in de verplichting tot betaling van de (hoge) huurpenningen en de verpanding van de NHC-inkomsten. Onjuist is ook de mededeling van [B] in mei 2014 dat WW Zorg Groep een garantie had gegeven van bijna € 4 miljoen en dat in geval van een neerwaartse trend of faillissement van DeSeizoenen de banken financieel verhaal zouden halen bij de aandeelhouders. De afwijzing van het verzoek van de CCr in haar brief van 13 mei 2014 om de huur door een onafhankelijke taxateur te laten vaststellen met een beroep op de lange onderhandelingen en verdere vertraging gaat eraan voorbij dat de onderhandelaars [D] en [C] belang hadden bij een hoge huur en dat de directie er zelf bijna twee jaar over heeft gedaan de overeenkomsten te finaliseren. De bejegening van [I] jegens de door familieleden geïntroduceerde vastgoedondernemer [M] is in strijd met de in juni 2014 gewekte verwachting open te staan voor deelname door derden in Vastgoed DeSeizoenen. De verklaring van [J] ter zitting van de Ondernemingskamer op 22 februari 2018 dat NZa en IGJ hem kort daarvoor hadden medegedeeld dat zij geen bezwaar hadden tegen de vastgoed- en dienstenconstructie is in strijd met de waarheid gebleken.

4.6. De directie, de commissarissen en [I] hebben bij de Ondernemingskamer een misverstand gecreëerd over de toelaatbaarheid van de constructie. NZa en IGJ hebben niet laten weten dat zij akkoord waren met de constructie. Zij hebben op 30 november 2018 een onderzoek aangekondigd.

4.7. De CCr betogen voorts dat [A], [B], [C] en [D], en in iets mindere mate [J] en de overige commissarissen in de periode 1 januari 2014 tot en met maart 2016, de regels betreffende *corporate opportunity* hebben geschonden. In dit geval bestond de *corporate opportunity* uit de mogelijkheid die zich in voorjaar 2014 voordeed voor DeSeizoenen om de eigendom van het vastgoed op de locaties Bronlaak, Overkempe en De Corisberg van de curator te verwerven. De zorgvragers wonen al sinds jaar en dag op die locaties, het vastgoed is niet alleen van belang om te wonen maar ook om op te werken en de kwaliteit van wonen is onderdeel van de kwaliteit van zorg. [I] mochten

van aanvang niet verwachten dat zij het vastgoed konden onderbrengen bij Vastgoed DeSeizoenen en op die wijze voordeel voor zichzelf te behalen, maar ook al zou dat anders zijn, dan nog was er geen *opportunity* die [I] toekwam. Vanaf begin 2012 tot 27 februari 2014 was nog niet duidelijk dat het vastgoed in een privé-vennootschap van [I] zou worden ondergebracht als voordeel van hun initiatief. Ter onderbouwing van deze stelling heeft de CCr gewezen op een vijftiental berichten, brieven en verslagen. De constructie lag dus nog niet vanaf begin 2012 vast, er is sprake van ernstige misleiding. Daarbij komt dat pas op 2 maart 2018 kenbaar is gemaakt dat de vastgoedconstructie/transactie het verdienmodel was van [I]. Onduidelijk is ook welke betrokkenen legitieme verwachtingen bij [I] zouden hebben gewekt. Goedkeuring door de publieke instanties en de CCr is niet gegeven. De verwachtingen zijn bovendien niet legitiem bij gebrek aan financieel commitment. Maar ook indien [I] begin 2012 wel legitieme verwachtingen mochten hebben, hebben zij de *opportunity* in 2014 prijs gegeven althans behoorden dat te doen, gelet op de volgende omstandigheden. Vrijwel alle financiële lasten en risico's werden bij DeSeizoenen gelegd terwijl de *upside* toekomt aan [I], Vastgoed DeSeizoenen was slechts een stuk papier en niet in staat het vastgoed te verwerven zonder achtergestelde lening van DeSeizoenen terwijl DeSeizoenen in voorjaar 2014 financieel zeer wel in staat was het vastgoed te verwerven, Vastgoed DeSeizoenen was niet in staat nieuwbouw te verrichten en de ZGC schrijft het vermijden van (schijn van) belangenverstremgeling en persoonlijke bevoordeling voor.

4.8. De transactie tussen DeSeizoenen en Vastgoed DeSeizoenen is disproportioneel, zeer ongunstig voor DeSeizoenen (alle lasten en risico's – hoge huur, achtergestelde lening en verpanding huisvestingsgelden) en zeer gunstig voor Vastgoed DeSeizoenen/ [I] in privé. De CCr herhaalt in dit verband al eerder genoemde omstandigheden, noemt dit een kernverwijt en verwijt de onderzoeker de transactie niet in haar geheel te hebben gezien maar slechts twee elementen (huurprijs en lening) te hebben uitgelicht. De onderzoeker heeft niet onderzocht of de huur marktconform is. Het feit dat de aankoopprijs marktconform is, betekent niet dat de huur ook marktconform is. De financiële lasten van de aankoop zijn geheel doorgeschoven naar DeSeizoenen

terwijl DeSeizoenen voor vastgoeddiensten (thans) 8,5% over de totale omzet van DeSeizoenen (dus ook de NHC-component) aan Care Shared Services betaalt. Terecht heeft de onderzoeker de achtergestelde lening ontoelaatbaar geoordeeld. Naast de genoemde redenen zijn er nog andere redenen: de mededeling in het memo van 27 februari 2014 dat er geen financiële middelen zijn voor nieuwbouw, de omstandigheid dat een zorginstelling niet voor zorg en wonen bestemde gelden hoort uit te lenen, laat staan aan een privé-vennootschap van bestuurders, commissarissen of aandeelhouders, een achtergestelde lening is risicovol, dood geld en het is hoogst ongebruikelijk dat een huurder van vastgoed een achtergestelde lening verstrekt aan zijn verhuurder om de banken tegemoet te komen. In de vergadering van de raad van commissarissen van 12 juli 2013 zijn deze kwesties niet besproken. [I] en de directie hebben in 2015 betoogd dat de achtergestelde lening nodig was voor het achterstallig onderhoud maar € 750.000 hiervan is aangewend voor transactiekosten. DeSeizoenen heeft bij wege van zekerheid ook de NHC-inkomsten (ruim € 3,2 miljoen per jaar) aan Vastgoed DeSeizoenen verpand, die deze gelden heeft doorverpand aan de banken. Het is ongebruikelijk en niet juist dat DeSeizoenen als huurder zekerheden moet geven ten behoeve van Vastgoed DeSeizoenen en de banken.

4.9. De bevinding van de onderzoeker dat de onafhankelijke commissarissen en de onafhankelijke bestuurders naar behoren hebben vervuld is nauwelijks onderbouwd (voor wat betreft [F] acht de CCr een onafhankelijke opstelling goed mogelijk, maar voor wat betreft [E] heeft de CCr daar nooit iets van gemerkt) en de CCr meent dat de onafhankelijke commissarissen zich onvoldoende onafhankelijk en kritisch hebben opgesteld door, kort gezegd, het er niet toe te leiden dat geconflicteerde bestuurders en commissarissen niet aan de besluitvorming deelnamen en de constructie met de bezwaren zoals hiervoor besproken toe te staan. Voorzitter [E] heeft zich op de achtergrond opgesteld en was weinig zichtbaar.

4.10. Vervolgens heeft de CCr kritiek geuit op de (volgens de CCr: absurd hoge) kosten van verweer van DeSeizoenen, een aantal vragen aan de directie geformuleerd waarover de onderzoeker volgens de CCr geen duidelijkheid heeft gecreëerd en aandacht gevraagd voor de druk die de directie volgens de CCr sinds de aanvang van de enquêteprocedure op hem heeft uitgeoefend.

4.11. De CCr heeft afgesloten met het verzoek wanbeleid vast te stellen en enkele definitieve voorzieningen te treffen, waarmee primair wordt beoogd het ertoe te geleiden dat DeSeizoenen de aandelen in Vastgoed DeSeizoenen verwerft al dan niet om het op termijn bij een derde onder te brengen en subsidiair verlaging van de huur en overname door [I] van de achtergestelde lening en van de zekerheidstelling. Nu van [J] niet kan worden verwacht dat hij daarin een actieve rol speelt, acht de CCr benoeming van twee bestuurders naast [J] noodzakelijk die, met het oog op het hiervoor vermelde doel, een in het verzoekschrift nader omschreven taak zouden moeten krijgen, die daarnaast ook omvat het doen uitvoeren van onderhoud, het initiëren van nieuwbouw, het controleren van de kosten van verweer en het bevorderen van het herstel van gezonde verhoudingen binnen DeSeizoenen. Gelet op de kritiek van de CCr op [E], verzoekt hij ontslag van [E] en benoeming van een nieuwe commissaris in de rol van voorzitter. Ten slotte verzoekt de CCr vernietiging van besluiten als weergegeven onder 1.6.

4.12. DeSeizoenen, WW Zorg Groep, de raad van commissarissen en de lokale cliëntenraden hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

#### *Het verweer van DeSeizoenen*

4.13. DeSeizoenen heeft zich op het standpunt gesteld dat het verslag geen basis biedt voor het door de CCr verzochte oordeel tot wanbeleid en eindvoorzieningen. Zij merkt op dat zij sinds de start van de enquêteprocedure haar *governance* heeft verbeterd, maar tegelijkertijd dat bij de door de onderzoeker gemaakte kanttekeningen geen sprake is van onzorgvuldig of laakbaar handelen en dat DeSeizoenen niet is benadeeld. Voorts heeft zij de verwijten van de CCr samengevat in zes onderwerpen en voert zij, samengevat, het volgende aan.

4.14. (i) De vastgoedstructuur is in het belang van DeSeizoenen en levert geen strijd op met het winstuitkeringsverbod. De huidige structuur van DeSeizoenen is geen onderwerp van onderzoek en de Ondernemingskamer heeft in de beschikking van 30 april 2018 al geoordeeld dat er onvoldoende concrete aanwijzingen zijn van overtreding van het winstuitkeringsverbod, wat door de onderzoeker is bevestigd. De gekozen structuur was en is in het belang van DeSeizoenen (geen risico's in verband met het houden van vastgoed, 7% rente op de lening, gunstige huurdersrelatie en

dit was de enige manier om de woonplaats van haar cliënten te behouden en investering in het vastgoed te waarborgen). Alle financiële middelen die DeSeizoenen onder de Wlz ontvangt besteedt zij conform wet- en regelgeving en onder marktconforme afspraken. Dat de huurprijs marktconform is, is gewaarborgd, doordat de onafhankelijke bestuurder [J] dit inhoudelijk heeft beoordeeld, de onafhankelijke raad van commissarissen toezicht houdt, de huurprijs onder de NHC-norm blijft – deze drempel zal in de huurovereenkomsten worden opgenomen – en de overige huurvoorwaarden ook voordelig zijn, DeSeizoenen volledig transparant is over de huurovereenkomsten en huurprijzen en Cushman & Wakefield heeft bevestigd dat de huurprijs marktconform is.

4.15. (ii) DeSeizoenen is geen *corporate opportunity* ontnomen. Het houden van het vastgoed was geen mogelijkheid die DeSeizoenen kon benutten. De oprichters/aandeelhouders wensten het vastgoed in een aparte vennootschap onder te brengen. Overigens was DeSeizoenen waarschijnlijk financieel ook niet (althans niet zonder aanzienlijke risico's) tot verwerving in staat geweest. Voorts het past het houden van vastgoed niet binnen de bedrijfsvoering van DeSeizoenen – waar de focus volledig op zorgverlening ligt – en behoort het niet tot haar *core business*. Daarbij komt dat het destijds ook niet in het belang van DeSeizoenen was geweest de risico's verbonden aan het houden van vastgoed op zich te nemen.

4.16. De beoogde vastgoedstructuur is altijd naar alle stakeholders gecommuniceerd. Ook de onderzoeker is tot de conclusie gekomen (verslag 162) dat de initiatiefnemers vanaf het begin van DeSeizoenen voldoende duidelijk hebben gemaakt, ook jegens de CCr, dat het vastgoed geëxploiteerd zou worden in een entiteit waarvan de initiatiefnemers de uiteindelijke begunstigen zouden zijn. De CCr was al geruime tijd bekend met de vastgoedstructuur; hij was nauw betrokken bij de doorstart en heeft in 2012 op geen enkele manier bezwaar gemaakt.

4.17. Het verwijt dat de aandeelhouders slechts € 100 hebben geïnvesteerd in Vastgoed DeSeizoenen terwijl de hele *upside* van de vastgoedstructuur aan hen toevalt is ongegrond. Zoals in het verslag staat (201) is het een legitieme opzet dat de initiatiefnemers het initiatief nemen DeSeizoenen te redden ten einde zelf een rechtmatig voor-

deel te behalen en is dit beoogde voordeel rechtmatig.

4.18. ((iii) DeSeizoenen is niet benadeeld door de Verwerving en DeSeizoenen zorgde voor voldoende waarborgen. Zelfs als sprake was van tegenstrijdige belangen bij [D] en [C], is DeSeizoenen niet benadeeld, gelet op de uitkomst van de in 2017 uitgevoerde onafhankelijke analyses en de bijzonder voordelige huurvoorwaarden. DeSeizoenen zorgde ook voor voldoende waarborgen zoals hiervoor al onder 4.14 is vermeld. Ook heeft DeSeizoenen de adviesrechten van de CCr en de lokale cliëntenraden uitgebreid naar onder meer de huur- en dienstovereenkomsten. DeSeizoenen handelde – in lijn met de door de Ondernemingskamer zelf voorgeschreven regels – zorgvuldig en betrachtte een zo groot mogelijke openheid van zaken.

4.19. ((iv) Het niet toetsen van de huurprijs bij het aangaan van de huurovereenkomst door een deskundige heeft niet geleid tot benadeling van DeSeizoenen, ook al erkent DeSeizoenen met de kennis van achteraf dat het wellicht verstandiger was geweest dit wel te laten doen. Er waren destijds echter begrijpelijke redenen (geen verdere vertraging, huurprijzen lager dan de NHC-inkomsten en huur die in lijn lag met aan andere verhuurders betaalde huur) en er waren andere *checks and balances*. Uit analyses door onafhankelijke deskundigen is achteraf gebleken dat de huurprijs marktconform is. [J] en de raad van commissarissen houden toezicht op de huurovereenkomsten en de raad van commissarissen toetst jaarlijks of de huurprijs onder de NHC blijft. [J] heeft bij zijn aantreden ook zelf de huur beoordeeld.

4.20. ((v) Het onderhoud is geen onderdeel van het onderzoek en de achterstand ten opzichte van de streefnorm wordt ingehaald. Er was sprake van groot achterstallig onderhoud en er zijn goede afspraken gemaakt, waarover de CCr uitgebreid is geïnformeerd. In 2016 en 2017 is minder in de gebouwen geïnvesteerd dan voorzien maar de gereserveerde bedragen zijn opgeschoven naar opvolgende jaren. DeSeizoenen verwacht dat Vastgoed DeSeizoenen in 2019 bij is met de investeringen. Voor nieuwbouw bestaan geen afspraken tussen DeSeizoenen en Vastgoed DeSeizoenen, maar Vastgoed DeSeizoenen heeft niettemin besloten op een aantal locaties vernieuwbouw te laten plegen. DeSeizoenen realiseert zich dat op het punt van het onderhoud samen met Vastgoed

DeSeizoenen nog een slag moet worden gemaakt. Vastgoed DeSeizoenen heeft te kennen gegeven dat zij de gemaakte afspraken wil nakomen en in dat onderhoud gaat investeren.

4.21. ((vi) De achtergestelde lening was en is toelaatbaar. Volgens DeSeizoenen was en is de lening (als onderdeel van de vastgoedconstructie) juist in haar belang en is de verpanding van huurinkomsten geenszins ongebruikelijk. Er was geen andere partij die het vastgoed wilde kopen, waardoor het enige (nadelige) alternatief was dat het vastgoed langer zou worden gehuurd via de curator. De OR heeft, na raadpleging van een extern financieel adviseur, positief geadviseerd en daarnaast hebben WW Zorg Groep en de aandeelhouders, mede om aan de bezwaren van de CCr tegemoet te komen, op 31 januari 2018 een borgstelling verstrekt.

4.22. De feiten zoals opgenomen in het verslag kunnen geen wanbeleidoordeel dragen, aldus nog altijd DeSeizoenen. De kanttekeningen van de onderzoeker kunnen niet tot dat oordeel leiden, zoals de onderzoeker ook zelf heeft geoordeeld. Voor DeSeizoenen zijn geen zeer schadelijke gevolgen voortgekomen uit de onopzettelijke incidentele onregelmatigheden die voortkomen uit de onrustige tijd na de doorstart van Stichting Zonnehuizen. Er bestaat geen grond voor het treffen van de verzochte eindvoorzieningen. Voor voorzieningen die het overdragen van het vastgoed aan DeSeizoenen of een derde partij moeten bewerkstelligen bestaat geen grondslag omdat DeSeizoenen geen “recht” heeft op het vastgoed, de huidige structuur in het belang is van DeSeizoenen en de huidige situatie bovendien geen onderdeel is van het onderzoek. De (voormalige) bestuurders en commissarissen van DeSeizoenen hebben niet verwijtbaar gehandeld, zodat er geen grond is voor aansprakelijkheidstelling. Voor ontslag van [E] biedt het verslag geen grond en [E] heeft in de ogen van DeSeizoenen de afgelopen jaren zijn taken als commissaris voldoende nauwgezet en onafhankelijk vervuld. Toewijzing van de verzochte eindvoorzieningen zou bovendien tot verstrekkende onwenselijke consequenties leiden. Daarbij komt dat eindvoorzieningen niet zijn geboden omdat DeSeizoenen zelf al voldoende maatregelen treft, waaronder de hiervoor vermelde borgstelling, het doorvoeren van een aantal wijzigingen in haar statuten en het aanpassen van reglementen en het vaststellen van het Reglement Tegenstrijdige Belangen DeSeizoenen en het laten



toetsen van de huurprijs door een onafhankelijke derde (Cushman & Wakefield). In het verlengde hiervan is DeSeizoenen voornemens een aantal verdere aanpassingen door te voeren, waaronder het vastleggen van de NHC-component als maximum in de huurovereenkomsten en het doorvoeren van wijzigingen in de huidige bestuursstructuur, meer in het bijzonder door het aftreden van [D] per 1 juli 2019. Ook over de achtergestelde lening wordt gesproken en DeSeizoenen is uitdrukkelijk bereid verdere maatregelen te overwegen als daarmee het geschil met de CCr definitief kan worden opgelost.

4.23. DeSeizoenen heeft voorts een aantal volgens haar onjuiste/irrelevante verwijten besproken die in het verzoekschrift worden gemaakt aan het adres van haar bestuur, de oprichters/aandeelhouders, de commissarissen en de onderzoeker. Hoewel er grond zou zijn voor een proceskostenveroordeling, laat DeSeizoenen een daarop gericht verzoek achterwege. Ten slotte is DeSeizoenen ingegaan op de *impact* van de enquêteprocedure op DeSeizoenen als zorgorganisatie en haar *stakeholders*. Zij heeft de wijze waarop de CCr haar (onterechte) verwijten heeft geuit schadelijk genoemd voor DeSeizoenen. Zij stelt actief te hebben geprobeerd de zorgen van de CCr weg te nemen, maar is met een oncoöperatieve opstelling van de CCr geconfronteerd. DeSeizoenen vreest dat de onrust blijft bestaan zolang het conflict met de CCr niet tot een einde komt.

#### *Het verweer van de raad van commissarissen*

4.24. De raad van commissarissen heeft aangevoerd dat de CCr met het tweede fase verzoek in de kern tracht te bereiken dat het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen wordt overgedragen aan DeSeizoenen, wat geen doel is dat met het verzoek kan worden bereikt. De raad van commissarissen sluit zich op het punt van het wanbeleid doordeel aan bij het verweerschrift namens DeSeizoenen en voert verweer tegen de verwijten en voorzieningen die specifiek zien op de raad van commissarissen, te weten het ontslag van [E], de vernietiging van alle besluiten van de raad van commissarissen die betrekking hebben op de overeenkomsten van huur, achtergestelde lening en verpanding van de NHC-inkomsten en vernietiging van de dechargebesluiten van de commissarissen over de jaren 2012 tot en met 2016.

4.25. Zelfs als er wanbeleid zou zijn dan nog zijn voorzieningen gericht op de raad van commissarissen volgens de raad van commissarissen niet op hun plaats. Het onderzoek was gericht op een afgeronde periode in het verleden, er is geen noodzaak voor ingrijpen in de huidige situatie. Het verslag geeft geen aanleiding voor voorzieningen die zien op de raad van commissarissen. De aanvankelijke twijfel in de beschikking van 30 april 2018 wordt door het onderzoek niet ondersteund. De CCr concretiseert zijn verwijt dat [F] en met name [E] onvoldoende onafhankelijk zouden zijn niet. De raad van commissarissen heeft zijn taak bovendien collegiaal uitgevoerd. Een opsomming van situaties waarin de CCr liever had gezien dat de raad van commissarissen anders had gehandeld, vormt geen bewijs voor gebrek aan onafhankelijkheid. Bij een besluit omtrent voorzieningen moet ook worden meegewogen dat bestuur en raad van commissarissen reeds concrete maatregelen hebben genomen naar aanleiding van het verslag.

4.26. De raad van commissarissen speelde geen formele rol bij de aankoop van het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen en DeSeizoenen was dan ook niet betrokken bij de onderhandelingen met de banken over de financiering. De onderhandelingen met de curator en de banken zijn geïnitieerd en gevoerd door [B] en [A]. Wat de aspecten van de verwerving betreft die DeSeizoenen wel aan gingen – de achtergestelde lening, de huurovereenkomst en het pandrecht op de NHC-vorderingen – stelt de raad van commissarissen zich inmiddels op het standpunt dat er inderdaad sprake was van (schijn van) tegenstrijdige belangen bij [C] en [D], maar de raad van commissarissen is hiermee op de juiste wijze om gegaan. Gegeven de hier toepasselijke overlappende en door de tijd veranderende normen, is een grotere marge op zijn plaats alvorens geoordeeld kan worden dat er aanleiding is voor voorzieningen (of sprake is van wanbeleid). Bovendien is voldaan aan de bepalingen van de ZGC omdat de onafhankelijke leden van de raad van commissarissen de bestuursbesluiten aangaande de verwerving hebben goedgekeurd. De onderzoeker concludeert dat de onafhankelijke commissarissen (en bestuurder [J]) nauwgezet hun taak hebben vervuld en zelfstandig de verwerving hebben beoordeeld. De onderzoeker heeft de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen in zijn onderzoek betrokken maar ook interviews en uitgebreide e-mail correspondentie. De raad van commissarissen heeft ook de achtergestelde le-

ning beoordeeld en in het belang van de vennootschap bevonden. DeSeizoenen had geen grond te bedingen dat de lening niet mede mocht worden aangewend om de (onvermijdelijke) transactiekosten te betalen. De raad van commissarissen kan zich verenigen met het oordeel van de onderzoeker dat het beter was geweest als de huurprijs al bij de verwerving door een onafhankelijke derde getoetst was, maar DeSeizoenen heeft hierdoor geen nadeel geleden. De huurprijzen zijn marktconform, zoals is vastgesteld door Cushman & Wakefield. Het verwijt van de CCR dat de raad van commissarissen had moeten ingrijpen naar aanleiding van de e-mail van 4 mei 2014 (zie 2.19) kan de raad van commissarissen niet plaatsen omdat dit ziet op gedragingen van de aandeelhouder WW Zorg Groep. Voor zover de verwijten – het gedogen van misleiding in de maanden maart, april en mei 2014 – zien op het bestuur vraagt de raad van commissarissen zich af in hoeverre zijn toezichhoudende taak zich uitstrekt tot uitgaande communicatie, aangezien dit geen beleid op hoofdlijnen betreft, en in welke vorm hij maatregelen had moeten treffen. Het onderhoud is geen onderdeel van het bevolen onderzoek en de status van het vastgoed geeft bovendien geen aanleiding voor het treffen van voorzieningen.

4.27. De verwijten aan [E] vinden geen grond in het verslag en worden ook niet naar behoren onderbouwd. Vernietiging van de besluiten van de raad van commissarissen die betrekking hebben op de overeenkomsten van huur, achtergestelde lening en verpanding van de NHC-inkomsten en van de dechargebesluiten over de jaren 2012 tot en met 2016 acht de raad van commissarissen disproportioneel en niet in het belang van DeSeizoenen.

*Het verweer van WW Zorg Groep c.s.*

4.28. WW Zorg Groep c.s. hebben het verweer van DeSeizoenen en de raad van commissarissen onderschreven. Zij hebben in aanvulling daarop nog het volgende aangevoerd.

4.29. Er is geen sprake van wanbeleid maar van een goede en gezonde zorgonderneming binnen een legitieme structuur. Het verdienmodel is legitiem en de aandeelhouders zijn altijd transparant geweest over de beoogde structuur en het verdienmodel die ten grondslag lagen aan hun bereidheid tot een doorstart. De *corporate opportunity* kwam hierdoor toe aan de aandeelhouders. De structuur is erop gericht de continuïteit van

wonen en zorg voor langere termijn te kunnen borgen en daarnaast op de langere termijn rendement te kunnen realiseren voor de aandeelhouders. De belangen zijn volledig met elkaar in lijn. In de huurrelatie staat marktconformiteit centraal. Dat is zowel vanuit het perspectief van DeSeizoenen als van dat van de aandeelhouders van groot belang. Uit onafhankelijke analyses blijkt dat de huurovereenkomsten marktconform zijn. De aanschafwaarde is niet het bepalende criterium; daarmee wordt voorbij gegaan aan de inhaalinvesteringen, instandhoudings- en beheerskosten, die voor Vastgoed DeSeizoenen aanzienlijk zijn. Met het beeld dat de aandeelhouders het vastgoed zouden hebben verworven voor € 100, gaat de CCR voorbij aan de financiering met vreemd vermogen, de aflossings- en rentelasten in dat verband en het feit dat de waarde van het vastgoed pas aan de aandeelhouders toekomt na aflossing van de financiering en absorptie van alle aan de exploitatie van het vastgoed verbonden risico's. Waar de onderzoeker heeft geconstateerd dat bepaalde elementen zorgvuldiger hadden gekund, worden deze gerepareerd. Een externe marktconformiteitstoets is inmiddels uitgevoerd en zal frequent worden herhaald, de achtergestelde lening – waarvan de aandeelhouders zich realiseren dat deze de perceptie van onevenwichtige risicoverdeling in de hand werkt – zal vervroegd worden afgelost en deze aflossing zal uiterlijk per 1 januari 2022 geheel hebben plaatsgevonden (en blijft in de tussentijd geborgd vanuit de privé-vennootschappen van de aandeelhouders), het bestuur van DeSeizoenen, Vastgoed DeSeizoenen en Care Shared Services enerzijds en het aandeelhouderschap anderzijds, zal, hoewel dit in de visie van WW Zorg Groep c.s. heeft bijgedragen aan het huidige succes, met het oog op structurele rust en toekomst voor DeSeizoenen strikt worden gescheiden, reden waarom [D] per 1 juli 2019 aftreedt als bestuurder van DeSeizoenen en Care Shared Services en [A] en [B] reeds zijn afgetreden als (indirect) bestuurder van Vastgoed DeSeizoenen. De aandeelhouders hadden in sommige uitingen duidelijker kunnen maken welke structuur zij van meet af aan voor ogen hadden, maar zij wijzen erop dat de onderzoeker heeft geconcludeerd dat van misleiding in het geheel geen sprake was en dat zij de structuur, ook jegens de CCR, vanaf het begin van DeSeizoenen voldoende duidelijk hebben gemaakt. Uit het verslag blijkt dat van wanbeleid geen sprake is geweest. De elemen-

ten die zorgvuldiger hadden gekund vloeien voort uit een hectische tijd met integere bedoelingen en zijn of worden op adequate wijze hersteld, aldus – nog steeds – WW Zorg Groep.

#### *Het verweer van de lokale cliëntenraden*

4.30. De lokale cliëntenraden hebben aangevoerd dat zij belanghebbenden zijn bij de procedure omdat het cliëntenbelang dat zij behartigen wordt geschaad door de procedure zelf en zal worden geschaad indien de verzoeken van de CCr (geheel of gedeeltelijk) worden gehonoreerd. Niet alle lokale cliëntenraden zijn vertegenwoordigd in de CCr (van de locaties Gennep, Elivagar en Verdandi is niemand afgevaardigd, hetgeen te maken heeft met de koers die de CCr heeft ingezet), de CCr behartigt niet het gemeenschappelijke cliëntenbelang (het moet gaan over goede zorg voor de cliënten en een discussie over het wel of niet houden van vastgoed komt op geen enkele wijze ten goede aan de belangen van de cliënten) en afgevaardigden in de CCr luisteren niet naar de eigen achterban. De CCr luistert helemaal niet meer naar anderen in de organisatie, maar vaart zijn eigen koers, aldus de lokale cliëntenraden.

4.31. De lokale cliëntenraden onderschrijven de bevindingen van de onderzoeker en staan achter diens oordeel dat geen sprake is van wanbeleid. Dat DeSeizoenen al een aantal van de door de onderzoeker vastgestelde punten had opgepakt (het doorvoeren van de bevindingen van Houwen, het aftreden van [D] als bestuurder per 1 juli 2019 en het laten toetsen van de huurprijs door een onafhankelijke derde) heeft het vertrouwen van de lokale cliëntenraden in het bestuur versterkt. Zij voeren voorts, kort weergegeven, het volgende aan. Dat de CCr doorgaat – met als eigenlijk doel overdracht van het vastgoed aan DeSeizoenen – schaadt de belangen van de cliënten. Gezien de reikwijdte van het onderzoek en de bevindingen van de onderzoeker bestaat er geen grond voor het treffen van eindvoorzieningen. DeSeizoenen is een zorginstelling, gericht op antroposofische zorg, en zij heeft niet het houden van vastgoed als doelstelling. DeSeizoenen is momenteel een financieel gezonde instelling waar kwalitatief goede zorg wordt verleend en de lokale cliëntenraden vrezen dat overdracht van het vastgoed – met alle risico's van dien – ten koste gaat van de zorg voor de cliënten. Het conflict tussen DeSeizoenen en de CCr heeft schadelijke gevolgen. De opstelling van de CCr bemoeilijkt niet

alleen de cliëntmedezeggenschap, maar heeft ook negatieve invloed op ander stakeholders, zoals sollicitanten, medewerkers, leveranciers en nieuw te werven cliënten. Met DeSeizoenen vrezen de lokale cliëntenraden dat de onrust blijft bestaan zo lang het conflict niet tot een einde komt. De lokale cliëntenraden menen dat de CCr zijn conflict met DeSeizoenen op ander wijze moet oplossen. Het cliëntenbelang wordt gediend met “rust in de tent” en dit wordt geschaad als de door de procedure ontstane reuring nog langer voortduurt.

#### *5. De gronden van de beslissing*

##### *Algemeen*

5.1. Bij de beoordeling herhaalt de Ondernemingskamer de vooropstellingen in de rechtsoverwegingen 3.20 en 3.21 van haar beschikking van 30 april 2018 (de eerste fase beschikking), die als volgt luiden:

“3.20. De bezwaren moeten worden gezien tegen de achtergrond van het bepaalde in artikel 5 lid 2 WTZi, waaruit volgt dat in beginsel geen toelating als zorginstelling wordt verleend aan instellingen met een winstoogmerk. DeSeizoenen beschikt over toelatingen in de zin van de WTZi. Voor haar geldt een winstuitkeringsverbod.

3.21. Een deel van de bezwaren van de CCr heeft betrekking op het gestelde tegenstrijdig belang dan wel (de schijn van) belangenverstrengeling. In dat verband zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang: (artikel 2:256 (oud) BW vóór 1 januari 2013, daarna artikel 2:239 lid 6 BW (voor het bestuur) en artikel 2:250 lid 5 BW (voor de raad van commissarissen) en voorts gedurende de hele periode het algemene artikel 2:8 BW). Daarnaast is kaderstellend artikel 6 van het Uitvoeringsbesluit WTZi, waarin onder meer wordt bepaald dat het toezichthoudend orgaan zo moet zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en van de leiding onafhankelijk en kritisch moeten kunnen opereren. Voorts zijn van belang de Zorgbrede Governancecode (hierna: ZGC) 2010 en de herziene versie daarvan, de Governancecode Zorg (hierna: GCZ) 2017 (in werking op 1 januari 2017), die in paragrafen 3.3 en 4.5 (belangenverstrengeling) en 4.4 (onafhankelijkheid) respectievelijk paragraaf 2.6. (belangentegenstellingen) relevante bepalingen en gedragsregels bevatten.”

*De toelaatbaarheid van de constructie op zich*

5.2. De CCR heeft betoogd dat de constructie op zichzelf al niet toelaatbaar was. In rechtsoverweging 3.22 van haar beschikking van 30 april 2018 heeft de Ondernemingskamer het volgende overwogen:

“3.22. De huidige structuur is met de verwerving van het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen tot stand gekomen. WW Zorg Groep, een particulier gefinancierde houdstervereniging, houdt alle aandelen van DeSeizoenen, Vastgoed DeSeizoenen en Care Shared Services. Het zwaartepunt in de structuur ligt bij DeSeizoenen, als toegelaten instelling in de zin van de WTZi, die via de zorgkantoren publieke middelen ontvangt. Het belangrijkste deel van het vastgoed waarin DeSeizoenen haar zorginstelling exploiteert, huurt zij van Vastgoed DeSeizoenen en ondersteunende diensten besteedt zij grotendeels uit aan Care Shared Services. De wenselijkheid van een dergelijke constructie staat niet ter beoordeling van de Ondernemingskamer. Dat deze constructie als zodanig niet in strijd is met wet- of regelgeving betreft een politieke beleidskeuze. De toezichthouders (NZA en IGZ/IGJ) zijn ingelicht en hebben geen aanleiding gezien in te grijpen. Van belang is echter wel dat de constructie er niet toe behoort te leiden dat voor de zorg bestemde gelden wegvloeien naar de zusterverenigingen, waarvoor het verbod op winstuitkering niet geldt.”

5.3. De Ondernemingskamer ziet onvoldoende grond thans anders over de toelaatbaarheid van de constructie als zodanig te oordelen. Dat uit het nalaten in te grijpen geen actieve instemming of stilzwijgende goedkeuring van de toezichthoudende instanties kan worden afgeleid (zoals de CCR heeft aangevoerd en NZA nadien aan DeSeizoenen heeft laten weten) maakt dat niet anders. Ook het standpunt van de Staatssecretaris in de door de CCR aangehaalde Alliade-casus maakt dat niet anders. Dat de Staatssecretaris in dat geval de constructie niet wenselijk achtte, ongeacht of daar materieel voordeel uit werd verkregen, maakt niet dat de constructie op juridische gronden ontoelaatbaar is.

5.4. De CCR heeft gewezen op de ZGC 2010 (geldend tot 2017) waarvan paragraaf 3.3.1, voor zover hier van belang, als volgt luidt:

“(…) Elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen enig lid van de Raad van Bestuur en de zorgorganisatie wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan

van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de Raad van Toezicht.”

De ZGC 2010 kent in paragraaf 4.5.1 een vergelijkbare regeling voor leden van de Raad van Toezicht.

5.5. De ZGC 2010 is, zoals in het voorwoord staat, “een samenbundeling van moderne, en inmiddels breed gedragen, algemene opvattingen in de zorg over goed bestuur, toezicht en verantwoording. De brancheorganisaties willen een richtinggevend normenkader geven voor goed bestuur en goed toezicht”. Strijd met een bepaling in de ZGC 2010 is niet gelijk te stellen met een wettelijk verbod en leidt derhalve niet reeds op die grond tot het kwalificeren van een bepaalde constructie als ontoelaatbaar. De betekenis van de ZGC komt hierna nog aan de orde bij de beoordeling van de stellingen van de CCR die betrekking hebben op tegenstrijdig belang/belangenverstremgeling.

5.6. DeSeizoenen speelt een belangrijke rol in de constructie. Zij heeft met Vastgoed DeSeizoenen de huurovereenkomsten gesloten waarop de bankfinanciering van Vastgoed DeSeizoenen is gebaseerd, zij heeft een achtergestelde lening aan Vastgoed DeSeizoenen verstrekt ten behoeve van het onderhoud aan het vastgoed en zij heeft aan Vastgoed DeSeizoenen een pandrecht verstrekt op haar NHC-vorderingen. Nu de Ondernemingskamer de constructie als zodanig niet ontoelaatbaar heeft bevonden en de medewerking van DeSeizoenen aan de constructie niet reeds om die reden dient te worden afgekeurd, is enkel relevant of de inhoud van de hiervoor genoemde rechtshandelingen en/of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen blijken geven van strijd met de beginselen van behoorlijk ondernemerschap. De Ondernemingskamer zal echter eerst ingaan op de door de CCR opgeworpen vraag of de verwerving van het vastgoed als gemiste *corporate opportunity* voor DeSeizoenen moet worden beschouwd en op de vraag of de CCR, zoals zij stelt, door DeSeizoenen is misleid op het punt van de constructie die [I] voor ogen stonden.

*Corporate opportunity*

5.7. De CCR heeft betoogd (zie hiervoor onder 4.7) dat de verwerving van het vastgoed een *corporate opportunity* vormde voor DeSeizoenen, die door de directie en de raad van commissarissen

had moeten worden gerealiseerd. De Ondernemingskamer overweegt dat zich in 2012, na het faillissement van Zonnehuizen een *opportunity* voordeed. Die *opportunity* is toen gerealiseerd door [I], met hun opzet voor een doorstart van de zorg in combinatie met de overname van het vastgoed (over die opzet hierna nog nader onder 5.10 e.v.). DeSeizoenen is onderdeel van de constructie. Over (gelijktijdige) overname van het vastgoed kon toen nog geen overeenstemming worden bereikt.

5.8. Toen de overname van het vastgoed daadwerkelijk kon worden gerealiseerd was verwerving van het vastgoed voor DeSeizoenen geen *corporate opportunity* die de toenmalige bestuurders/ (onafhankelijke) commissarissen hadden moeten (proberen te) verwezenlijken binnen of onder DeSeizoenen. In de eerste plaats geldt, simpelweg, dat verwerving geen reële optie was. Voor koop van vastgoed is toestemming van de aandeelhouder nodig. Die toestemming zou uit de aard der zaak niet worden gegeven; [I] (de indirecte aandeelhouders) beoogden juist dat het vastgoed door een speciaal daarvoor opgerichte “zuster” vennootschap van DeSeizoenen zou worden overgenomen. Zoals overwogen was de *opportunity* al in 2012 door de indirecte aandeelhouders/initiatiefnemers naar zich toe getrokken. Zij waren niet gehouden deze nadien aan DeSeizoenen te laten. In de tweede plaats geldt dat verwerving van het vastgoed ook niet als *corporate opportunity* voor DeSeizoenen kan gelden omdat het bezit en beheer van eigen vastgoed geen kernactiviteit van DeSeizoenen is. Vastgoed kan ook een risico zijn. Het besluit om niet te investeren in vastgoed is te billijken. De omstandigheid dat DeSeizoenen in 2014 het vastgoed mogelijk zelf had kunnen financieren, hoefde voor [I] geen aanleiding te zijn af te zien van de constructie die zij voor ogen hadden.

#### *Misleiding*

5.9. De CCr stelt op het punt van de constructie te zijn misleid. De CCr heeft daartoe betoogd als hiervoor is weergegeven onder 4.5 en 4.7.

5.10. Volgens de onderzoeker hebben [I] er vanaf het eerste moment geen redelijke twijfel over laten bestaan dat zij de zorgexploitatie en de vastgoedexploitatie wilden scheiden en wel aldus dat de vastgoedexploitatie aan hen ten goede zou komen. Hij heeft ter illustratie gewezen op een vijftal omstandigheden (verslag 160). De CCr heeft vijf-

ten punten genoemd (randnummer 7.15 van het verzoekschrift) waaruit hij concludeert dat vanaf begin 2012 tot 27 februari 2014 (de datum van het memo van het bestuur over de vastgoedexploitatie) nog niet duidelijk was, ook niet voor [I] zelf, dat het vastgoed in een privé-vennootschap van [I] zou worden ondergebracht.

5.11. De Ondernemingskamer constateert met de onderzoeker dat de communicatie van [I] niet steeds geheel eenduidig was. Een aantal omstandigheden waar de CCr op wijst betreffen echter niet uitlatingen van [I] zelf maar de perceptie van derden in een context waarin op dat moment niet cruciaal was of DeSeizoenen zelf of een specifiek op te richten vastgoedvennootschap het vastgoed zou verwerven. Zoals volgt uit de door de onderzoeker vermelde notitie van de CCr van 18 april 2012 en de notulen van de CCr-vergadering van 4 juni 2012 heeft het de CCr reeds toen duidelijk moeten zijn dat de voorgenomen structuur inhield dat de vastgoedexploitatie in een afzonderlijke vastgoedvennootschap naast de DeSeizoenen zou plaatsvinden. Wat er zij van de vraag of al of niet ook nog andere mogelijkheden zijn onderzocht (zoals staat in het memo van 4 april 2014 (zie 2.18)), uiteindelijk is meermaals uitvoerig toelichting verschaft op de structuur (zie 2.14 en 2.16). Dit geldt ook voor de wijze van financiering. In de conceptbrief van 4 mei 2014 van WW Zorg Groep aan DeSeizoenen (genoemd in 2.19) werd (naar is gebleken: ten onrechte) gesproken van een commitment van de aandeelhouder van € 3,95 miljoen, maar dat dit onderdeel zou zijn van de constructie valt niet te lezen in het vastgoedmemo van het bestuur van DeSeizoenen van 27 februari 2014, die voor de CCr leidend heeft moeten zijn. Ook de Ondernemingskamer komt tot de conclusie dat van misleiding geen sprake was. Dat de vastgoedtransactie onderdeel was van het verdienmodel van [I] spreekt voor zich en hoefde niet afzonderlijk te worden toegelicht.

#### *Governance en tegenstrijdig belang/belangenverstremeling*

5.12. Ten tijde van het eerste bod op het vastgoed (13 juli 2013) en de principe-overeenstemming met de banken (25 februari 2014) was er sprake van persoonlijke tegenstrijdige belangen aan de kant van de bestuurders en twee commissarissen van DeSeizoenen.

5.13. Op die data waren [D] en [C] bestuurders van DeSeizoenen (tot 1 mei 2014, toen [J] in de

plaats van [C] trad) en [A], [B], [K], [E] en [F] commissarissen. [D], [C], [A] en [B] waren derhalve geconflieerd in verband met hun met het belang van DeSeizoenen tegenstrijdige belangen als (indirecte) aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen, de beoogde koper van het vastgoed dat vervolgens door DeSeizoenen van Vastgoed DeSeizoenen zou worden gehuurd.

5.14. Op 15 maart 2016, de datum waarop de transactie uiteindelijk is geformaliseerd, waren [J] en [D] bestuurders en waren [A] en [B] geen commissarissen meer (zij waren teruggetreden per 1 juli 2015). De aanvulling van de raad van commissarissen met [G] en [H] kwam pas daarna, op respectievelijk 1 september 2016 en 15 september 2017.

5.15. Uit de wettelijke bepalingen, waaronder artikel 2:8 BW, volgt dat een vennootschap bedacht moet zijn op gevallen van tegenstrijdig belang dan wel belangenverstrengeling en daarmee zorgvuldig moet om gaan. Het sinds 1 januari 2013 geldende artikel 2:239 lid 6 BW verbiedt bestuurders deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming met betrekking tot kwesties waarin een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang speelt. De te betrachten zorgvuldigheid klemt te meer in een geval als het onderhavige, waarin een zorginstelling is betrokken en waarin de belangen van personen die afhankelijk zijn van zorg en het algemeen belang dat zorgelden ook daadwerkelijk aan zorg worden besteed aan de orde zijn. De bepalingen in de ZGC die gaan over belangenverstrengeling, weerspiegelen de hoge mate van zorgvuldigheid die binnen de branche als norm wordt beschouwd.

5.16. In het onderhavige geval blijkt dat het bestuur van DeSeizoenen zich in de onder 5.12 bedoelde periode onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de betekenis van zijn geconflieerde positie waar het ging om de rol van De Seizoenen in het kader van de constructie rond het vastgoed en de in dat verband (tussen DeSeizoenen en Vastgoed DeSeizoenen) uit te onderhandelen contracten. In het bijzonder heeft het bestuur niet vastgesteld dat het daartoe zelf onvoldoende geëquipeerd was; dat van [C] en [D] kon worden verwacht dat zij zich uitsluitend zouden laten leiden door het belang van DeSeizoenen, valt bezwaarlijk vol te houden. Niet alleen hadden zij een persoonlijk tegenstrijdig belang als hiervoor vermeld, zij waren in de onder 5.12 bedoelde periode tevens bestuurders van Vastgoed DeSeizoenen.

nen. Zoals de Ondernemingskamer al in haar beschikking van 30 april 2018 heeft overwogen (rov. 3.31) is hier geen sprake van een reguliere groep, gelet op de bijzondere positie van DeSeizoenen en het verbod op winstuitkering. De belangen van Vastgoed DeSeizoenen en DeSeizoenen lopen dan ook niet parallel. De met het oog op de vastgoedconstructie tussen Vastgoed DeSeizoenen en DeSeizoenen te sluiten contracten, zijn in de periode voorafgaand aan het eerste bod (waarin de contouren zijn vastgelegd waaraan in het vervolg steeds is vastgehouden) respectievelijk de principe-overeenstemming kennelijk afgestemd door [D] en [C] als bestuurders dan wel door [I] gezamenlijk als initiatiefnemers van het geheel (volgens de raad van commissarissen zijn de onderhandelingen met de curator en de bank gevoerd door [A] en [B]) en vervolgens, voor zover het de verplichtingen betrof die DeSeizoenen in dat verband op zich nam, voorgelegd aan de raad van commissarissen.

5.17. In het licht van de geconflieerde positie van de beide bestuurders van DeSeizoenen had het in de rede gelegen dat reeds in de periode waarin de constructie vorm begon te krijgen en ruim voorafgaand aan het eerste bod op het vastgoed – waarbij DeSeizoenen een cruciale rol speelde – op het niveau van het bestuur van DeSeizoenen een onafhankelijke bestuurder (of gedelegeerd commissaris) zou zijn aangesteld die zich uitsluitend zou hebben kunnen richten op de behartiging van de belangen van De Seizoenen en tegenkracht had kunnen bieden aan de belangen van de beoogde vastgoedvennootschap, waarin [I] een indirect aandelenbelang kregen.

5.18. Het bestuur van DeSeizoenen heeft geen onafhankelijke medebestuurder (of gedelegeerd commissaris) voorgesteld en zich ook niet onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming over de verplichtingen die DeSeizoenen in het kader van de vastgoedconstructie op zich nam (kort gezegd: de huurverplichtingen, de achtergestelde lening en de verpanding van de NHC-vorderingen).

5.19. De vraag is vervolgens of de inbreng van de onafhankelijke leden van de raad van commissarissen ([E] en [F], vanaf juni 2013 ook [K]) zodanig is geweest dat de hiervoor vermelde gebreken in de gegeven omstandigheden als geheeld kunnen gelden. Dit zal alleen het geval kunnen zijn als de raad van commissarissen zich heeft gerealiseerd dat hij in feite werd belast met een bestuurs-

taak die zijn toezichthoudende taak oversteeg en ook daarnaar heeft gehandeld. Dit brengt mee dat de onafhankelijke commissarissen niet alleen achteraf passief hadden te oordelen over de voorgestelde constructie, maar de belangen van De Seizoenen actief in onderhandelingen hadden te behartigen.

5.20. De Ondernemingskamer gaat er op grond van de inhoud van het verslag en de overgelegde producties vanuit dat de raad van commissarissen de beschikking kreeg over alle in het kader van de constructie relevante informatie. Zo heeft het bestuur in januari 2013 de raad van commissarissen een uitgebreide presentatie gegeven over de verwerving van het vastgoed en de financiële (on)mogelijkheden (verslag 179), is het conceptbod met de raad van commissarissen op 12 juli 2013 besproken in een telefonische vergadering (zie 2.12), zijn op 27 februari 2014 de verwerving van het vastgoed en de daarmee samenhangende overeenkomsten door het bestuur toegelicht in het vastgoedmemo (zie 2.16), dat in februari met de raad van commissarissen is besproken (verslag 183), heeft het bestuur bij brief van 5 mei 2014 aan de CCr, met kopie aan de raad van commissarissen, de voorgenomen plannen nader toegelicht en wordt in de mail van [E] van 12 juni 2014 (zie 2.21) gerefereerd aan de overgelegde stukken en gehouden besprekingen. De onderzoeker heeft er in het verslag melding van gemaakt dat hij geen indicatie heeft aangetroffen dat [E] en [F] zich niet onafhankelijk hebben opgesteld ten opzichte van [I] of dat [I] op enigerlei wijze druk op deze commissarissen hebben uitgeoefend (verslag 179). Hij heeft dit laatste elders in het verslag (onder 188) herhaald en daaraan toegevoegd dat hij geen aanwijzing heeft gevonden dat de commissarissen of (nadien) [J] niet in zelfstandigheid de verwerving hebben kunnen beoordelen en dat integendeel uit de documentatie blijkt dat zij nauwgezet hun taak hebben vervuld.

5.21. Of [A] en [B] zich over de hele linie hebben onthouden van deelname aan de beraadslaging over de door DeSeizoenen te nemen besluiten, is niet duidelijk. Het besluit van 12 juni 2014 (zie 2.21) (a) verwijst naar de besprekingen in de raad van commissarissen op 23 mei 2014 zonder te vermelden of [A] en [B] zich toen afzijdig hebben gehouden van de beraadslagingen, (b) vermeldt dat het besluit is genomen “na interne consultatie via telefoon en mail van alle [onderstreping toegevoegd, OK] leden van de raad van commissaris-

sen door de voorzitter en (c) vermeldt dat [A] en [B] “geen formele stem” hebben uitgebracht. Er zijn ook geen stukken in het geding gebracht op grond waarvan de Ondernemingskamer zich zelf een beeld kan vormen van het precieze besluitvormingsproces van (alleen) de onafhankelijke leden van de raad van commissarissen en de in dat kader gemaakte afwegingen. De aldus bestaande onduidelijkheid over de naleving van de wettelijke besluitvormingsregels in geval van een tegenstrijdig belang, is op zichzelf strijdig met de zorgvuldigheid en transparantie die in het onderhavige geval is vereist.

5.22. Belangrijker is nog dat gesteld noch gebleken is dat de onafhankelijke commissarissen verder zijn gegaan dan hun toezichthoudende functie vergde en jegens Vastgoed DeSeizoenen zelf de rol van onderhandelaar op zich hebben genomen. Daartoe zou een analyse moeten zijn gemaakt van onderhandelingspunten: wat is de positie van DeSeizoenen, wat geeft zij weg in het kader van deze constructie en wat is wat zij weggeeft waard?

5.23. In dat kader hadden de onafhankelijke commissarissen ook moeten aandringen op een voorafgaande onafhankelijke taxatie van de huurprijs, een taxatie die overigens aanvankelijk ook in het vooruitzicht was gesteld (zie 2.13). In het onderhavige geval heeft de CCr het verzoek om een taxatie gedaan, maar dat verzoek is ten onrechte niet gehonoreerd. Het ontbreken van een dergelijke taxatie, waarbij de partijen die daarbij belang hebben vooraf worden betrokken en hun eigen inbreng kunnen leveren, in een periode waarin de huurprijs nog niet is uitonderhandeld, kan niet worden geheeld door een taxatie achteraf. Dat de overeengekomen huurprijs lager is dan de NHC-component, is in dat verband niet van belang.

5.24. In de periode waarin de constructie nog niet vast lag, had DeSeizoenen ook anderszins nog argumenten kunnen inbrengen die haar positie gunstig hadden kunnen beïnvloeden, zie hierover nader onder 5.29.

5.25. De onafhankelijke leden van de raad van commissarissen zijn – voor wat betreft DeSeizoenen – met de constructie akkoord gegaan op 12 juni 2014 (zie 2.21). Vanuit het zorgperspectief bezien is de gang van zaken niet onbegrijpelijk. De specifieke afwegingen van de onafhankelijke leden van de raad van commissarissen blijken niet concreet uit het verslag, maar duidelijk is wel dat deze commissarissen van mening waren dat DeSeizoenen de lasten kon dragen, dat zij de risico's

van de lening en de zekerheden beperkt inschatten en een grote waarde hechtten aan de continuïteit van DeSeizoenen en de voortgang van de transactie. De staat van het vastgoed was al slecht en verslechterde door jarenlang achterstallig onderhoud; om diverse redenen (in de eerste plaats de kwaliteit van de woon- en werksituatie van de bewoners en het personeel maar ook vanuit concurrentieoverwegingen) was gewenst dat dit op afzienbare termijn zou worden aangepakt.

5.26. Het vorenstaande neemt niet weg dat van daadwerkelijk actieve behartiging van de belangen van DeSeizoenen in het kader van onderhandelingen zoals hiervoor is bedoeld, niet is gebleken. Of dit uiteindelijk tot een ander resultaat zou hebben geleid is weliswaar speculatief en kan niet zonder meer worden gezegd, maar is anderszins zeker niet ondenkbaar, gelet op de wederzijdse posities en belangen. De wijze waarop de onafhankelijke commissarissen zich van hun taak hebben gekwetend, getuigt in dit specifieke geval – waarin sprake was van een geheel geconflieerd bestuur – van een té beperkte taakopvatting. Zwaarder weegt echter dat [D] en [C] zich niet hebben gerealiseerd dat zij waar het de behartiging van de belangen van DeSeizoenen betrof een stap terug hadden moeten doen, gelet op hun eigen belangen als (indirecte) aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen.

5.27. De Ondernemingskamer heeft begrip voor de hectiek waarin DeSeizoenen zich na de doorstart in januari 2012 bevond en ziet in dat mede hierdoor de zorg voor een juiste *governance* in die periode niet de hoogste prioriteit had, zoals ook de onderzoeker in zijn verslag heeft opgemerkt (onder 190 en 239 sub a)). Anderzijds gaat het hier om bij uitstek gevoelige materie: persoonlijke tegenstrijdige belangen en belangenverstrengeling in het kader van een zorgonderneming, waarmee publieke belangen en middelen en de belangen van de zorgontvangers zijn gemoeid. Beslissingen over de besteding van de middelen van DeSeizoenen raken per definitie aan laatstgenoemde belangen en van DeSeizoenen had gevergd kunnen worden dat zij zou waken voor potentiële vertroebeling met persoonlijke belangen van bij de organisatie betrokkenen. Van belang is dat het eerste bod op en de principeovereenstemming over het vastgoed dateren van geruime tijd na de doorstart, zodat niet kan worden gezegd dat er onvoldoende tijd is geweest voor bezinning op de positie van [I] als bestuurders/commissarissen

van DeSeizoenen in het licht van de tot stand te brengen vastgoedtransactie. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de wijze waarop de *governance* van DeSeizoenen in de cruciale periode voorafgaand aan het eerste bod van 13 juli 2013 en de daarop volgende principeovereenstemming van 25 februari 2014 was ingericht, gecombineerd met het ontbreken van actieve behartiging van de belangen van DeSeizoenen door een of meer onafhankelijke personen bij de totstandkoming van de huurovereenkomsten, de leningsovereenkomst en de verpanding blijkt geeft van een dermate ernstig gebrek aan zorgvuldigheid dat dit als wanbeleid moet worden aangemerkt. Het feit dat een tijdige onafhankelijke taxatie achterwege is gelaten en niet kan worden vastgesteld dat [A] en [B] zich hebben onttrokken aan beraadslagingen binnen de raad van commissarissen over het instemmingsbesluit van de raad van commissarissen, versterkt dit oordeel. De latere zelfstandige toets die [J] en de inmiddels volledig onafhankelijke raad van commissarissen voorafgaand aan de definitieve verwerving hebben verricht (verslag 186 en 187) neemt de hiervoor genoemde bezwaren niet weg. Niet is gebleken dat actief is heronderhandeld over de positie van DeSeizoenen.

*De verdeling van baten, lasten en risico's verbonden aan het vastgoed*

5.28. De Ondernemingskamer constateert dat, hoewel als ratio voor het onderbrengen van het vastgoed in een aparte vennootschap buiten DeSeizoenen steeds is genoemd het niet belasten van DeSeizoenen met het aan het vastgoed verbonden risico, een substantieel deel van dat risico toch bij De Seizoenen terecht is gekomen. DeSeizoenen heeft, naast de verplichting tot huurbetaling gedurende tien jaar, aan Vastgoed DeSeizoenen een achtergestelde lening van € 3,25 miljoen verstrekt (en daarvoor het risico gelopen, wat – ondanks het tweede hypotheekrecht – met name in de beginjaren een factor van betekenis was) en haar NHC-vorderingen verpand. DeSeizoenen heeft aangevoerd dat een dergelijke verpanding niet ongebruikelijk is, maar zij heeft dit niet verder toegelicht. Het mag zo zijn dat verpanding van huurvorderingen van een verhuurder aan zijn bank niet ongebruikelijk is, maar niet valt in te zien dat een dergelijke verpanding gelijk te stellen is met verpanding aan de verhuurder van een onderdeel van de inkomsten van een *huurder*, wat de



vorderingen terzake van de NHC in wezen zijn. Daarbij komt dat de aandeelhouders van Vastgoed DeSeizoenen, anders dan zij aanvankelijk in het vooruitzicht hebben gesteld (zie onder meer 2.12), geen eigen investering hebben gedaan anders dan de door de CCr herhaaldelijk gememoreerde € 100. Zij hebben uiteindelijk de extra benodigde financiering bewerkstelligd door middel van de reeds genoemde lening van DeSeizoenen en een lening van Care Shared Services.

5.29. De omstandigheid dat DeSeizoenen derhalve een substantieel deel van het risico droeg en een belangrijke bijdrage leverde aan de financiering van de verwerving van het vastgoed door Vastgoed DeSeizoenen, had aanleiding kunnen zijn daarvoor in onderhandelingen een tegenprestatie te bedingen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een aandeel in de aan het vastgoed verbonden *upside* (die erop neerkomt dat Vastgoed DeSeizoenen zonder eigen investering op termijn eigenaar zal zijn van vastgoed in een goede staat van onderhoud en met een aanmerkelijke overwaarde), een lagere huur of een periode van huurvrijstelling. Gesteld noch gebleken is dat dit aan de orde is geweest.

5.30. Niettemin ziet de Ondernemingskamer in de inhoud van de overeenkomsten die DeSeizoenen in het kader van de vastgoedconstructie met Vastgoed DeSeizoenen is aangegaan, gezien in de context waarin deze tot stand is gekomen, op zichzelf onvoldoende blijk van wanbeleid. Feit was immers dat het voortbestaan van de onderneming van Zonnehuizen (op dezelfde – antroposofische – grondslag als voorheen) en de continuïteit van de zorg voor de volwassen cliënten bij de doorstart in 2012 door [I] was gewaarborgd en dat het hun, zoals hiervoor overwogen, vrij stond te kiezen voor verwerving van het vastgoed door een daartoe op te richten vastgoedvennootschap. Daarmee hadden zij voor wat betreft Vastgoed DeSeizoenen een krachtige onderhandelingspositie jegens DeSeizoenen en is niet uitgesloten dat ook bij een juiste gang van zaken bij de onderhandelingen het onderhandelingsresultaat hetzelfde zou zijn geweest. De door de CCr signaleerde disproportionaliteit tussen “investering” en potentiële opbrengst, is op zichzelf geen grond de medewerking van DeSeizoenen aan de constructie als wanbeleid te kwalificeren. Zoals reeds overwogen is de constructie als zodanig niet verboden en hebben [I] een *opportunity* verzilverd, wat hun vrij stond. Voor DeSeizoenen gaat het er om dat

zij, mede gelet op het winstuitkeringsverbod waaraan zij is gebonden, geen verplichtingen op zich heeft genomen waartoe een redelijk handelend bestuurder niet had mogen besluiten. De juistheid van de stelling dat de hoogte van de overeengekomen huur, op zichzelf gezien, niet valt binnen de bandbreedte waarbinnen van een marktconforme huur kan worden gesproken, volgt niet uit het verslag en heeft de CCr tegenover het verweer van DeSeizoenen ook onvoldoende nader onderbouwd. Daarbij komt dat de Ondernemingskamer in de beschikking van 30 april 2018 heeft geoordeeld dat er geen aanleiding is voor wat betreft de marktconformiteit van de huidige huurbedragen voorbij te gaan aan de van toelichting voorziene bevindingen van Cushman & Wakefield. Bij de verpanding van de NHC-inkomsten en het verstrekken van de achtergestelde lening kunnen vraagtekens worden gezet, maar niet ondenkbaar is dat onder omstandigheden te billijken is dat hiertoe wordt overgegaan, waarbij voor de lening meeweegt dat een substantieel percentage aan rente wordt betaald. Hoewel op het resultaat het nodige valt af te dingen, zou dit voor de Ondernemingskamer, in het licht van de terughoudendheid die zij bij het toetsen van bestuurlijk handelen in acht heeft te nemen, derhalve geen grond zijn voor een wanbeleidoordeel indien bij het bereiken van dit resultaat geen geconflieeerde personen betrokken zouden zijn geweest en het resultaat tot stand zou zijn gekomen door onderhandelingen *at arm's length* en de expliciete afwegingen duidelijk zouden zijn gedocumenteerd.

#### *Het onderhoud*

5.31. De Ondernemingskamer heeft in haar beschikking van 30 april 2018 het onderhoud buiten de onderzoeksovername gehouden. Niettemin heeft de onderzoeker hierover enige opmerkingen in het verslag gemaakt (hoofdstuk 4.3, randnummer 225 e.v.), nu de problematiek van het onderhoud zijns inziens licht kon werpen op deelaspecten van het onderhoud. In het verslag staat dat ten tijde van de verwerving van het vastgoed sprake was van achterstallig onderhoud, dat de initiatiefnemers van DeSeizoenen de rationale van de verwerving voor een deel hebben gebaseerd op toezeggingen over verbeteringen van het onderhoud, dat het onderhoud is achtergebleven bij de streefnorm die in het kader van de onderhandelingen met de banken is genoemd, dat de directie van DeSeizoenen erkent dat zij op dit punt samen

met Vastgoed DeSeizoenen een slag moet maken en dat in de visie van de onderzoeker een inhaal-slag te meer is aangewezen omdat het huidige tempo van de investeringen aanmerkelijk lager ligt dat het tempo dat aan de banken in verband met de verwerving is voorgehouden.

5.32. Nu het onderwerp van het onderhoud als zelfstandig onderwerp buiten het bestek van het onderhoud viel, leent de onderhavige procedure zich niet voor een oordeel daarover. De Ondernemingskamer merkt slechts op dat het onderhoud ook van groot belang is voor de woonkwaliteit van de bewoners (ook in de huurovereenkomsten zijn hierover afspraken gemaakt) en dat een structureel tekortschieten door Vastgoed DeSeizoenen om vaart te maken met de door de onderzoeker noodzakelijk geachte inhaalslag, zonder dat DeSeizoenen haar actief aan haar verplichtingen houdt, mogelijk alsnog gegronde redenen kan opleveren op dit punt aan een juist beleid en juiste gang van zaken van DeSeizoenen te twijfelen.

#### Slotsom

5.33. Zoals volgt uit onder 5.27 overwogen, is de Ondernemingskamer van oordeel dat de *governance* en besluitvorming van DeSeizoenen in de periode tot 25 februari 2014 blijk geven van wanbeleid.

5.34. De CCr heeft de Ondernemingskamer verzocht een aantal voorzieningen te treffen die er volgens haar toelichting in de eerste plaats op zijn gericht dat DeSeizoenen (en op termijn mogelijk een derde) alsnog de aandelen in Vastgoed DeSeizoenen verwerft. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat daarvoor echter geen aanleiding is.

5.35. Ook overigens ziet de Ondernemingskamer geen aanleiding voor het treffen van de door de CCr verzochte voorzieningen. Het geconstateerde wanbeleid betreft een afgesloten periode in het verleden. Zoals ook de onderzoeker constateert, heeft DeSeizoenen nadien stappen gemaakt op het gebied van de *governance* en zijn potentieel geconflieeerde bestuurders en commissarissen teruggetreden. De rol van [E] in de periode voor 25 februari 2014 moet in perspectief worden bezien en noopt thans niet tot zijn ontslag. Ook zijn de aanbevelingen van Houwing opgevolgd en worden stappen gezet de lening terug te betalen.

5.36. De Ondernemingskamer acht het treffen van voorzieningen, mede gelet hierop, niet opportuun. Dit leidt tot verdere onrust en onzekerheid en kan, mede in het licht van wat de lokale

cliëntenraden hebben laten weten, niet in het belang van DeSeizoenen worden geacht.

5.37. De Ondernemingskamer zal in het dictum tot uitdrukking brengen dat in de periode tot 25 februari 2014 is gebleken van wanbeleid van DeSeizoenen. Het verzoek van de CCr tot het treffen van voorzieningen zal worden afgewezen. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor een kostenveroordeling.

#### 6. De beslissing

De Ondernemingskamer:

stelt vast dat zich in de onderzoeksperiode tot 25 februari 2014 bij DeSeizoenen B.V. gevestigd te Oploo wanbeleid heeft voorgedaan, zoals omschreven in rechtsoverweging 5.27; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

#### NOOT

1. *Inleiding*. Zowel de onderzoeker als de OK vindt dat sprake is van tegenstrijdig belang. De onderzoeker kwalificeert het vervolgens niet als wanbeleid, maar de OK wél. Omdat het gaat over een afgesloten periode in het verleden (zie r.o. 5.35) volstaat zij met de enkele vaststelling dat er sprake was van wanbeleid. Zij treft geen voorzieningen.

2. *Enscenering*. De afgesloten periode betreft de doorstart van de failliete Stichting Zonnehuizen, een intramurale zorgaanbieder. Er wordt een zorgonderneming opgetuigd, waarbij een moeder (Zorg Groep) drie dochters krijgt: Vastgoed, DeSeizoenen en Care. DeSeizoenen is de zorgaanbieder en toegelaten instelling in de zin van de Wtzi; zij ontvangt financiering uit publieke middelen. DeSeizoenen huurt haar locaties en onderkomens van Vastgoed. Care verleent onder meer administratieve en ICT-diensten aan DeSeizoenen. De structuur als zodanig doorstaat de toets der kritiek (zie r.o. 3.22-3.25 van de eerste fase-beschikking OK 30 april 2018, «JOR» 2018/221, m.nt. Leijten), maar de totstandkoming ervan niet. Vastgoed kocht het vastgoed (met behulp van o.m. een door DeSeizoenen verstrekte achtergestelde lening), DeSeizoenen huurt vervolgens van Vastgoed en verstrekt een pandrecht op specifieke vorderingen. De huuropbrengsten belanden via de moeder van Vastgoed (Zorg Groep) bij de vier aandeelhouders. Ten tijde van de diverse onderhandelingen en stappen in het

besluitvormingsproces om tot een doorstart met deze vastgoed-constructie te komen, waren twee van de vier aandeelhouders tevens commissaris bij Vastgoed én DeSeizoenen. De andere twee aandeelhouders vormden meestentijds het bestuur van de moeder en van haar drie dochters. Voor de zorgsector is noemenswaardig dat de OK in r.o. 5.3 bevestigt dat de ondernemingsstructuur (juridisch) toelaatbaar is en geen wanbeleid oplevert. Het verbod op winstuitkering wordt niet omzeild.

3. *Tegenstrijdig belang.* Wanneer is sprake van een tegenstrijdig belang? Het is een feitelijk en geen normatief begrip, aldus Leijten in *Ondernemingsrecht* 2019/80, p. 429 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/221 sub e. De vaststelling of er een tegenstrijdigheid van belangen is, vindt plaats met inachtneming alle concrete omstandigheden van het geval van belang. Dit volgt uit Bruil/Kombex, later bevestigd in de wetgeschiedenis, zie resp. HR 29 juni 2007, «JOR» 2007/169 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3 (MvT), p. 12.

De omstandigheden in casu laten zich als volgt schetsen: DeSeizoenen komt voort uit een faillissement, was volgens de onderzoeker een huis in brand, is een zorginstelling met personen die afhankelijk van haar zijn, ontvangt publieke zorggelden, de OR was positief over de constructie en DeSeizoenen is gebonden aan de Governance Code Zorg (GCZ).

4. *Zorgcode.* DeSeizoenen is als zorginstelling gebonden aan de zorgcode. In de GCZ 2017 staan bepalingen over belangenverstremgeling en geldt dat de “schijn van” wordt vermeden (zie art. 2.6.1). Ten tijde van de onderhandelingen en het besluitvormingsproces was de Zorgbrede Governance Code 2010 (ZGC 2010) van kracht. De bepalingen over belangenverstremgeling voor bestuurders en commissarissen zijn strenger dan die uit 2017: “Elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling (...) wordt vermeden.” Zie art. 3.3.1 (bestuurder) resp. art. 4.5.1 (commissaris) ZGC 2010. Een bestuurder of commissaris mocht ex art. 3.2.6 / 4.3.4 ZGC 2010 overigens wel aandeelhouder in de zorgorganisatie zijn, zoals bij DeSeizoenen het geval was.

Hoe moet de omstandigheid dat sprake was van een voorgeschreven code, worden meegewogen? Kleuren de belangenverstremgeling-bepalingen het tegenstrijdig belang nader in? Dat is

niet het geval. De wet hanteert dwingendrechtelijk “direct of indirect persoonlijk belang.” Oprekking van dat begrip door een code met “schijn van” of “belangenverstremgeling” lukt niet. De code speelt wel een rol via de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Het is een weergave van breed gedragen opvattingen hoe degenen die bij de organisatie van een zorginstelling zoals DeSeizoenen zijn betrokken, zich moeten gedragen. De regels uit de code staan dus naast of bovenop de wettelijke tegenstrijdig belang-bepalingen.

5Dat wringt dus. In 2011, na de opmerking in de wetgeschiedenis over Bruil/Kombex, maar voor de inwerkingtreding van art. 2:239 lid 6 / 2:250 lid 5 BW, verduidelijkt de Hoge Raad in Van Welie/ME Beheer dat het gaat om de vraag of de bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang (...) niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Heeft de bestuurder te maken met zodanig onvereenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming? Zie HR 14 oktober 2011, «JOR» 2011/363, m.nt. Leijten, r.o. 3.5.2.

6. *Twee typen.* In zijn noot onder de eerste fase-beschikking van DeSeizoenen onderscheidt Leijten twee typen van tegenstrijdig belang: (i) een conflict tussen een belang en een plicht en (ii) een conflict tussen plichten. Zie «JOR» 2018/211 noot sub 10 en 11. In de literatuur is men het vervolgens niet eens of deze twee typen beiden onder de wettekst vallen. Zo leest De Jongh een conflict tussen plichten in het wettelijke woord “persoonlijk”; zie De Jongh, Oratie, *Ondernemingsrecht* 2019/68, p. 359-360. Maar Leijten vindt dat de wet enkel spreekt over een conflict tussen (persoonlijk) belang en plicht (de vennootschap te dienen). Hij heeft veel schrijvers aan zijn zijde, zie nt. 10 in De Jongh, a.w. Hoe graag ik de wettekst ook oprek, ik kan er niet meer van maken dan er staat. Een “puur kwalitatief” belang of “twee hoedanigheden” zorgt mijns inziens niet voor wettelijke tegenstrijdigheid. Idem de minister in *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6 (nv), p. 18. Ik kan mij wel voorstellen dat er al snel een fleem van persoonlijk belang hangt aan een kwalitatief belang. Dat

eerste belang moet vervolgens tegenstrijdig zijn aan het vennootschappelijk belang.

7. *Route OK*. De OK houdt zich verre van bovenstaande juridische haarkloverij en volgt haar eigen route in r.o. 5.15 e.v. Naast de wettelijke omschrijving van “tegenstrijdig belang” kan er sprake zijn van “belangenverstrengeling”. De vennootschap moet hierop bedacht zijn en zorgvuldigheid betrachten. Niet alleen op grond van art. 2:239 lid 6 BW, maar ook (en juist) op grond van art. 2:8 BW. In de gegeven omstandigheden “klemt” die zorgvuldigheid te meer, denk aan het zijn van een zorginstelling etc. En dan wijst de OK op de codebepalingen die de hoge mate van zorgvuldigheid weerspiegelen. Zij ziet (goed) dat de doorwerking via art. 2:8 BW loopt.

De twee bestuurders van DeSeizoenen hadden een persoonlijk tegenstrijdig belang want zij waren eveneens aandeelhouder in de moeder en daarmee indirect gerechtigd tot de huurprijzen. Aldus de OK in r.o. 5.16. Het is moeilijk met haar oneens te zijn. Daarnaast zaten de twee als bestuurders van Vastgoed tevens aan de overkant van de onderhandelingstafel. Omdat het niet een reguliere groep betreft en DeSeizoenen een winstuitkeringsverbod kent, is geen sprake van parallelle van belangen. Vastgoed en DeSeizoenen hadden ieder duidelijk een eigen agenda en doel; de bestuurders van DeSeizoenen daarmee een tegenstrijdig belang.

De OK vindt dat er een onafhankelijk bestuurder met tegenkracht had moeten worden aangesteld. Die onafhankelijk bestuurder eist de wet niet, maar hij sluit wel op de onthoudingsregel aan. De twee geconflieeerde bestuurders doen niet mee aan de beraadslaging en besluitvorming en de onafhankelijk bestuurder blijft over.

Soortgelijke routes staan in Staphorst Ontwikkeling (OK 31 augustus 2017, «JOR» 2018/41, m.nt. Leijten); Xeikon (OK 6 februari 2018, «JOR» 2018/94, m.nt. Josephus Jitta) en Intergamma (OK 22 december 2017, «JOR» 2018/210, m.nt. Bulten). De routes zijn te herleiden tot de weg die de OK in 1983 insloeg in Linders/Hofstee, OK 26 mei 1983, *NJ* 1984/81, m.nt. Ma. Het gaat steeds om een zorgvuldige wijze van belangenscheiding; om transparantie en openheid betrachten. De inschakeling van een onafhankelijke deskundige kan geboden zijn. Dit alles keert in DeSeizoenen terug.

8. *Commissarissen*. De commissarissen hadden de gebreken van de besmette bestuurders kun-

nen helen, indien zij zich tijdens de onderhandelingen en het besluitvormingsproces feitelijk als bestuurder hadden opgesteld. In r.o. 5.19 activeert de OK de tweetrapsraket uit art. 2:239 lid 6 BW: de bestuurders mochten niet meedoen, de commissarissen moesten het bestuursbesluit nemen. De OK vindt dat als blijkt dat de commissarissen inderdaad deden alsof ze zich naast het bestuur “als bestuur” opstelden, er feitelijk voldaan is aan de tegenstrijdig belang-regeling. Dit vraagt een actieve opstelling van de commissarissen, besmette en onafhankelijke. De twee commissarissen met een tegenstrijdig belang moeten dan wel weer zorgvuldig zijn en zich onthouden.

Maar ook dat gaat in casu mis. Er is onduidelijkheid over de naleving van de wettelijke regels, in plaats van die vereiste zorgvuldigheid en transparantie. Een onafhankelijke taxatie van de huurprijzen (vide Linders/Hofstee) ontbrak eveneens.

9. *Onafhankelijke commissarissen*. De onafhankelijke commissarissen krijgen in r.o. 5.23-5.26 een extra veeg uit de pan. Ik vat geparafraseerd de regels samen. (i) De onafhankelijke commissarissen moeten zich realiseren dat de bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, al zien de bestuurders dit zelf niet. (ii) De onafhankelijke commissarissen moeten handelen alsof die bestuurders het zelf wél zien. (iii) Eerstgenoemde moeten “als bestuurders” deelnemen aan het onderhandelings- en besluitvormingsproces. (iv) Van belang is dat zij hun oordeel steeds goed onderbouwen, bijvoorbeeld met een onafhankelijke taxatie of waardering door een deskundige. (v) Telkens moeten de onafhankelijke commissarissen kunnen laten zien dat zij het belang van de vennootschap goed bewaken. De trits uit Linders Hofstee – zorgvuldigheid, transparantie en onafhankelijke beoordeling van financiële verplichtingen die de vennootschap aangaat – is het mantra.

10. *Here to stay*. De onderzoeker zag dat er sprake was van een tegenstrijdig belang, maar woog de omstandigheden voor het oordeel “wanbeleid” anders dan de OK. In r.o. 5.27 schrijft zij dat een bv als DeSeizoenen moet waken voor potentiële vertroebeling met persoonlijke belangen van bij de organisatie betrokkenen. Van tegenstrijdig belang naar belangenverstrengeling naar potentiële vertroebeling. En naast onthouding van beraadslaging en besluitvorming (extra) zorgvuldigheid, transparantie en onafhankelijke deskundigen. De wettelijke regeling

van art. 2:239 lid 6 BW is de OK op alle fronten te eng. De redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, nader ingevuld met Linders/Hofstee, biedt de juiste ruimte. Daar kan ik van veel vinden, het stroomt niet over van rechtszekerheid. Zie mijn noot onder Intergamma, «JOR» 2018/210. Maar het is een feit: Linders/Hofstee is here to stay.

11. *Kwalificatie wanbeleid.* Zoals gezegd, komt de onderzoeker tot de conclusie dat een en ander niet kwalificeert als wanbeleid. Zie zijn verslag nr. 241, aangehaald door de OK in r.o. 3.1.6 in fine. Is het opmerkelijk dat een onderzoeker de kwalificatie die de wet aan de rechter laat, bezigt? Vaststaat dat de OK de beoordeling van de feiten door de onderzoeker niet hoeft te volgen, zie HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (*Cancun*), r.o. 4.4. De OK kan tot een ander oordeel over de onderzochte handelingen komen, wat zij in casu deed. Ging de onderzoeker in DeSeizoenen zijn boekje te buiten? Het antwoord is nee. Het onderzoeksverslag is gedagtekend op 21 december 2018. Toen golden de Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers, met in par. 4.5 de uitdrukkelijke vrijheid voor de onderzoeker om “desgewenst op dit punt [oordeel over wanbeleid, CB] zijn opvatting weer te geven.” Nadien is dit aangepast. De sinds juli 2019 geldende Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures kent een voorschrift over de kwalificatie wanbeleid. Deze Leidraad is vastgesteld door de OK zelf. In par. 7.5 bevestigt zij dat het oordeel wanbeleid aan haar is. Zij verwacht uitdrukkelijk geen kwalificaties van de onderzoeker in het juridische begrip “wanbeleid”.

12. *Tot slot.* Ik begreep dat er cassatie is ingesteld. Tevens zag ik dat de onrust voortduurt: op de agenda van de OK stond op 25 juni jl. een nieuw te behandelen enquêteverzoek van de centrale cliëntenraad. Wordt dus hoe dan ook vervolgd.

prof. mr. C.D.J. Bulten

## 172

### Wijziging of aanvulling onmiddellijke voorzieningen in enquêteprocedure

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

13 maart 2020, nr. 200.209.821/02 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:842

(mr. Tillema, mr. Wolfs, mr. Vetter, drs. Scheltema, Wind)

Noot mr. M.W. Josephus Jitta

**Enquêteprocedure. Verzoekster is ontvanke-  
lijk in verzoek tot aanpassing van ex art.  
2:356 BW getroffen voorzieningen en treffen  
van aanvullende onmiddellijke voorzienin-  
gen. Wijze van informatievervalsing aan  
door OK benoemde beheerder van aandelen.  
Omstandigheden en redelijkheid en  
billijkheid zijn bepalend voor termijn waarop  
beheerder informatie voorafgaand aan  
vergadering dient te ontvangen. Afwijzing  
van gevraagde aanvullende voorzieningen.**

[BW art. 2:356]

*Vooropgesteld wordt dat aanpassing van voorzie-  
ningen getroffen in het kader van een tweedefa-  
severzoek in beginsel mogelijk is zolang de ge-  
troffen voorzieningen nog niet zijn geëindigd.  
Tevens kunnen gedurende diezelfde periode on-  
middellijke voorzieningen in de zin van art. 2:349a  
BW (immers: “in elke stand van het geding”) worden  
verzocht zonder dat daarvoor een nieuw  
enquêteverzoek nodig is. [A] is daarom ontvanke-  
lijk in haar verzoek.*

*Aan een verzoek tot wijziging of aanvulling van op  
de voet van art. 2:356 BW getroffen voorzieningen  
kan niet ten grondslag worden gelegd dat zich in  
de periode nadat die voorzieningen zijn getroffen  
nieuwe gegronde redenen hebben voorgedaan  
om aan een juist beleid te twijfelen. Wel kan daar-  
aan ten grondslag worden gelegd dat de getrof-  
fen voorzieningen ontoereikend zijn gebleken om  
aan het vastgestelde wanbeleid een einde te ma-  
ken en dat de verzochte voorzieningen dat doel  
wel wezenlijk naderbij brengen.*