

## **De doorslaggevende of beslissende stem van de OK-bestuurder**

*Mr. T. Salemink*

### **1 Inleiding**

Waarschijnlijk de meest getroffen onmiddellijke voorziening in het enquêterecht is de benoeming van de tijdelijk bestuurder. De Ondernemingskamer (hierna: OK) kent de tijdelijk bestuurder daarbij met enige regelmaat een doorslaggevende of beslissende stem toe.

Uit de rechtspraak volgt niet zonder meer wat een doorslaggevende of beslissende stem inhoudt en wat het verschil tussen beide begrippen is. De OK licht de getroffen voorziening veelal niet toe en haalt de begrippen bovendien door elkaar.

Voor een enquêtegerechtigde is dus niet precies duidelijk of en wanneer hij om een tijdelijk bestuurder met een doorslaggevende of beslissende stem moet vragen en daarnaast weet ook de tijdelijk bestuurder niet exact welke bevoegdheden hem toekomen.

### **2 Collegiale besluitvorming**

Als uitgangspunt geldt dat een meerhoofdig bestuur beslist bij meerderheid van stemmen. De statuten kunnen een andere regeling treffen, bijvoorbeeld door voor bepaalde besluiten een versterkte meerderheid voor te schrijven.

Bij de besluitvorming heeft iedere bestuurder in beginsel ten minste één stem. Ook hier kunnen de statuten ingevolge artikel 2:129/239 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) een andere regeling voorschrijven en een bepaalde bestuurder meer dan één stem toekennen, mits deze bestuurder alleen niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.

De gedachte die hieraan ten grondslag ligt, is dat de andere bestuurder(s) niet volledig buiten spel moet(en) kunnen worden gezet.<sup>1</sup> Deze collegialiteitsgedachte geldt ook voor de besluitvorming binnen het bestuur van andere rechtspersonen, zoals de vereniging en stichting.<sup>2</sup>

De positie van de OK-bestuurder verschilt in dit verband niet van die van de 'gewone' bestuurder: hem komen 'niet meer, maar ook niet minder bevoegdheden (rechten en verplichtingen)' toe.<sup>3</sup> Wel kan de OK de tijdelijk bestuurder aanvullende bevoegdheden toekennen, zoals zelfstandige of exclusieve vertegenwoordigingsbevoegdheid en/of een doorslaggevende of beslissende stem.<sup>4</sup>

### **3 Onderscheid doorslaggevende en beslissende stem**

Bij de uitleg van de begrippen doorslaggevende stem en beslissende stem rijst allereerst de vraag of een verschil tussen beide termen bestaat.

Uit de rechtspraak van de OK volgt niet altijd een duidelijk onderscheid.<sup>5</sup> Niet alleen laat de OK veelal na een omschrijving of uitleg van een doorslaggevende of beslissende stem te geven, zij gebruikt beide termen bovendien door elkaar: in diverse procedures oordeelt de OK dat een bestuurder met doorslaggevende stem noodzakelijk is, maar benoemt zij uiteindelijk een bestuurder met beslissende stem, of zij benoemt een bestuurder met beslissende stem, terwijl een bestuurder met doorslaggevende stem was verzocht.<sup>6</sup>

Uit de (enkele) gevallen waarin de OK wel een beschrijving geeft, lijkt wel degelijk een onderscheid tussen beide termen bedoeld. Voor de rechtspraak is het van belang dat de OK een duidelijk(er) onderscheid maakt, zodat voor enquêtegerechtigden duidelijk is om welke onmiddellijke voorziening zij precies kunnen verzoeken en de tijdelijk bestuurder weet wat zijn bevoegdheden zijn.

### **4 Doorslaggevende stem**

De meest voorkomende en gebruikelijke uitleg van een doorslaggevende stem is een stem die de doorslag geeft als de stemmen staken.<sup>7</sup>

Het ligt voor de hand dat de doorslaggevende stem in het enquêterecht niet anders werkt. Het bestuur beslist conform de normale regels van besluitvorming en de stem van de OK-bestuurder geeft enkel de doorslag indien het bestuur – door het staken van de stemmen – niet tot een besluit komt. De invloed van een doorslaggevende stem is dus relatief beperkt. Dit betekent ook dat in een meerhoofdig bestuur de 'gewone' bestuurders de OK-bestuurder kunnen overstemmen, indien zij gezamenlijk de vereiste meerderheid halen.<sup>8</sup>

De OK geeft in de beschikking inzake Tjip uit 2002 ook deze uitleg aan het begrip doorslaggevende stem.<sup>9</sup> Een dergelijke heldere uitleg is echter uitzondering, vaker ontbreekt een toelichting van het begrip in het geheel.<sup>10</sup> Wellicht ontbreekt die uitleg juist omdat een andere uitleg niet aannemelijk is.

De doorslaggevende stem voor de OK-bestuurder is met name bruikbaar in het geval een impasse bestaat tussen twee (of meer) zittende bestuurders, als gevolg waarvan het bestuur geen besluiten kan nemen. Indien het bestuur – gelet op de continuïteit van de vennootschap – echter op (zeer) korte termijn besluiten dient te nemen, dan ligt een beslissende stem meer voor de hand (zie hierna).<sup>11</sup>

## 5 Beslissende stem

De term beslissende stem is minder gebruikelijk en de OK geeft ook hierbij veelal geen toelichting.

In een aantal beschikkingen geeft de OK wel een omschrijving van het begrip en lijkt zij (in ieder geval) twee varianten te onderscheiden. De eerste mogelijkheid is dat een OK-bestuurder een beslissende stem heeft, in die zin dat zijn stem telkens benodigd is voor het nemen van bestuursbesluiten.<sup>12</sup> De tweede variant is dat de OK-bestuurder een beslissende stem heeft, in die zin dat ook indien zijn stem afwijkt van die van de gezamenlijke overige bestuurders het besluit genomen is.<sup>13</sup>

In de gevallen waarin de OK een tijdelijk bestuurder met beslissende stem benoemt zonder nadere tekst of uitleg, is het dus niet duidelijk welke variant van toepassing is. In beide varianten kan de OK-bestuurder besluiten binnen het bestuur tegenhouden. Hij heeft een vetorecht. De beslissende stem verschilt in dit opzicht van de doorslaggevende stem.<sup>14</sup> Het verschil tussen de twee beslissende-stemvarianten is dat de tweede variant de OK-bestuurder ook de mogelijkheid geeft om besluiten door te drukken: ook zonder de instemming van zijn medebestuurders is zijn stem beslissend en het besluit genomen.

De eerste variant heeft met name de voorkeur indien het voormalig bestuur niet de belangen van alle aandeelhouders (juist) heeft gediend, of het belang van een specifieke (minderheids)aandeelhouder heeft geschaad. De OK-bestuurder kan dan ieders belang (blijven) waarborgen, omdat het bestuur zonder zijn instemming geen besluiten kan nemen. Toepassing van de tweede variant is vooral denkbaar in de situatie dat het voortbestaan van de vennootschap vereist dat het bestuur op (zeer) korte termijn besluiten neemt, bijvoorbeeld in geval van noodzaakfinanciering. De OK-bestuurder heeft dan de mogelijkheid snel te schakelen en besluiten te nemen.

## 6 Proportionaliteit beslissende stem

De tweede beslissende-stemvariant staat op gespannen voet met het collegialiteitsbeginsel. In een aantal beschikkingen bepaalt de OK dat de door haar benoemde bestuurder ‘in alle gevallen’ een beslissende stem toekomt.<sup>15</sup> De overige bestuurders staan dan feitelijk volledig buitenspel bij de besluitvorming.<sup>16</sup>

De OK dient bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen een belangenafweging te maken, in het bijzonder om te waarborgen dat de getroffen voorziening proportioneel is.<sup>17</sup> Een ‘beslissende stem in alle gevallen’ is mijns inziens in beginsel niet proportioneel, tenzij een rechtvaardiging bestaat om het uitgangspunt van collegiale besluitvorming ‘in alle gevallen’ opzij te zetten. Als die rechtvaardiging ontbreekt, zijn minder ingrijpende en even effectieve mogelijkheden denkbaar.

Ik acht het gelet op het ingrijpende karakter van de voorziening dan ook wenselijker dat de OK in beginsel slechts ten aanzien van een aantal specifieke onderwerpen – waarvan noodzakelijk is dat het bestuur (snel) een besluit neemt – de tijdelijk bestuurder een beslissende stem toekent. Ik wijs ter illustratie op de beschikking inzake AAA Auto Group, waarin de OK de tijdelijk bestuurder enkel een beslissende stem toekent ten aanzien van ‘besluiten betreffende transacties met de Meerderheidsaandeelhouder of (een) aan deze gelieerde partij(en)’.<sup>18</sup> Alleen in gevallen waar vaststaat dat het bestuur binnen (zeer) korte termijn besluiten moet nemen, maar de onderwerpen waarover niet zonder meer duidelijk zijn, is een beslissende stem voor alle gevallen gerechtvaardigd.

## 7 Conclusie

In enquêteprocedures benoemt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening met enige regelmaat een tijdelijk bestuurder met een doorslaggevende of beslissende stem. Uit de rechtspraak is echter niet zonder meer duidelijk wat deze begrippen inhouden. De OK licht de begrippen doorgaans niet toe en haalt de begrippen bovendien door elkaar.

De meest aannemelijke uitleg van het begrip doorslaggevende stem is een stem die de doorslag geeft als de stemmen staken. Met betrekking tot de term beslissende stem lijkt de OK twee varianten te onderscheiden: de stem is beslissend in die zin dat zonder deze stem geen rechtsgeldig besluit kan worden genomen ofwel in die zin dat ook indien deze stem afwijkt van de overige stemmen het besluit rechtsgeldig genomen is.

De tweede beslissende-stemvariant staat op gespannen voet met het uitgangspunt van collegiale besluitvorming, met name in de situatie waarin de OK bepaalt dat de tijdelijk bestuurder ‘in alle gevallen’ een beslissende stem heeft. Een dergelijke onmiddellijke voorziening is mijns inziens mogelijk niet proportioneel. Het verdient de voorkeur dat de OK in eerste instantie slechts ten aanzien van een aantal specifieke onderwerpen – waarvan het noodzakelijk is dat het bestuur een besluit neemt – de tijdelijk bestuurder een beslissende stem toekent.

Voor de rechtspraktijk is het dus van belang dat de OK duidelijk(er) motiveert wat de begrippen doorslaggevende en beslissende stem inhouden. Dit betekent ook dat verzoekers tot een enquête duidelijk(er) zullen moeten toelichten om welke van deze onmiddellijke voorzieningen zij vragen, en in het geval van de beslissende stem op welke onderwerpen deze betrekking moet hebben.

## Noten

**1** Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/419.

**2** Asser/Rensen 2-III\* 2012/138.

**3** Hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, JOR 2007/142 (Begemann). Vgl. ook Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ARO 2013/159 (Greenchoice), Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, JOR 2013/337 (Novero) en Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, JOR 2014/36 (Slotervaartziekenhuis). Hierover uitgebreid D.D. Krop, C.J. Scholten & B.E. Verburgt, De tijdelijk bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 201-202.

**4** Hierover Krop, Scholten & Verburgt 2015, p. 204-205.

**5** Het onderzoek ten behoeve van dit artikel betreft alle beschikkingen van de OK in de periode 2011-2015.

**6** O.m. Hof Amsterdam (OK) 31 mei 2011, ARO 2011/88 (Grand Winston), Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2011, ARO 2011/106 (Bactoforce Benelux), Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2015, ARO 2015/159 (Suncycle Holding), Hof Amsterdam (OK) 2 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3981 (Cunico), Hof Amsterdam (OK) 20 december 2013, ARO 2014/10 (TRP PVE), Hof Amsterdam (OK) 4 april 2014, ARO 2014/67 (Bloemenbollenbedrijf P.H. Brouwer) en Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2015, ARO 2015/139 (Proov Holding). Hierover ook P.D. Olden, De OK-commissaris, in: M.J. Kroeze e.a., Bestuur en toezicht (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 127.

**7** O.m. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/419 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/138. Zie ook par. 8 van de Departementale Richtlijnen 1986 (oud) en G. van Solinge & R.G.J. Nowak, Bestuursbesluiten na afschaffing van het preventief toezicht, Ondernemingsrecht 2002, p. 434. En voor eenzelfde uitleg ten aanzien van de besluitvorming binnen het bestuur van de SCE en SE, art. 50 lid 1 SCE-Vo en art. 50 lid 1 SE-Vo. Hierover Asser/Rensen 2-III\* 2012/438 en 486.

**8** De vraag is of deze situatie zich snel zal voordoen, omdat veelal juist de ‘gewone’ bestuurders een geschil met elkaar hebben en het niet aannemelijk is dat zij samen de OK-bestuurder zullen overstemmen.

**9** Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2002, JOR 2003/35 (Tjip), r.o. 3.4: ‘(...) een derde persoon tot bestuurder dient te worden benoemd, die wat te nemen bestuursbesluiten betreft een doorslaggevende stem dient te hebben en wel in dier voege dat ingeval de huidige bestuurders niet tot overeenstemming – kunnen – komen omtrent enig te nemen besluit, de stem van de te benoemen bestuurder in de bestuursvergadering doorslaggevend is.’

**10** Zie in dit verband nog wel Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2005, JOR 2005/87 (SKON), waarin de OK bepaalt dat de door haar benoemde commissaris in ‘alle gevallen’ een doorslaggevende stem toekomt. Het is niet duidelijk of de OK hiermee bedoelt alle gevallen waarin de stemmen staken, of dat zij een andere betekenis van het begrip doorslaggevende stem voor ogen heeft.

**11** Een beslissende stem verdient ook de voorkeur indien de statuten voor de besluitvorming unanimitieit voorschrijven.

**12** O.m. Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2012, ARO 2012/151 (Harbour Antibodies), r.o. 3.23 en Hof Amsterdam (OK) 24 oktober 2013, ARO 2013/162 (Staat Holding), r.o. 3.12.

**13** O.m. Hof Amsterdam (OK) 5 april 2013, ARO 2013/73 (Sovereign Trust), r.o. 3.8 en Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2015, ARO 2015/103 (Wikkelbok). Evenzo Olden 2009, p. 128.

**14** In het klassieke geval waarin de OK-bestuurder naast de enig bestuurder plaatsneemt, is het verschil overigens minder duidelijk. Een doorslaggevende stem is dan de facto ook gelijk aan de eerste variant van een beslissende stem.

**15** O.m. Hof Amsterdam (OK) 8 september 2011, ARO 2011/139 (Induna), r.o. 3.6, Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2011, ARO 2011/167 (TMG), Hof Amsterdam (OK) 4 april 2014, ARO 2014/67 (Bloemenbollenbedrijf P.H. Brouwer) en Hof Amsterdam (OK) 22 januari 2015, ARO 2015/68 (Uw Slager), r.o. 3.6.

**16** De tijdelijk bestuurder zal de overige bestuurders mijns inziens overigens wel in de gelegenheid moeten stellen deel te nemen aan c.q. moeten betrekken bij de beraadslaging voorafgaand aan de besluitvorming. Evenzo A.R.J. Croiset van Uchelen, Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter?, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008 (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97), Deventer:

Kluwer 2008, p. 208.

**17** HR 14 september 2007, JOR 2007/238 (Versatel) en HR 14 december 2007, JOR 2008/11 (DSM). Hierover ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/769 en P.M. Storm, Corporate litigation bij de Ondernemingskamer, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 126-127.

**18** Hof Amsterdam (OK) 8 april 2014, ARO 2014/94 (AAA Auto Group), r.o. 3.19. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2005, ARO 2015/103 (Wikkelbok), waarin de OK-bestuurder een beslissende stem krijgt ‘ter zake van beslissingen die betrekking hebben op (i) het inkoopbeleid van Wikkelbok B.V. en Hokamo B.V (...)’.