

De Ondernemingskamer en kerkelijke universiteiten

Robert Helder*

Op 21 juli 2020 heeft de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam een eerste uitspraak¹ gedaan in de enquêteprocedure inzake Stichting Katholieke Universiteit te Nijmegen. De uitspraak is onderdeel van een slepende situatie rond de benoeming van bestuurders. De uitspraak van de Ondernemingskamer bevat elementen die aandacht vragen vanuit kerkrechtelijk perspectief, omdat – kort gezegd – bevoegdheden gepaard gaan met verantwoordelijkheden. Onder omstandigheden kan het daarom aantrekkelijk zijn om minder bevoegdheden te hebben. In dit artikel beschrijf ik de casus, zoals die uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt. Vervolgens bespreek ik de gekozen rechtsingang, de beslissing en de overwegingen van de Ondernemingskamer. Daarna bespreek ik de mogelijke consequenties van deze uitspraak voor de drie universiteiten in Nederland met kerkelijke rechtspersoonlijkheid.²

I. De stichting

Stichting Katholieke Universiteit (SKU) is opgericht in 1923. Deze stichting is een rechtspersoon naar Nederlands recht (art. 2:285 BW), niet een kerkelijke rechtspersoon (art. 2:2 BW). Binnen de stichting functioneren twee entiteiten naast elkaar, de Radboud Universiteit en het Radboud Universitair Medisch Centrum (UMC). De universiteit wordt bestuurd door een college van bestuur en het UMC wordt bestuurd door een raad van bestuur. De leden van de raad van bestuur en van het college van bestuur worden benoemd en kunnen worden ontslagen door het stichtingsbestuur. Het stichtingsbestuur functioneert in de praktijk als raad van toezicht ten opzichte van beide bestuursorganen. Toezicht houden op de raad van bestuur en het college van bestuur is de doelstelling van de stichting (art. 2 lid 1). SKU weet zich verbonden met het katholieke volksdeel, maar de universiteit en het UMC richten zich op de gehele Nederlandse samenleving (art. 2 lid 2 van de statuten). De leden van het stichtingsbestuur worden benoemd en ontslagen door de Nederlandse Bisschoppenconferentie (art. 6 lid 3 van de statuten). Bij de benoeming van bestuursleden is de Bisschoppenconferentie statutair niet gebonden aan enige voordracht of goedkeuring. In de praktijk wordt een procedure gevolgd waarbij het stichtings-

* DOI 10.7590/ntkr_2020_013

Mr. Dr. E.R. Helder is universitair docent privaatrecht en coördinator notarieel recht aan de Universiteit Utrecht.

¹ Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033.

² De Protestantse Theologische Universiteit te Amsterdam/Groningen, de Theologische Universiteit Apeldoorn en de Theologische Universiteit Kampen. Zie E.R. Helder, 'De positie van de raad van toezicht bij universiteiten met kerkelijke rechtspersoonlijkheid', *NTKR* 2017, afl. 1, p. 75-89.

bestuur zelf de werving en selectie organiseert en op basis daarvan een kandidaat aan de Bisschoppenconferentie voordraagt.

SKU is voor haar bekostiging afhankelijk van de overheid, de Rooms-Katholieke Kerk draagt daar niet aan bij. Mede om die reden is de stichting onderworpen aan de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW) en hanteert zij zowel de Code goed bestuur universiteiten als de Governancecode Zorg. Het stichtingsbestuur heeft een bestuursreglement vastgesteld dat op dat alles aansluit.

SKU draagt het predicaat katholiek.³ Art. 808 van de Codex Iuris Canonici bepaalt dat een universiteit zich slechts katholiek mag noemen met toestemming van het bevoegd kerkelijk gezag. Art. 810 bepaalt vervolgens dat de Bisschoppenconferentie erop toeziet dat aan een katholieke universiteit de katholieke principes in acht worden genomen. Richtlijnen hiervoor zijn gegeven in een pauselijk document uit 1990: de ‘Ex Corde Ecclesiae’ (ECE). De ECE bepaalt onder meer dat een katholieke universiteit een relatie met de kerk heeft op een manier die essentieel is voor haar identiteit. Daarnaast zou onder andere het onderwijzend personeel in meerderheid katholiek moeten zijn. In 2009 heeft de Nederlandse Bisschoppenconferentie toepassingsnormen voor de ECE in Nederland vastgesteld.⁴ Art. 4 van deze Toepassingsnormen bepaalt onder meer dat wordt gestreefd naar een rooms-katholieke meerderheid onder bestuurders, wetenschappelijke medewerkers en staffunctionarissen. Van de bestuurders wordt bovendien betrokkenheid bij de kerk verwacht, alsmede inzet voor de praktische implicaties van de katholieke identiteit. Handelen in strijd met de katholieke identiteit dient reden voor ontslag te zijn (met inachtneming van het Nederlandse arbeidsrecht).

2. Onvervulde vacatures

Sinds 2014 heeft het stichtingsbestuur te maken met onvervulde vacatures, doordat de Bisschoppenconferentie voorgedragen kandidaten afwijst. De gronden voor de afwijzing zijn steeds gelegen in de levensbeschouwing en/of de levensstijl van de kandidaat. De bisschoppen wensen bestuurders die praktiserend rooms-katholiek zijn, de leer van de kerk onderschrijven en een levensstaat voeren die daarmee overeenstemt.⁵ De Bisschoppenconferentie

³ Bij decreet d.d. 19 oktober 2020 heeft de Bisschoppenconferentie het predicaat ‘katholiek’ van SKU ingetrokken per 15 november 2020.

⁴ Voorts wordt nog verwezen naar het visiedocument *Educating Today and Tomorrow, a renewing passion, instrumentum laboris*, in 2014 gepubliceerd door de Congregatie voor de Katholieke Opvoeding te Rome. Blijkens de beschikking hebben in 2017 vertegenwoordigers van zowel de bisschoppen als het stichtingsbestuur overleg gevoerd met de congregatie. Het resultaat van dit overleg blijft onduidelijk, in ieder geval heeft het geen impasse doorbroken.

⁵ Mail 4 februari 2015, geciteerd in r.o. 3.14.

hanteert dat als *conditio sine qua non*. Het kon daarom gebeuren dat een kandidaat, wier grote kwaliteiten en deskundigheid expliciet werden erkend, werd afgewezen omdat zij niet kerkelijk gehuwd was en niet bereid was alsnog een kerkelijk huwelijk aan te gaan.⁶

In 2017 heeft overleg plaatsgevonden tussen het stichtingsbestuur en de bisschoppen. Het stichtingsbestuur heeft daarin aangegeven toe te willen naar een structuur waarin nog slechts één bestuurslid wordt benoemd door de Bisschoppenconferentie en de andere zes bestuursleden door zuivere coöptatie (dus door het bestuur zelf). De Bisschoppenconferentie heeft dit voorstel afgewezen en zes eigen kandidaten aangedragen voor de bestaande vacature. Het stichtingsbestuur heeft gemotiveerd aangegeven waarom deze kandidaten naar zijn oordeel geen van allen voor benoeming in aanmerking komen. De Bisschoppenconferentie heeft daarop geen gebruik gemaakt van haar doorzettingsmacht en de vacature laten bestaan. Tegenover de Ondernemingskamer wijst de Bisschoppenconferentie wel op haar doorzettingsmacht en voert dat aan als argument om het enquêteverzoek van de stichting –waarover straks meer – af te wijzen.⁷

In 2018 wordt een Commissie van Goede Diensten ingesteld, bestaande uit twee leden voorgedragen door het stichtingsbestuur, twee leden voorgedragen door de Bisschoppenconferentie en een onafhankelijke voorzitter.⁸ Deze commissie doet een voorstel voor een benoemingsprocedure, waar beide partijen in september van dat jaar formeel mee instemmen.⁹ Desondanks lukt het in 2019 niet om kandidaten te vinden die aanvaardbaar zijn voor de Bisschoppenconferentie. Tegen het einde van dat jaar komt het stichtingsbestuur met een reorganisatievoorstel. Men wil de bestaande stichting juridisch splitsen in twee afzonderlijke stichtingen voor enerzijds de Radboud Universiteit en anderzijds het Radboud UMC. De governance van beide stichtingen zal worden ingericht volgens het raad-van-toezicht-model. Met andere woorden: het college van bestuur c.q. de raad van bestuur zal de positie krijgen van statutair bestuur, onder een vijfhoofdige statutaire raad van toezicht. Eén van de vijf raad-van-toezicht-leden zal worden benoemd door de Bisschoppenconferentie, de andere vier leden worden benoemd door coöptatie. Dit laatste is voor de Bisschopsconferentie in

⁶ Brief 30 november 2015, geciteerd in r.o. 3.15.

⁷ R.o. 4.2.

⁸ Deze commissie werd ook wel aangeduid als de commissie-Davids.

⁹ Het voorstel hield in grote lijnen in dat de werving van bestuursleden zou plaatsvinden op basis van een in overleg opgestelde profielschets, waarbij een vorm van kerkelijke verbondenheid tot de criteria zou behoren, met de mogelijkheid om daarvan af te wijken als de omstandigheden dat wenselijk maken. Op basis van deze profielschets zou door een commissie een eerste selectie van kandidaten worden gemaakt. De kandidaten op deze lijst zouden een gesprek hebben met een delegatie van de bisschoppen. Met inachtneming van de bevindingen van deze delegatie zou de commissie een advies uitbrengen aan het stichtingsbestuur, die op basis daarvan een voordracht zou doen aan de Bisschoppenconferentie (zie r.o. 3.28).

ieder geval onaanvaardbaar. De Bisschoppenconferentie benadrukt – ten eerste – het belang van het katholiciteitscriterium en – ten tweede – dat het haar specifieke competentie is om daarover te oordelen. Daarnaast acht de Bisschoppenconferentie zich wel competent om te oordelen over governance en wetenschappelijkheid, maar dat oordeel laat ze over aan het stichtingsbestuur.¹⁰

Begin 2020 raakt voor het stichtingsbestuur de maat vol. De bisschoppen gebruiken volgens het bestuur steeds weer andere bewoordingen voor vage criteria, die bovendien de privacy van de kandidaten raken. De bisschoppen dragen zelf wel kandidaten aan, maar doorbreken daarmee de overeengekomen benoemingsprocedure. Bovendien zouden deze kandidaten op basis van de toegezonden cv's waarschijnlijk niet zijn uitgenodigd voor een gesprek.¹¹ Op 10 maart 2020 laat de Bisschoppenconferentie weten dat zij kan instemmen met de voorgenomen splitsing, maar niet akkoord gaat met de voorgestelde samenvestiging van de raden van toezicht. Daarmee komt de besluitvorming over de reorganisatie in een impasse, aangezien een besluit tot juridische splitsing evenals een besluit tot statutenwijziging de goedkeuring behoeft van de Bisschoppenconferentie.¹² Op 12 maart 2020 laat de stichting weten dat zij zich tot de Ondernemingskamer zal wenden.

3. De enquêteprocedure

Om de impasse te doorbreken heeft het stichtingsbestuur gebruikgemaakt van art. 2:345 lid 1 BW. Deze rechtsingang staat bekend als de enquêteprocedure. De enquêteprocedure wordt gekenmerkt door een grote slagvaardigheid van de rechter en daarnaast door de snelheid waarmee een uitspraak kan worden verkregen. De enquêteprocedure begint met een schriftelijk verzoek aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. De Ondernemingskamer kan het verzoek slechts toewijzen op één grond: twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken (art. 2:350 lid 1 BW). Het opgedragen onderzoek leidt tot een verslag aan de Ondernemingskamer, dat bij de griffie van het hof ter inzage wordt gelegd (art. 2:353 BW). Op basis daarvan kan de Ondernemingskamer voorzieningen treffen, genoemd in art. 2:356 BW: schorsen of vernietigen van besluiten, schorsen of ontslaan van bestuurders en/of commissarissen, tijdelijke aanstelling van bestuurders en/of commissarissen, tijdelijke afwijking van de statuten, tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, het ontbinden van de rechtspersoon. Uit art.

¹⁰ Brief 24 december 2019, geciteerd in r.o. 3.34.

¹¹ R.o. 3.37.

¹² Dit volgt uit art. 21 lid 3 van de statuten jo. art. 2:334m BW.

2:349a lid 2 BW blijkt evenwel dat de Ondernemingskamer in elke stand van het geding ook onmiddellijke voorzieningen kan treffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Een verzoek is daarvoor niet noodzakelijk, al kan een verzoek van een partij wel de aanleiding zijn. De slagvaardigheid van de Ondernemingskamer vloeit met name voort uit deze bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zo ook in de onderhavige casus.

In geval van een stichting kan het verzoek aan de Ondernemingskamer worden gedaan door de stichting zelf en door degenen aan wie de bevoegdheid daartoe door de statuten of in een overeenkomst met de stichting is toegekend (art. 2:346 lid 1 sub d en e BW).

In de onderhavige casus heeft SKU zelf het verzoek ingediend op 18 maart 2020. Op 20 mei volgde het verweerschrift van de Bisschoppenconferentie, op 11 juni de mondelinge behandeling en op 21 juli de eerste uitspraak, waarin de Ondernemingskamer een enquêteur en een raadsheer-commissaris benoemt. Bovendien treft de Ondernemingskamer een drietal onmiddellijke voorzieningen. Ten eerste zal het stichtingsbestuur voor de duur van het geding exclusief bevoegd zijn om zelf bestuursleden te benoemen en te ontslaan. Ten tweede mag het bestuur zonder goedkeuring van de Bisschoppenconferentie besluiten tot de voorgenomen herstructurering, waarbij twee stichtingen ontstaan met een governance volgens het raad-van-toezicht-model. Ten derde mag het stichtingsbestuur de eerste leden van de raden van toezicht benoemen, met uitzondering van het ene door de Bisschoppenconferentie te benoemen lid.

4. Bevoegdheid van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer heeft haar ingrijpende beslissing uitvoerig gemotiveerd. Om te beginnen onderbouwt de Ondernemingskamer de eigen bevoegdheid in dezen. Stichting Katholieke Universiteit is een rechtspersoon naar Nederlands recht en geen kerkelijke rechtspersoon. Dat zij het woord katholiek voert in haar naam en dat om die reden haar statuten zijn goedgekeurd door de bevoegde autoriteit naar canoniek recht, maakt dat niet anders. Stichting Katholieke Universiteit heeft voorts een ondernemingsraad en behoort daarmee tot de rechtspersonen waarvoor een enquêteverzoek kan worden gedaan.

De Bisschoppenconferentie is weliswaar een kerkelijk orgaan, maar bij de uitoefening van haar statutaire bevoegdheden handelt de Bisschoppenconferentie als orgaan van de stichting en dus binnen de sfeer van het Nederlandse rechtspersonenrecht. Dit handelen valt binnen de reikwijdte van een enquêteverzoek. Dat het canonieke recht aan de Bisschoppenconferentie rechtspersoonlijkheid toekent maakt dat niet anders. Dat besluiten van de Bisschoppenconferentie in een kerkelijke rechtsgang getoetst kunnen worden, doet niet af aan de ontvankelijkheid van het verzoek. De bevoegdheid van de Ondernemingska-

mer wordt niet ingeperkt door het bestaan van de mogelijkheid van een andere procedure. In dit verband merk ik op dat in vrijwel alle gevallen een vordering voor de civiele rechter een alternatief voor een enquêteverzoek kan zijn. De enquêteprocedure onderscheidt zich van andere civiele procedures, doordat de Ondernemingskamer een grote vrijheid heeft. Waar de rechter gewoonlijk een vordering slechts kan toewijzen of afwijzen, heeft de Ondernemingskamer ruimte om de voorzieningen treffen die zijzelf in het belang van de rechtspersoon acht. En waar de gewone rechter oordeelt over de rechtmatigheid van een concrete handeling, beoordeelt de Ondernemingskamer meer in het algemeen de gang van zaken in een rechtspersoon. Waar de eisende partij bij de gewone rechter niet meer risico loopt dan dat haar vordering wordt afgewezen, kan de enquêteprocedure zich tegen de verzoeker keren.

5. Gegronde redenen tot twijfel

Het verzoek aan de Ondernemingskamer kan slechts gebaseerd worden op gegronde twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken binnen de stichting. De overwegingen van de Ondernemingskamer hierover laten zich als volgt bondig samenvatten: een bevoegdheid brengt ook een verantwoordelijkheid mee, betwijfeld kan worden of de bisschoppen dat voldoende onderkennen. De Bisschoppenconferentie heeft de bevoegdheid om alle bestuursleden van de stichting te benoemen en te ontslaan. Dat impliceert dat de Bisschoppenconferentie verantwoordelijk is voor een adequate samenstelling van het bestuur. De Radboud Universiteit en het Radboud UMC vervullen beide een belangrijke maatschappelijke rol en zijn geheel of grotendeels gefinancierd uit collectieve middelen. Een adequaat bestuur is daarom van maatschappelijk belang. In het licht daarvan is het gegeven dat er sinds 2016 een vacature in het bestuur onvervuld is gebleven en dat enkele bestuursleden noodgedwongen een derde zittingstermijn vervullen, reeds voldoende reden om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen.¹³ De Ondernemingskamer legt de verantwoordelijkheid hiervoor nu reeds bij de bisschoppen. De WHW geeft voorwaarden waaraan de bestuurlijke inrichting moet voldoen en de governancecodes weerspiegelen in concrete richtlijnen de hedendaagse opvattingen over goed bestuur. Door kandidaten slechts te toetsen op katholiciteit vat de Bisschoppenconferentie haar taak te beperkt op, aldus de Ondernemingskamer.¹⁴ De Ondernemingskamer acht een onderzoek nodig, onder meer om duidelijkheid te krijgen over de vraag of en waarom de Bisschoppenconferentie de kerkelijke criteria sinds 2014 heeft aangescherpt en of dit

¹³ R.o. 4.13.

¹⁴ R.o. 4.12.

leidt tot een dusdanige beperking van beschikbare kandidaten dat de samenstelling van een voldoende gekwalificeerd stichtingsbestuur daardoor wordt belemmerd. Ook moet onderzocht worden of de bisschoppen wel volledig instemmen met de aanbevelingen van de Commissie van Goede Diensten.¹⁵

Daarnaast zal het onderzoek zich richten op de rol van de Bisschoppenconferentie met betrekking tot de voorgenomen herstructurering. Over de wenselijkheid van de bestuurlijke ontvlechting van universiteit en UMC zijn bestuur en bisschoppen het wel eens. De uitvoering is echter in een impasse geraakt, omdat er geen overeenstemming is over het aantal leden van beide raden van toezicht dat door de Bisschoppenconferentie zal worden benoemd. Ook deze impasse is een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.¹⁶

6. Onmiddellijke voorzieningen

SKU heeft de Ondernemingskamer niet alleen verzocht om een onderzoek, maar ook om onmiddellijke voorzieningen. De Ondernemingskamer treft de gevraagde voorzieningen voor de duur van het geding. In de motivering neemt de Ondernemingskamer alvast een voorschot op het onderzoek. De Ondernemingskamer put daarvoor onder meer uit het rapport van de Commissie van Goede Diensten uit 2018. Die commissie had er reeds op gewezen dat enerzijds het aantal personen dat zich in strikte zin houdt aan de katholieke leefregels al enige decennia sterk vermindert, anderzijds het aantal personen dat kwalificeert als toezichthouder van een complexe instelling als de universiteit of het UMC altijd beperkt is. Het is daarom niet denkbeeldig dat er onvoldoende kandidaten zijn die aan alle gestelde eisen voldoen.¹⁷ Daar komt nog bij dat de criteria voor een katholieke leefwijze voor een groot deel liggen in de persoonlijke levenssfeer. Er is wellicht een categorie personen die *a fortiori* niet bereid zijn om zich hierop te laten beoordelen en die zich enkel om die reden niet beschikbaar stellen voor de functie. Anders gezegd: niet iedereen wil op kerkelijke criteria worden afgewezen, niet iedereen wil op kerkelijke criteria worden aangenomen! De aankondiging van de Bisschoppenconferentie dat zij gebruik wil gaan maken van haar bevoegdheid om zelfstandig in de vacatures te gaan voorzien, neemt de Ondernemingskamer niet serieus. De statutaire bevoegdheid wordt niet ontkend, maar de kans van slagen is vrijwel nihil. De Ondernemingskamer wijst er in dat verband op dat de Bisschoppenconferentie bij de uitoefening van haar statutaire bevoegdheid gebonden blijft aan

¹⁵ R.o. 4.16.

¹⁶ R.o. 4.14.

¹⁷ R.o. 4.22.

de WHW, de governancecodes en de wettelijke rol van medezeggenschapsorganen.¹⁸

Tevens komt uit het rapport uit 2018 naar voren dat de bisschoppen sinds 2014 de kerkelijke criteria scherper zijn gaan hanteren. De Ondernemingskamer ziet dit bevestigd in het gegeven dat de huidige stichtingsbestuurders – naar eigen zeggen – niet allen voldoen aan de recente criteria van de Bisschoppenconferentie.¹⁹ In dit verband trekt de Ondernemingskamer in twijfel of de bisschoppen het advies van de Commissie van Goede Diensten daadwerkelijk hebben opgevolgd. De commissie had geadviseerd om ook kandidaten te accepteren die vanuit een eigen verbondenheid en respect invulling kunnen geven aan de instandhouding van de katholieke identiteit van universiteit en UMC. De Bisschoppenconferentie heeft enerzijds toetsingscriteria geformuleerd,²⁰ anderzijds aangegeven dat die criteria niet cumulatief voor alle kandidaten gelden,²¹ maar hoe de criteria dan wel worden gehanteerd wordt uit de gang van zaken niet duidelijk.²² De bisschoppen laten zich dus niet of onvoldoende in de kaart kijken.

Uiteindelijk signaleert de Ondernemingskamer een spanning tussen enerzijds de ECE en de Toepassingsnormen en anderzijds de omvang, de bekostiging en de maatschappelijke betekenis van universiteit en UMC, de eigen taakopvatting en levensbeschouwing van medewerkers, studenten en patiënten. Implementatie van de ECE en de Toepassingsnormen door universiteit en UMC acht de Ondernemingskamer onder deze omstandigheden ondenkbaar. Kennelijk gebruikt de Bisschoppenconferentie haar statutaire bevoegdheden om een onbereikbaar doel na te streven. Zowel een adequate samenstelling van het stichtingsbestuur als een wenselijke herstructurering worden daardoor geblokkeerd. De schade die SKU en de met haar verbonden instellingen daarvan ondervinden weegt niet op tegen de afbreuk van bevoegdheden van de Bisschoppenconferentie. Doorbreking van de gerezen impasse is urgent. Op grond van deze belangenafweging treft de Ondernemingskamer de hiervoor genoemde voorzieningen. *De facto* betekent dat dat de stichting kan worden gesplitst in een stichting voor de universiteit en een afzonderlijke stichting voor het UMC. Beide stichtingen krijgen een vijfhoofdige raad van toezicht, waarvan de Bisschoppenconferentie te zijner tijd één lid kan benoemen. Bij het tot stand brengen van deze structuur staan de bisschoppen nu buitenspel. Onmiddellijke voorzieningen van de Ondernemingskamer hebben naar hun aard een tijdelijk karakter, maar de Hoge

¹⁸ R.o. 4.28.

¹⁹ R.o. 4.23.

²⁰ Brief 20 november 2017, genoemd in r.o. 4.27.

²¹ Brief 24 december 2019, genoemd in r.o. 4.27.

²² R.o. 4.27.

Raad acht het niet ontoelaatbaar dat de gevolgen van die voorzieningen onomkeerbaar zijn.²³

7. Rechtsmiddelen

Tegen de uitspraak van de Ondernemingskamer kan in cassatie worden gegaan bij de Hoge Raad. De Ondernemingskamer heeft haar beschikking evenwel uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Dat betekent praktisch dat SKU de Bisschoppenconferentie voor een voldongen feit kan stellen door de besluiten te nemen waartoe de Ondernemingskamer de bevoegdheid heeft gegeven. Indien de Hoge Raad de beschikking vernietigt, zal dat geen gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van besluiten die het stichtingsbestuur in de tussentijd op basis van de beschikking heeft genomen.²⁴ Wat in theorie blijft is de mogelijkheid om vernietiging van deze besluiten te vorderen op grond van art. 15 lid 1 sub b BW. De burgerlijke rechter dient dan overtuigd te worden dat het desbetreffende besluit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die alle bij de stichting betrokkenen jegens elkaar in acht dienen te nemen. Dat zal niet eenvoudig zijn, omdat de conceptstatuten voor beide stichtingen als producties in het geding voor de Ondernemingskamer zijn gebracht. De inhoud van de besluiten staat dus bij voorbaat vrijwel vast en aangenomen mag worden dat de Ondernemingskamer de redelijkheid daarvan in haar overwegingen heeft betrokken. Daar komt nog bij dat vernietiging van een juridische splitsing nadat deze heeft plaatsgevonden (bij notariële akte) slechts op zeer beperkte gronden mogelijk is (art. 2:334u lid 1 BW).²⁵

8. Het belang van deze uitspraak voor levensbeschouwelijke universiteiten

De Radboud Universiteit behoort tot de drie bijzondere universiteiten die de WHW kent.²⁶ De WHW onderscheidt de bijzondere universiteiten van de vier levensbeschouwelijke universiteiten, waarvan er drie kerkelijke

²³ Zie HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (*SkyGate*).

²⁴ Dit volgt uit art. 2:13 lid 1 BW, dat bepaalt dat een (uitgebrachte) stem niet kan worden vernietigd.

²⁵ Bovendien spreekt de rechter de vernietiging niet uit indien de reeds ingetreden gevolgen van de splitsing bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden (art. 2:334m lid 4 BW). Dus ook dan zal de rechter een belangenafweging maken.

²⁶ Beide andere zijn de Vrije Universiteit en de Katholieke Universiteit Brabant (thans Tilburg University), zie bijlage b bij de WHW.

rechtspersoonlijkheid hebben (als bedoeld in art. 2:2 lid 1 BW).²⁷ De governance van deze drie kerkelijke rechtspersonen heeft een belangrijke overeenkomst met de governance van SKU: de leden van het toezichthoudend orgaan (namelijk de raad van toezicht c.q. het stichtingsbestuur) worden allen benoemd door een kerkelijke vergadering (namelijk een synode²⁸ c.q. een bisschoppenconferentie). Bij SKU kwam de wenselijkheid van dit benoemingsrecht ter discussie te staan. Wat opvalt is dat deze discussie niet werd aangezwengeld door de principiële vraag of de bevoegdheden van de bisschoppen nog gerechtvaardigd en proportioneel waren. Antiklerikale sentimenten komen niet aan de oppervlakte. Het – zinledige – argument ‘niet meer van deze tijd’ wordt bijvoorbeeld nergens genoemd en ook meer serieuze aspecten als wetenschappelijke vrijheid en scheiding van kerk en staat worden niet in stelling gebracht. De discussie ontstond door de wijze waarop de Bisschoppenconferentie in de praktijk gebruikmaakte van haar bevoegdheid. SKU ondervond daarvan hinder bij het voldoen aan de WHW en governancecodes.²⁹ SKU blijft hechten aan een goede verstandhouding met de bisschoppen, zij het wellicht op een ander niveau dan de Bisschoppenconferentie voor ogen staat. Kerkelijke bemoeienis met een universiteit wordt – vanuit die universiteit en wellicht vanuit de samenleving – in deze tijd kennelijk niet *a fortiori* negatief beoordeeld.

Daar staat tegenover dat bevoegdheden ook verantwoordelijkheden meebrengen en dat de kerk zich daarvan bewust moet zijn. In dat opzicht is de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake SKU voor de levensbeschouwelijke universiteiten en de daarbij betrokken kerkgenootschappen niet onbelangrijk. Ook de levensbeschouwelijke universiteiten zijn gebonden aan de WHW en mitsdien – *de facto* – aan de Code goed bestuur universiteiten.³⁰ Dit schept juridische kaders waar synodes binnen dienen te blijven. Dat klinkt beperkend, maar het hoeft in de praktijk niet hinderlijk te zijn. De governancecodes zijn voornamelijk procedureel van aard en gericht op het bevorderen van de kwaliteit van de besluitvorming, dat wil zeggen op de totstandkoming van uitvoerbare besluiten die berusten op voldoende draagvlak. Er is geen reden waarom een kerkrechte-

²⁷ De Protestantse Theologische Universiteit, de Theologische Universiteit Apeldoorn, de Theologische Universiteit Kampen en de Stichting Universiteit voor Humanistiek, zie bijlage i bij de WHW.

²⁸ De Generale Synode van de Protestantse Kerk in Nederland, de Generale Synode van de Gereformeerde Kerken Vrijgemaakt, respectievelijk de Generale Synode van de Christelijke Gereformeerde Kerken.

²⁹ Brief SKU 1 juni 2017, genoemd in r.o. 3.21.

³⁰ Governancecodes hebben zich ontwikkeld tot ijkpunt voor bestuurlijk handelen en de verantwoording daarvan. Lange tijd gold ten aanzien van governancecodes het adagium ‘pas toe of leg uit’. Er is een tendens zichtbaar naar ‘pas toe en leg uit’.

lijke benoemingsprocedure op voorhand niet aan de principes van een governancecode zou kunnen beantwoorden.³¹

9. Het publieke belang

In het geval van SKU werden uitdrukkelijk haar omvang en het daarmee samenhangende publieke belang genoemd als factoren waar de Bisschoppenconferentie rekening mee had te houden. De levensbeschouwelijke universiteiten zijn veel kleiner dan de Radboud Universiteit en *de facto* gericht op een beperktere doelgroep.³² Daaraan kan een argument ontleend worden dat de synodes minder rekening met de gehele samenleving hoeven te houden. Als het gaat om de inhoud van te nemen besluiten zal de bewegingsvrijheid van de synodes daarom wellicht groter zijn dan die van de Bisschoppenconferentie bij SKU.

10. Relevantie

De vraag kan rijzen of de Ondernemingskamer zichzelf bevoegd zou achten indien een enquête wordt verzocht ten aanzien van een kerkelijke rechtspersoon. Op grond van art. 2:344 BW moet die vraag ontkennend beantwoord worden. De wet geeft een limitatieve opsomming van rechtspersonen ten aanzien waarvan de Ondernemingskamer bevoegd is. De kerkelijke rechtspersoon komt daar niet in voor. Een volgende vraag is of de Ondernemingskamer de bevoegdheid zou aanvaarden indien die in het statuut van een kerkelijke rechtspersoon wordt toegekend.³³ Ook die vraag moet waarschijnlijk ontkennend worden beantwoord, omdat een wettelijke basis ontbreekt.³⁴ Enerzijds is dat jammer, omdat de behoefte aan een rechterlijk college met de slagvaardigheid van de Ondernemingskamer zich ook in kerkelijke verhoudingen kan manifesteren. Anderzijds dient bedacht te worden dat de kerkelijke rechtspersoon voor wat betreft zijn interne organisatie en verhoudingen beheerst

³¹ Ik doel hiermee op de procedurele kant van de benoeming. Uiteraard kan er wel een inhoudelijke spanning optreden, zoals de casus van SKU laat zien, indien het lastig blijkt te zijn om een kandidaat te vinden die voldoet aan alle criteria van alle bij de benoeming betrokken gremia.

³² Iets anders is dat een levensbeschouwelijke universiteit en haar synode wel de ambitie kunnen hebben om zich te richten op de samenleving in de breedte en op het publieke belang. Dat kan in het benoemingsbeleid vorm krijgen.

³³ Het statuut van de Theologische Universiteit Apeldoorn kent deze bevoegdheid toe aan de Generale Synode van de Christelijke Gereformeerde Kerken. Zie E.R. Helder, 'De positie van de raad van toezicht bij universiteiten met kerkelijke rechtspersoonlijkheid', *NTKR* 2017, afl. 1, p. 88.

³⁴ Tenzij wordt aangenomen dat de reikwijdte van art. 2:346 lid 1 sub e BW niet wordt beperkt door art. 2:344 BW.

wordt door kerkelijk recht.³⁵ Het beleid en de gang van zaken – en derhalve ook elementen als het doel en het eigen belang van de rechtspersoon – dienen beoordeeld te worden naar de maatstaven van het kerkelijk recht. Dat is glad ijs voor een buitenkerkelijk rechtscollege. Indien kerken voor hun rechtspersonen een equivalent van de Ondernemingskamer wensen, zullen zij daar zelf langs kerkrechtelijke weg in moeten voorzien. De competentie van de Ondernemingskamer kan een van de argumenten zijn bij de keuze tussen een civielrechtelijke stichtingsvorm of een kerkelijke rechtspersoon.³⁶ Het kan zowel een pro- als een contra-argument zijn voor beide keuzes.

Ondanks onbevoegdheid van de Ondernemingskamer ten aanzien van kerkelijke rechtspersonen is de beschikking inzake SKU voor de universiteiten met kerkelijke rechtspersoonlijkheid inhoudelijk relevant. De bevoegdheid van de gewone Nederlandse rechter – zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter – wordt immers niet begrensd door de rechtsvorm van de procespartijen. Er is geen reden om aan te nemen dat de gewone Nederlandse rechter andere maatstaven dan de Ondernemingskamer hanteert als het gaat om naleving van de WHW en governancecodes. De beschikking inzake SKU weerspiegelt een maatstaf die de Nederlandse rechter thans in het algemeen hanteert.

II. Conclusies

De enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam kan niet gevolgd worden voor kerkelijke rechtspersonen. De beschikbaarheid van deze procedure is een punt van overweging bij de keuze van een rechtsvorm, met name wanneer het kerkelijk recht niet voorziet in een equivalent.

Bevoegdheden in de governance van een rechtspersoon brengen verantwoordelijkheden mee. Die verantwoordelijkheden impliceren een toetsingskader voor de uitoefening die bevoegdheden. Indien dat toetsingskader berust op een

³⁵ Zie hierover P.T. Pel, “‘Hun eigen statuut’: kerkelijk primaat of statelijk privaats?”, *NTKR* 2018, afl. 2, p. 115-130. Het standpunt van Pel strekt er mijns inziens toe dat de Nederlandse rechter een kerkelijk rechtsstelsel gelijk dient te stellen aan een buitenlands rechtsstelsel. Het spreekt dan niet vanzelf dat hiaten in het kerkelijk recht worden opgelost door analoge toepassing van nationaal recht. Art. 2:2 lid 2 BW staat weliswaar overeenkomstige toepassing toe van art. 2:3 t/m 2:4 BW en art. 2:6 t/m 2:25 BW, maar mijns inziens dient dan steeds gemotiveerd te worden waarom dit te verenigen is met het eigen statuut en de aard der onderlinge verhoudingen. Bovendien speelt art. 2:2 lid 2 BW geen rol bij de voorafgaande vraag of aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt. Niet onbelangrijk is in dit verband dat art. 2:2 lid 1 BW de kerken uitsluitend ruimte biedt ten aanzien van de materie van Boek 2 BW, het rechtspersonenrecht, niet ten aanzien van de andere delen van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.

³⁶ Een uitgebreide beschouwing over de rechtsvormkeuze geeft T.J. van der Ploeg, ‘Past een heilig lichaam wel in een gewoon bed? De vereniging en stichting als rechtsvorm voor geloofsgemeenschappen’, *NTKR* 2010, afl. 4, p. 114-130.

Nederlandse wet, zal een besluit van een kerkelijk orgaan aan die wet getoetst kunnen worden. Concreet: wie verantwoordelijk is voor de samenstelling van een toezichthoudend orgaan bij een universiteit, dient te voldoen aan de eisen van de WHW en de daaruit voortvloeiende governancecodes. Deze eisen zijn rechtsvormneutraal.

In het licht van het vorenstaande is het de vraag of de Bisschoppenconferentie per saldo veel heeft verloren door de beschikking van de Ondernemingskamer. Voortaan benoemt de Bisschoppenconferentie slechts één lid van de raad van toezicht van de Radboud Universiteit en één lid van de raad van toezicht van het Radboud UMC. De verantwoordelijkheid voor een adequate samenstelling ligt bij de raden zelf, niet bij de bisschoppen. Hun vrijheid om eigen criteria toe te passen in hun benoemingsbeleid is daarom fors toegenomen. De governancecode komt voor de bisschoppen op enige afstand te staan. Wat mogelijk blijft is de toetsing van een benoemingsbesluit aan art. 2:8 BW (redelijkheid en billijkheid), bijvoorbeeld indien de Bisschoppenconferentie iemand zou benoemen van wie op objectieve gronden geen enkele constructieve bijdrage aan het functioneren van de raad kan worden verwacht.