

**JIN 2012/37, Gerechtshof Amsterdam, 10-11-2011, BU4200,
200.092.267/01 (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
Datum uitspraak: 10-11-2011
Publicatie: JIN 2012/37 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 2, 2012
Annotator: <ul style="list-style-type: none">• M.C. van Rijswijk
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BU4200
Zaaknummer: 200.092.267/01
LJN: LJN:BU4200
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• JAR 2012/8• ARO 2011/173• RO 2012/9• JONDR 2011/501• RAR 2012/26• TRA 2012/20 met annotatie van I. Zaal• ROR 2011/26 met annotatie van R.H. van het Kaar• AR-Updates.nl 2011-0945• OR-Updates.nl 2011-112023
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none">• mr. Ingelse• mr. Faase• mr. Makkink• Bunt• drs. Baart RA
Partijen: De Ondernemingsraad Van De Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland, gevestigd te Franeker, verzoeker, advocaat: mr. A. Woertman, kantoorhoudende te Beetsterzwaag, tegen de stichting Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland, gevestigd te Franeker, verweerster, advocaat: mr. M.J. Ubbens, kantoorhoudende te Groningen.

Regelgeving:

- [BW Boek 2 - 18](#)
- [BW Boek 2 - 356](#)

Inhoudsindicatie

Omzetting stichting in een BV, Besluitvorming

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

De ondernemingskamer oordeelt dat de stichting bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het omzettingsbesluit had kunnen komen. De ondernemingskamer verklaart het beroep gegrond en wijst de verzochte voorzieningen toe.

De Ondernemingskamer stelt voorop dat het de stichting in beginsel vrijstaat om gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheid zichzelf om te zetten in een besloten vennootschap. Voorts kan niet worden geoordeeld dat een besloten vennootschap niet een geschikte rechtsvorm is voor de door de stichting gedreven onderneming. Op grond hiervan en gelet op de door de ondernemingsraad aangevoerde argumenten voor handhaving van de stichting als rechtsvorm van de onderneming, kan niet gezegd worden dat het bestuur van de stichting in redelijkheid niet anders had kunnen besluiten dan tot handhaving van de huidige rechtsvorm. Omzetting van de stichting in een besloten vennootschap heeft echter een aantal consequenties waarvoor de stichting, gelet op het omzettingsbesluit, naar het oordeel van de Ondernemingskamer, onvoldoende aandacht heeft gehad. Art. 2:18 lid 6 BW houdt in dat na omzetting van een stichting uit de statuten moet blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan vóór de omzetting was voorgeschreven. Deze wettelijke bepaling beoogt een waarborg te bieden dat het eigen vermogen van de omgezette stichting niet ongeoorloofd door de nieuwe rechtspersoon wordt uitgekeerd of wordt besteed op een andere wijze dan in overeenstemming is met de statuten van de omgezette stichting. Gelet op deze beschermingsfunctie dient onder vermogen in dit verband het saldo van de activa en passiva te worden begrepen

(vergelijk HR 21 januari 2011, NJ 2011, 352, r.o. 3.3.4). Weliswaar komt de omvang van het bekleemde vermogen aan de orde bij de rechter die bevoegd is de machtiging als bedoeld in art. 2:18 lid 4 BW te verlenen – dat is niet de Ondernemingskamer – maar dat doet niet af aan de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om in het kader van de onderhavige procedure te beoordelen of het besluit toereikend is gemotiveerd, ook voor wat betreft (de omvang van) het bekleemde vermogen. De Ondernemingskamer is van oordeel, dat de stichting bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het omzettingsbesluit had kunnen komen. Het beroep is gegrond en de Ondernemingskamer zal de primair verzochte voorzieningen toewijzen.

Uitspraak

Hof:

1. Het verloop van het geding

1.1 Verzoeker zal hierna worden aangeduid als de ondernemingsraad en verweerster als de stichting.

1.2 Bij verzoekschrift met producties, ingekomen ter griffie van de Ondernemingskamer op 17 augustus 2011, heeft de ondernemingsraad beroep ingesteld tegen het besluit van de stichting van 27 juli 2011 “tot omzetting van de stichting in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en tot aanpassing van de statuten, zulks conform het concept van de akte van omzetting opgemaakt door Trip Advocaten & Notarissen, vestiging Groningen, sectie notariaat”, hierna te noemen het omzettingsbesluit. De ondernemingsraad heeft de Ondernemingskamer verzocht om, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, te verklaren dat de stichting bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het omzettingsbesluit en de navolgende voorzieningen te treffen:

primair, de stichting de verplichting op te leggen om het omzettingsbesluit in te trekken, alsmede de gevolgen van het omzettingsbesluit ongedaan te maken en de stichting te verbieden om handelingen te (doen) verrichten ter uitvoering van het omzettingsbesluit, en

subsidiar, elke andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer in goede justitie vermeent te behoren,

met veroordeling van de stichting in de kosten van de procedure.

1.3 De stichting heeft bij op 29 september 2011 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht de door de ondernemingsraad gevraagde voorzieningen te weigeren, “kosten rechtens”.

1.4 De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 13 oktober 2011, alwaar mr. Woertman en mr. Ubbens de standpunten van respectievelijk de ondernemingsraad en de stichting nader hebben toegelicht, ieder aan de hand van – aan de Ondernemingskamer overgelegde – pleitnotities. Partijen hebben op vragen van de Ondernemingskamer nadere inlichtingen verschaft.

2. De feiten

2.1 De stichting is op 20 december 1985 opgericht en draagt sinds een wijziging van haar statuten op 21 maart 1991 haar huidige naam. De stichting stelt zich kort gezegd ten doel kinderopvang aan te bieden. De stichting exploiteert kinderdagverblijven en peuterspeelzalen en verzorgt buitenschoolse en tussenschoolse opvang en gastouderopvang in de regio Noord-West Friesland. In 2010 bedroeg de omzet € 10.855.000,= en het resultaat na belastingen € 431.000,=. In 2009 bedroeg de omzet € 10.037.000,= en het resultaat na belastingen € 1.691.000,=. Het eigen vermogen van de Stichting bedraagt per ultimo 2010 € 7.291.000,= (€ 6.860.000,= per ultimo 2009). De stichting heeft thans 320 medewerkers in vaste dienst en daarnaast zijn 390 overblijfskrachten en 293 gastouders via de stichting actief. Sinds 2007 is de stichting onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting.

2.2 Het bestuur van de Stichting is onbezoldigd en bestaat uit M.S. Eerligh (voorzitter), I. Attema (penningmeester), H.H.J. Holtkamp en W.M.A.A. Zuidema-Haans. J.C. van den Akker is sinds 1991 directeur van de stichting en heeft de dagelijkse leiding over de onderneming. Zij wordt daarin vanaf 1998 bijgestaan door E.T. Bootsma.

2.3 Op 4 juli 2010 heeft de ondernemingsraad een op 30 juni 2010 gedateerde adviesaanvraag ontvangen over het voornemen van het bestuur van de stichting om de rechtsvorm van de stichting door middel van omzetting te wijzigen in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Nadat over deze adviesaanvraag met de ondernemingsraad overleg was gevoerd, maar voordat de ondernemingsraad

daarover advies had uitgebracht, heeft de stichting op 29 november 2010 besloten tot omzetting van de stichting in een besloten vennootschap en heeft de stichting daags nadien een verzoekschrift op de voet van artikel 2:18 lid 5 BW ingediend bij de rechtbank te Leeuwarden.

2.4 Nadat de ondernemingsraad op 17 januari 2011 bij de Ondernemingskamer tegen het besluit van 29 november 2010 beroep had ingesteld, hebben adviseurs van het bestuur van de stichting enerzijds en adviseurs van de ondernemingsraad anderzijds in februari 2011 overleg gevoerd over de door het bestuur beoogde omzetting, in het bijzonder over de omvang van het bekleemde vermogen en de wijze waarop het toezicht op het bekleemde vermogen kan worden vormgegeven. De ondernemingsraad heeft niet ingestemd met het tussen de adviseurs bereikte onderhandelingsresultaat. De stichting heeft haar besluit van 29 november 2010 en haar verzoek aan de rechtbank te Leeuwarden ingetrokken, waarna de ondernemingsraad zijn beroep van 17 januari 2011 bij de Ondernemingskamer heeft ingetrokken.

2.5 De stichting heeft op 17 juni 2011 aan de ondernemingsraad opnieuw advies gevraagd over haar voornemen om de stichting om te zetten in een besloten vennootschap. De adviesaanvraag houdt onder meer in:

“(…) het bestuur [kan] (...) gelet op de enorme groei die de onderneming met name onder leiding van de huidige directie heeft doorgemaakt, de facto geen eindverantwoordelijkheid meer (...) dragen als ultiem leidinggevende, zoals het bestuur in de stichtingsvorm is. Het bestuur is van oordeel dat de eindverantwoordelijkheid moet worden gedragen door degenen die de facto de onderneming – en zeer succesvol overigens – leiden, te weten de huidige directie. (...) Het in de huidige stichtingsvorm instellen van een bezoldigd bestuur dat – de facto – dan toezicht zou houden op de directie, is naar het oordeel van het bestuur niet de geëigende juridische aanpassing die hoort bij de huidige grote commerciële onderneming. Het omzetten van de huidige stichtingsvorm naar een commerciële vorm als een besloten vennootschap ligt het meest in de rede. Een belangrijk gegeven hierbij is uiteraard dat het bestuur, gelet op de prestaties die door de directie in de afgelopen jaren constant zijn geleverd, ervan overtuigd is dat het ook in juridische zin toevertrouwen van de eindverantwoordelijkheid aan de directie een voor de continuïteit van de onderneming verstandige zo niet noodzakelijke beslissing is. (...) Het bestuur heeft een aantal mogelijkheden onderzocht en is tot de conclusie gekomen dat slechts één model in aanmerking komt om de structuur te wijzigen, nl. dat de stichting wordt omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. (...)

Het is de bedoeling de stichting (...) om te zetten in een BV waarvan de directie indirect enig aandeelhouder wordt. Indirect betekent dit dat de dames Van den Akker en Bootsma ieder hun eigen BV oprichten welke BV's ieder voor 50% aandeelhouder worden van de Kinderopvang BV, de voormalige stichting. Voor de oprichting van deze BV's moeten de dames zelf het aandelenkapitaal uit eigen middelen op tafel leggen. Zij mogen daarvoor het vermogen van de stichting niet gebruiken en krijgen dus niets. (...)

Ter informatie treft u als bijlage de conceptstatuten van de BV aan. (...)

- Zolang er sprake is van beklemd vermogen, zal er sprake zijn van een Raad van Commissarissen bestaande uit drie personen, welke niet door de algemene vergadering van aandeelhouders zal worden opgeheven en niet van omvang zal veranderen. (...);
- een van de drie commissarissen zal worden benoemd op basis van een voordracht door de OR (...);
- de Raad van Commissarissen heeft zijn goedkeuring te verlenen aan het benoemen van de externe accountant van de vennootschap, zulks uiteraard in verband met diens controleplicht op de staat van het beklemd vermogen. In de statuten zal tevens worden opgenomen dat de externe accountant van de vennootschap halfjaarlijks aan het bestuur, de Raad van Commissarissen en de ondernemingsraad rapporteert over de status van beklemd vermogen;
- de Raad van Commissarissen heeft zijn goedkeuring te verlenen voor dividenduitkeringen; (...)

(...)

Het bestuur is bereid het beklemd vermogen te fixeren op een bedrag van 10 miljoen euro, mits het daaraan toe te rekenen rendement in beginsel op nihil zal worden bepaald. Zoals in het voorjaar van 2011 al in het informeel overleg met de externe adviseurs van de ondernemingsraad is aangegeven, wil het bestuur een – in zijn ogen onnodige – discussie over een al dan niet noodzakelijke afwaardering van het vastgoed van de stichting met enige miljoenen euro's vermijden. Aldus is sprake van een zeer substantieel bedrag aan goodwill waarmee het beklemd vermogen wordt vergroot. Het toerekenen van enig rendement op dit hoge beklemd vermogen zou ertoe leiden dat het resultaat van de onderneming wordt verlaagd en de goodwill bedrijfseconomisch geen grondslag heeft. (...)"

2.6 De adviesaanvraag is besproken in een overlegvergadering van 7 juli 2011. Op 25 juli 2011 heeft de ondernemingsraad geadviseerd “niet over te gaan tot de voorgenomen omzetting”. Het advies houdt onder meer het volgende in:

“Primair (...) De OR was en is van mening dat handhaving van de stichtingsvorm uitdrukkelijk de voorkeur verdient. Binnen een stichting zijn de belangen van het personeel alsmede de kwaliteit van de kinderopvang als pedagogisch maatschappelijke voorziening naar het oordeel van de OR het best gewaarborgd. Immers, in dat geval is er een bestuur dat zonder (de schijn van) eigenbelang beslist over de bestemming van het vermogen (...). Bij een BV zal er, ondanks alle kaders, toezicht en reglementen, altijd sprake zijn van een mogelijke belangenverstrengeling. (...)

De OR stelt vast dat er geen enkele noodzaak is voor een omzetting. (...) De OR ziet als beste organisatorische wijziging een structuur, waarbij het dagelijks bestuur wordt gevoerd door (een) directeur(en)/bestuurder(s), met een bezoldigde en professionele raad van toezicht. (...) De OR is van mening dat het bestuur in de Adviesaanvraag wederom onvoldoende heeft onderbouwd waarom omzetting de enige, dan wel de beste optie is. (...)

Subsidiair (...) De OR is van mening dat het bestuur onvoldoende heeft onderbouwd waarom er gekozen is voor deze twee beoogde aandeelhouders/directeuren, en niet voor alleen maar mevrouw Van den Akker. (...)

In de voorgenomen omzetting worden de facto (...) slechts twee (...) medewerkers beloond. De OR vindt dat bij een eventuele omzetting toekomstige winsten voor een substantieel deel geïnvesteerd zouden moeten worden in het personeel en onderhoud van de gebouwen, waarmee dan alle medewerkers beloond worden. (...)

(...) [B]ij (...) omzetting (...) heeft de Stichting maar hebben (...) ook haar werknemers, er belang bij dat (...) een zo hoog mogelijk bedrag als beklemd vermogen wordt aangemerkt. In het besluit van het bestuur komt dit belang niet uit de verf; integendeel, het bestuur heeft al uitdrukkelijk te kennen gegeven juist mevrouw Van den Akker te willen belonen middels de onderhavige omzetting. Overigens blijkt dit naar de mening van de OR ook wel uit het feit dat er in de omzettingsbalans bij het verzoekschrift van 30 november 2010 sprake is van een (beklemd) vermogen van € 4.538.000,= en er bij de Adviesaanvraag wordt uitgegaan van een (beklemd) vermogen van € 10.000.000,=. Het had alleen al gelet op dit grote verschil op de weg van het bestuur gelegen om een onafhankelijke deskundige in te schakelen, teneinde een onafhankelijke en deugdelijke waardering te doen opmaken. Daarbij behoort naar

de mening van de OR dan ook het onroerend [goed] getaxeerd te worden op basis van vrije verkoopwaarde. Een onafhankelijke waardering van het vermogen, door bij voorkeur een register valuator, heeft niet plaatsgevonden en dient (...) alsnog te volgen. Daarbij merkt de OR nog op dat er tussen de adviseurs van de OR en de Stichting weliswaar in februari 2011 gesproken is over een bedrag van € 10.000.000,=, maar dat dit enerzijds was op basis van de op dat moment bekende, aanmerkelijk lagere balansposten en anderzijds dat dit bedrag is besproken in het kader van een mogelijke minnelijke regeling, waaraan uiteraard geen rechten ontleend kunnen worden.

(...) Om te voorkomen dat de aandelen, om welke reden en door welke oorzaak dan ook, binnen afzienbare tijd aan derden worden overgedragen, is de OR van mening dat als zekerheid bij de omzetting een verbod van vervreemding van de aandelen, een zogeheten Lock Up, voor een bepaalde tijd opgelegd zou moeten worden. (...)

2.7 Bij brief van 28 juli 2011 heeft de Stichting het omzettingsbesluit van 27 juli 2011 aan de ondernemingsraad toegezonden. Deze brief houdt onder meer in:

“(...) de belangen van het personeel (zijn) binnen een Stichting en binnen een BV in dezelfde mate gewaarborgd. Hetzelfde geldt voor de kwaliteit van de kinderopvang als pedagogisch maatschappelijke voorziening. Bestuur en aandeelhouders hebben er immers alle belang bij dat de kwaliteit van de kinderopvang gehandhaafd wordt, omdat dat de dienst is die de onderneming aanbiedt.

U maakt zich (...) zorgen over mogelijke belangenverstremming. Het belang van het bestuur en de aandeelhouders is gelijk aan dat van de onderneming en het personeel, namelijk de continuïteit van een in alle opzichten gezonde organisatie.

(...) De toegevoegde waarde van de rechtsvorm van een BV, is dat deze rechtsvorm het beste uiting geeft aan het ondernemerschap van de directie en tevens zorgt voor binding en continuïteit. (...)

De hoogte van het beklemd vermogen is tot stand gekomen in overleg met uw adviseurs. Met opzet is een ruime marge genomen en is het beklemd vermogen op € 10.000.000,= bepaald. (...) Naar uw mening hoort het onroerend goed getaxeerd te worden op basis van vrije verkoopwaarde. (...) Aan de ene kant zijn er panden met een lage boekwaarde die wellicht een hogere verkoopwaarde hebben. Aan de andere kant is er sprake van huisvesting met een hoge investering die een aanmerkelijke lagere werkelijke waarde hebben, omdat ze zijn opgenomen in een multifunctioneel pand. Het bestuur heeft deze afwijking in de waardering ondervangen door een ruime

marge te nemen in het beklemd vermogen en dat te bepalen op € 10.000.000,=.

(...) Het bestuur heeft er geen bezwaar tegen wanneer een zogeheten lock-up voor een bepaalde tijd opgelegd zal worden. Ook de toekomstige aandeelhouders hebben aangegeven hier geen bezwaar tegen te hebben aangezien zij (...) niet van plan zijn de aandelen binnen afzienbare termijn te verkopen.”

3. De gronden van de beslissing

3.1 De ondernemingsraad heeft kort gezegd het volgende aangevoerd:

a. De rechtsvorm stichting verdient de voorkeur omdat daarbinnen de belangen van het personeel en de kwaliteit van de kinderopvang het best zijn gewaarborgd, terwijl binnen een besloten vennootschap altijd sprake zal zijn van een mogelijke belangenverstrengeling tussen het bestuur en de vennootschap over de bestemming van het vermogen.

b. Er is geen overwegend argument om het ideële karakter van de organisatie te wijzigen. Wel is er aanleiding om de organisatie te wijzigen en te voorzien in een adequate structuur bestaande uit een goede directie met daarnaast een goed gereguleerde, bezoldigde en professionele raad van toezicht.

c. In de adviesaanvraag en in het besluit is onvoldoende gemotiveerd waarom omzetting van de stichting in een besloten vennootschap de enige of beste optie is. Naast de door de ondernemingsraad genoemde mogelijkheid van een professionele en bezoldigde raad van toezicht, had het bestuur ook alternatieve mogelijkheden als een fusie of een minder vergaande aansluiting bij bestaande stichtingsvormen in zijn besluitvorming moeten betrekken.

d. Mede in het licht van de door het bestuur van de stichting uitgesproken wens om Van den Akker te belonen door het omzettingsbesluit, had het op de weg van de Stichting gelegen om een onafhankelijke deskundige in te schakelen teneinde het vermogen van de stichting deugdelijk te waarderen, waarbij het onroerend goed getaxeerd dient te worden op basis van vrije verkoopwaarde. Het bestuur van de stichting heeft in plaats daarvan het beklemd vermogen “met de natte vinger” vastgesteld op € 10 miljoen.

e. Het is onduidelijk waarom het bestuur besloten heeft dat Van den Akker en Bootsma de (indirecte) aandeelhouders van de besloten vennootschap worden. Dit zou ertoe kunnen leiden dat, ingeval van het onverhoopt wegvallen van Van den

Akker, Bootsma de enige directeur (en enig aandeelhouder) wordt, hetgeen de ondernemingsraad niet in het belang acht van de onderneming en het personeel.

f. De groei van de onderneming is aan de inzet van alle medewerkers gezamenlijk te danken, hoewel door de omzetting feitelijk slechts twee van die medewerkers (Van den Akker en Bootsma) worden beloond. In plaats daarvan zouden bij een eventuele omzetting toekomstige winsten voor een substantieel deel geïnvesteerd moeten worden in (de arbeidsvoorwaarden voor) het personeel (scholing, naleving cao) en in het onderhoud van de gebouwen.

g. Het bestuur heeft te kennen gegeven dat hij en de beoogde aandeelhouders instemmen met een lock up, maar het bestuur heeft niet duidelijk gemaakt dat het een lock up zal opleggen en evenmin wat de inhoud van die regeling zal zijn.

3.2 De stichting heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Waar nodig zal de Ondernemingskamer hieronder op dit verweer ingaan.

3.3 De Ondernemingskamer stelt voorop dat het de stichting in beginsel vrijstaat om gebruik te maken van de wettelijke mogelijkheid zichzelf om te zetten in een besloten vennootschap. Voorts kan niet worden geoordeeld dat een besloten vennootschap niet een geschikte rechtsvorm is voor de door de stichting gedreven onderneming. Op grond hiervan en gelet op de door de ondernemingsraad aangevoerde argumenten voor handhaving van de stichting als rechtsvorm van de onderneming, kan niet gezegd worden dat het bestuur van de stichting in redelijkheid niet anders had kunnen besluiten dan tot handhaving van de huidige rechtsvorm.

3.4 Omzetting van de stichting in een besloten vennootschap heeft echter een aantal consequenties waarvoor de stichting, gelet op het omzettingsbesluit, naar het oordeel van de Ondernemingskamer, onvoldoende aandacht heeft gehad.

3.5 Artikel 2:18 lid 6 BW houdt in dat na omzetting van een stichting uit de statuten moet blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan vóór de omzetting was voorgeschreven. Deze wettelijke bepaling beoogt een waarborg te bieden dat het eigen vermogen van de omgezette stichting niet ongeoorloofd door de nieuwe rechtspersoon wordt uitgekeerd of wordt besteed op een andere wijze dan in overeenstemming is met de statuten van de omgezette stichting. Gelet op deze beschermingsfunctie dient onder vermogen in dit verband het saldo van de activa en passiva te worden begrepen (vergelijk HR 21 januari 2011, NJ 2011, 352, r.o. 3.3.4). Weliswaar komt de de omvang van het bekleemde vermogen aan de orde bij de

rechter die bevoegd is de machtiging als bedoeld in artikel 2:18 lid 4 BW te verlenen – dat is niet de Ondernemingskamer – maar dat doet niet af aan de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om in het kader van de onderhavige procedure te beoordelen of het besluit toereikend is gemotiveerd, ook voor wat betreft (de omvang van) het bekleemde vermogen.

3.6 In het licht van de geschetste wettelijke regeling heeft het bestuur van de stichting, met de toelichting vervat in de adviesaanvraag van 17 juni 2011 en zijn brief van 28 juli 2011, zijn beslissing om het bekleemde vermogen vast te stellen op € 10 miljoen en het daaraan toe te rekenen rendement op nihil te bepalen, naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende gemotiveerd. De wettelijke regeling heeft immers betrekking op het werkelijke vermogen van de omgezette stichting en het is zonder nadere toelichting niet aannemelijk dat het bedrag van € 10 miljoen, dat onderdeel uitmaakt van een in februari 2011 tussen adviseurs van de stichting en adviseurs van de ondernemingsraad bereikt onderhandelingsresultaat, gelijk is aan het werkelijke vermogen van de stichting. Bij verweerschrift heeft de stichting terzake nader gesteld dat in februari 2011 in de visie van de adviseurs van de betrokken partijen ter bepaling van het eigen vermogen van de stichting (en dus ook van het bekleemde vermogen) slechts aan een tweetal balansposten aandacht diende te worden besteed, namelijk aan de waarde van het vastgoed van de stichting en aan de goodwill ter zake van de winstcapaciteit van haar onderneming. Zij heeft vervolgens, onder verwijzing naar pagina 16 van het jaarbericht 2009 van de stichting, aangevoerd dat er aanleiding kan zijn om het in de jaarrekening 2009 zichtbare eigen vermogen van de stichting van € 6.860.000,= te waarderen op een bedrag dat ruim € 3,5 miljoen lager ligt in verband met een “bijzondere waardevermindering” uit hoofde van “verplichtingen aangegaan tot, dan wel (...) toezeggingen tot het doen van als zodanig niet rendabele strategische investeringen” in (deels nog te bouwen) onroerend goed dat bij de stichting in gebruik is (en, naar de Ondernemingskamer begrijpt, bij haar in eigendom is of door haar wordt gehuurd). Bij de waardering van de goodwill moet in aanmerking worden genomen dat de verdien capaciteit van de onderneming specifiek gebonden is aan de personen van Van den Akker en Bootsma en in het algemeen afhankelijk is van het wisselvallige overheidsbeleid ten aanzien van kinderopvang, aldus de stichting. Gelet hierop en op de informatie die tevoren al beschikbaar was voor de deskundige adviseurs van de ondernemingsraad heeft de stichting, naar zij stelt, de omvang van het bekleemde vermogen van € 10 miljoen voldoende gemotiveerd. De exacte omvang van het bekleemde vermogen zal overigens in de bij de rechtbank te Leeuwarden te voeren procedure worden vastgesteld, zo betoogt de stichting tot slot in dit verband. Wat hiervan zij, naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft de stichting aldus niet

voldoende toegelicht, laat staan toereikend beredeneerd dat het bekleemde vermogen inderdaad € 10 miljoen zou bedragen. Noch voor de ondernemingsraad, noch voor de Ondernemingskamer valt immers na te gaan, bijvoorbeeld, welke waarden aan welke activa en passiva zijn toegekend, of en tot welk bedrag aan (niet-persoonsgebonden) goodwill is ingecalculeerd en of en op welke wijze rekening is gehouden met niet uit de balans blijvende rechten en verplichtingen. Zonder nadere toelichting kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat het saldo van niet gecontroleerde verminderingen en vermeerderingen resulteert in een waarde die niet hoger uitkomt dan € 10 miljoen.

3.7 De stichting heeft voorts onvoldoende toegelicht hoe de beslissing om geen rendement aan het bekleemde vermogen toe te rekenen, ofwel dit rendement “op nihil” te stellen, te verenigen is met artikel 2:18 lid 6 BW dat inhoudt dat de beperking van de besteding van het vermogen van de in een besloten vennootschap omgezette stichting ook betrekking heeft op de vruchten van het bekleemde vermogen van die omgezette stichting. In dit verband merkt de Ondernemingskamer op dat (overeenkomstig de wettelijke regeling) artikel 26 van de statuten opgenomen in de (concept) akte houdende omzetting van de stichting in Kinderopvang Friesland BV (welke akte was gevoegd bij de adviesaanvraag van 17 juni 2011) kort gezegd inhoudt dat het vermogen van de stichting, alsmede de vruchten daarvan, zullen moeten worden besteed overeenkomstig de statutaire doelstelling van de stichting. Aldus bestaat er een discrepantie tussen het (voorgenomen) omzettingsbesluit en de conceptstatuten. Die discrepantie wordt niet weggenomen door het bij gelegenheid van de mondelinge behandeling geuite standpunt van de stichting dat een “symbolisch rendement” als vrucht van het bekleemde vermogen toelaatbaar is nu immers in het genoemde artikel 26 niet van (de mogelijkheid van het toerekenen van) “symbolische vruchten” – ter onderscheiding van werkelijke vruchten – wordt gerept. Daar komt bij dat de stichting geen inzicht heeft verschaft in enerzijds het eigen vermogen ten tijde van de omzetting en anderzijds de gekapitaliseerde toekomstige vruchten daarvan. Door dat na te laten heeft zij haar besluit jegens de ondernemingsraad onvoldoende gemotiveerd.

3.8 In zijn advies van 25 juli 2011 heeft de ondernemingsraad te kennen gegeven dat een regeling moet worden getroffen om te voorkomen dat de aandeelhouders binnen afzienbare tijd na de omzetting haar aandelen aan derden verkopen. In de brief van 28 juli 2011 wordt daarover slechts opgemerkt dat het bestuur en de toekomstige aandeelhouders geen bezwaar hebben tegen zodanige regeling. Ook indien die mededeling aldus moet worden begrepen dat het omzettingsbesluit mede strekt tot het treffen van een regeling ter beperking van de overdraagbaarheid van de

aandelen, heeft het bestuur daarmee onvoldoende inzicht gegeven in de inhoud van die te treffen regeling. Pas bij verweerschrift, en dus niet tijdig, heeft de stichting gesteld dat bij omzetting zal worden overeengekomen dat gedurende de eerste vijf jaar na omzetting de aandelen van de vennootschap niet aan derden zullen worden vervreemd.

3.9 In de adviesaanvraag van 17 juni 2010 schrijft de stichting dat wijziging van de bestaande juridische structuur noodzakelijk is omdat het huidige onbezoldigde bestuur feitelijk geen eindverantwoordelijkheid meer kan dragen voor de onderneming. Dit laatste wordt ook door de ondernemingsraad onderkend. In het licht van de hierboven onder 3.5 tot en met 3.8 besproken kwesties dient de vraag zich aan waarom de stichting heeft besloten tot omzetting in een besloten vennootschap en niet tot een minder ingrijpende wijziging van de structuur, bijvoorbeeld door instelling van een professionele, bezoldigde raad van toezicht. Dat zou immers ook een oplossing kunnen bieden voor het hier door de stichting gesignaleerde probleem waarbij, gelijk de ondernemingsraad heeft gesteld, de Code Governance Kinderopvang voldoende en adequate aanknopingspunten biedt om de juridische structuur van de stichting dienovereenkomstig in te richten. Het bestuur van de stichting heeft in dit verband gesteld dat “het ook in juridische zin toevertrouwen van de eindverantwoordelijkheid aan de directie een voor de continuïteit van de onderneming verstandige, zo niet noodzakelijke beslissing is” (adviesaanvraag van 17 juni 2011) en dat “[d]e toegevoegde waarde van de rechtsvorm van een BV, is dat deze rechtsvorm het beste uiting geeft aan het ondernemerschap van de directie en tevens zorgt voor binding en continuïteit” (brief van 28 juli 2011). Daarmee biedt het bestuur naar het oordeel van de Ondernemingskamer echter onvoldoende inzicht in zijn beweegredenen voor het omzettingsbesluit, mede omdat de stichting bij verweerschrift heeft aangevoerd dat de huidige directie “kans (heeft) gezien de onderneming op een volledig commerciële grondslag te runnen, met behoorlijke resultaten als gevolg” en bij de mondelinge behandeling naar voren heeft gebracht dat sprake is van een zeer gezonde, goed geleide, winstbeogende organisatie die goed gedijt in een onrustige markt. Daaruit concludeert de Ondernemingskamer dat de huidige rechtsvorm in de ogen van het bestuur van de stichting geen beletsel heeft gevormd en vormt voor groei en bloei van de onderneming. Daarbij komt dat de opvatting van het bestuur van de stichting dat “[h]et belang van het bestuur en de aandeelhouders [van de besloten vennootschap] (...) gelijk (is) aan dat van de onderneming en het personeel, namelijk de continuïteit van een in alle opzichten gezonde organisatie” (de brief van 28 juli 2011), naar het oordeel van de Ondernemingskamer miskent dat, na omzetting van de stichting in een besloten vennootschap, de belangen van de aandeelhouders en de belangen van de

werknemers in de regel – juist – niet samenvallen. Klaarblijkelijk heeft de stichting zich van deze ‘natuurlijke’ belangentegenstelling en de mogelijk daaruit voortvloeiende problematiek geen rekenschap gegeven. Het voorgaande betekent niet, dat de omzetting in een besloten vennootschap geen goede oplossing voor de geschetste problemen zou opleveren, maar slechts dat de stichting haar keuze tussen de mogelijke alternatieven gelet op het uitgebrachte advies niet behoorlijk heeft gemotiveerd.

3.10 Uit het voorgaande volgt dat de hierboven onder 3.1 sub c, d en g weergegeven bezwaren van de ondernemingsraad gegrond zijn. De ondernemingskamer is op die grond van oordeel, dat de stichting bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het omzettingsbesluit had kunnen komen. Het beroep is gegrond en de Ondernemingskamer zal de primair verzochte voorzieningen toewijzen. De Ondernemingskamer zal de stichting als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten aan de zijde van de ondernemingsraad.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verklaart voor recht dat de stichting Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland, gevestigd te Franeker, bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit van 27 juli 2011 tot omzetting van de stichting in een besloten vennootschap;

legt aan de stichting Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland de verplichting op om het besluit van 27 juli 2011 tot omzetting van de stichting in een besloten vennootschap in te trekken, alsmede om alle gevolgen van het besluit ongedaan te maken;

verbiedt de stichting Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland om handelingen te (doen) verrichten ter (verdere) uitvoering van dat besluit of van onderdelen daarvan;

veroordeelt de stichting Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland in kosten van de procedure aan de zijde van de ondernemingsraad, tot op heden begroot op € 3322,=;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

In deze zaak beoordeelt de Ondernemingskamer (OK) of een besluit tot omzetting van een stichting in een BV de toets van art. 26 lid 4 WOR kan doorstaan. De OK toetst of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen al dan niet in redelijkheid tot zijn besluit tot omzetting had kunnen komen (art. 26 lid 4 WOR). Art. 2:18 BW schrijft voor de omzetting van de stichting in een andere rechtsvorm al een gerechtelijke procedure voor met een aantal waarborgen. Zo is voor de omzetting een rechtelijke machtiging vereist (art. 2:18 lid 4 BW) en anders dan na wederom rechtelijke machtiging blijven het vermogen van de stichting en de vruchten daarvan 'beklemd' (art. 2:18 lid 6 BW). Interessant is dat de OK al in de art. 26 WOR-procedure oordeelt dat (de motivering van) het omzettingsbesluit met name wat betreft het bepaalde bekleemde vermogen de toets van art. 26 lid 4 WOR niet kan doorstaan. De OK doet de zaak als het ware zelf af, in plaats van te verwijzen naar de art. 2:18 BW-procedure waar het bekleemde vermogen bij uitstek aan bod komt.

De stichting drijft al jaren een onderneming op het gebied van kinderopvang. De stichting kent feitelijk twee (titulair) directeuren die de dagelijkse leiding hebben over deze onderneming. De eindverantwoordelijkheid rust echter (uit de aard van hun functie) bij vier (onbezoldigde) statutaire bestuurders. Het gaat dermate goed met de onderneming dat de stichting op enig moment een miljoenenomzet, een aanzienlijke winst en honderden medewerkers heeft. Gezien dit commerciële succes is het bestuur van oordeel dat de rechtsvorm van de BV beter past en bovendien wil het bestuur de eindverantwoordelijkheid (meer) bij de twee directeuren leggen. In het omzettingsvoorstel verkrijgen de twee (titulair) directeuren daartoe (indirect) ieder 50% van de aandelen in de BV en zullen zij (althans zo begrijp ik de uitspraak) zitting nemen in diens statutaire bestuur. Zonder dat daadwerkelijk deugdelijk te laten onderzoeken, schat het bestuur het bekleemde vermogen bij omzetting vervolgens op € 10 miljoen en stelt het bovendien het daaraan toe te rekenen rendement (de vruchten) in beginsel op nihil. De ondernemingsraad (OR) adviseert negatief. De OR is van mening dat handhaving van de stichtingsvorm de voorkeur verdient omdat de belangen van het personeel en de kwaliteit van de kinderopvang dan het beste zijn gewaarborgd. De OR onderkent wel de noodzaak om organisatorische wijzigingen door te voeren, maar vindt dat dat beter kan door een bezoldigde raad van toezicht in te stellen onder handhaving van de stichtingsvorm. Mede omdat het bestuur niet (goed) heeft uitgelegd waarom er toch noodzaak is tot omzetting, is het (voorgenomen) besluit naar de mening van de OR onvoldoende gemotiveerd. Daar komt bij dat de OR bezwaren heeft tegen (de schatting van) de hoogte van het bekleemde vermogen en de vaststelling (op in beginsel nihil) van vruchten daarvan. Het bestuur neemt niettemin het besluit tot omzetting, waarna de OR op grond van art. 26 lid 1 WOR tegen dit besluit beroep instelt.

De OK stelt voorop dat het de stichting in beginsel vrijstaat om gebruik te maken van de wettelijke omzettingmogelijkheid (r.o. 3.3). Omzetting van de stichting in een besloten vennootschap heeft echter een aantal consequenties waarvoor de stichting volgens de OK onvoldoende aandacht heeft gehad (r.o. 3.4). Zo dienen het bekleemde vermogen en de vruchten daarvan op een deugdelijke wijze te worden bepaald, zodat de bescherming van art. 2:18 lid 6 BW ook daadwerkelijk uit de verf kan komen (r.o. 3.5). De OK tilt dan logischerwijs zwaar aan het feit dat het bestuur het bekleemde vermogen heeft geschat en niet (deugdelijk) heeft laten onderzoeken. Daardoor kan volgens de OK niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat het saldo van niet-gecontroleerde verminderingen en vermeerderingen resulteert in een waarde die niet hoger uitkomt dan € 10 miljoen. De keuze voor het bekleemde vermogen van € 10 miljoen is daarmee volgens de OK onvoldoende gemotiveerd (r.o. 3.6). Bovendien is onvoldoende gemotiveerd waarom de beslissing om het rendement op het bekleemde vermogen op nihil te stellen, te verenigen is met art. 2:18 lid 6 BW (dat bepaalt dat deze vruchten ook 'bekleemd' zijn) en heeft het bestuur onvoldoende (gemotiveerd) gereageerd op het door de OR voorgestelde alternatief voor de omzetting (r.o. 3.7 en 3.9). De OK concludeert dan ook dat de stichting bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit tot omzetting heeft kunnen komen en verplicht de stichting het besluit in te trekken.

In deze procedure komt de vraag of het omzettingsbesluit überhaupt adviesplichtig is niet aan de orde. Het bestuur van de stichting lijkt het advies – zonder omtrent de adviesplicht een voorbehoud te maken – uit eigen beweging te hebben gevraagd. Uit vaste jurisprudentie van de OK volgt dan dat ook de OK van de adviesplicht uitgaat (zie bijvoorbeeld OK 7 mei 1987, *ROR* 1987, 12). Dit geldt ook als de ondernemer nog geen advies heeft gevraagd maar wel de verwachting heeft gewekt dat hij advies zal vragen (zie bijvoorbeeld OK 13 juli 2000, *ROR* 2001, 27). Een zuiver vennootschapsrechtelijk besluit is niet adviesplichtig en een omzettingsbesluit zou als zodanig kunnen worden gekwalificeerd. Zodra het besluit echter leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming, dan is op grond van art. 25 lid 1 sub e WOR zonder meer sprake van adviesplicht (zie in deze zin bijvoorbeeld OK 29 november 1990, *ROR* 1990, 30; HR 26 januari 1994, *ROR* 1994, 1 (Heuga) en OK 15 april 1999, *ROR* 1999, 19). Het onderhavige omzettingsbesluit was daarmee naar mijn mening inderdaad adviesplichtig. Immers, de omzetting impliceerde de komst van aandeelhouders met eigen belangen en bevoegdheden in een nieuw orgaan (de algemene vergadering van aandeelhouders) en ook het (statutaire) bestuur, zo ik begrijp, zou belangrijke wijzigingen ondergaan (zie in gelijke zin I. Zaal, *TRA* 2012/20).

De OK onderkent dat de omvang van het bekleemde vermogen in elk geval ook aan de orde komt bij de rechter die bevoegd is de machtiging als bedoeld in art. 2:18 lid 4 BW te verlenen. De OK is echter van mening dat dat niet afdoet aan de bevoegdheid van de OK om in het kader van de onderhavige procedure te beoordelen of het besluit toereikend is gemotiveerd, ook voor wat betreft (de omvang van) het bekleemde vermogen (zie r.o. 3.5). De beroepsmogelijkheden ingevolge de WOR zijn grofweg onderverdeeld in twee categorieën. Als eerste kan vermeld worden de nog steeds actuele 'Linge-ziekenhuis-doctrine' (OK 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271, m.nt. J.M.M. Maeijer). De OK concludeerde dat niet-nakomen van de verplichting advies te vragen en toch besluiten, kennelijk onredelijk is. Bij de tweede categorie is sprake van een procedureel defect in de adviesprocedure, zoals art. 25 WOR die voorschrijft. De OK komt vrijwel altijd tot het oordeel dat een besluit kennelijk onredelijk is indien door het defect bij de besluitvorming wezenlijk aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de OR is tekort gedaan (zie laatstelijk OK 21 april 2010, «JOR» 2010/186 en OK 19 juli 2010, «JOR» 2010/268, beide m.nt. M. Holtzer). De ondernemer dient voldoende informatie aan de OR te verschaffen en het voorgenomen besluit goed te onderbouwen. De ondernemer dient daarbij gemotiveerd te reageren op de door de OR voorgestelde alternatieven. Langs deze bestendige lijn beredeneerd, hoeft het mijns inziens niet veel verbazing te wekken dat de OK in deze zaak oordeelt dat het omzettingsbesluit dient te worden ingetrokken. Afgezien van het feit dat het bekleemde vermogen nog aan de orde zou komen op grond van art. 2:18 lid 4 BW, was namelijk duidelijk dat het bestuur het bekleemde vermogen feitelijk had geschat en de redenering op basis waarvan het rendement op dit vermogen op nihil werd gesteld, was niet sluitend. Bovendien had de OR een alternatief plan aangedragen om minder ingrijpende organisatorische wijzigingen door te voeren en had het bestuur onvoldoende gemotiveerd waarom dat geen valide alternatief zou zijn. Daarmee was het mijns inziens klip en klaar dat de ondernemer het voorgenomen besluit niet goed had onderbouwd en/of gemotiveerd en lag intrekking voor de hand (zie in enigszins andere zin I. Zaal, *TRA* 2012/20).

M.C. van Rijswijk, Griph Advocaten
