

Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV en de invloed van een tegenstrijdig belang daarop



Mr. J.D.M. Schoonbrood*



Mw. mr. J.J. Meppelink*

1. Inleiding

In statuten en reglementen van NV/BV's staan vaak stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen. Die regelingen houden soms onvoldoende rekening met situaties van persoonlijk tegenstrijdig belang. Sinds de invoering van de Wet Bestuur en toezicht op 1 januari 2013 heeft een tegenstrijdig belang alleen invloed op het besluitvormingsproces. De tegenstrijdigbelangregeling speelt geen rol meer bij de vertegenwoordiging, ook niet als in de statuten de oude regeling nog is opgenomen. Heeft een bestuurder of commissaris een direct of indirect persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de NV/BV, dan moet hij zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming. Er zal door de persoon met het tegenstrijdig belang dan ook geen stem worden uitgebracht. Dit gevolg van de tegenstrijdigbelangregeling kan van wezenlijke invloed zijn op de gewenste governance. De wijze waarop stemrechtregelingen in de statuten of reglementen zijn verwoord en in hoeverre daar rekening is gehouden met een tegenstrijdig belang kan essentieel zijn voor een goede werking van deze governance. Daarnaast is een juiste toepassing van de tegenstrijdigbelangregeling van belang omdat besluiten waarbij bestuurders met een persoonlijk tegenstrijdig belang (al dan niet) participeren vernietigbaar kunnen zijn. Als een door de wet of statuten aangewezen orgaan het besluit neemt in het geval dat niet alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, zal het besluit zelfs nietig zijn.¹

Wij behandelen in dit artikel diverse stemrechtregelingen en bezien die in het licht van het tegenstrijdig belang. We gaan in op enkelvoudig stemrecht, meerderheidseisen en quorumeisen, meervoudig of gedifferentieerd stemrecht, goedkeuringsregelingen, en enkele bijzondere regelingen inzake het staken van stemmen. Bij de stemrechtregelingen gaan wij ook in op de mogelijkheid om deze regelingen op te nemen in een reglement met of zonder statutaire basis. Ter inleiding bespreken wij eerst de verwijzingsregels bij een tegenstrijdig belang.

We maken in dit artikel geen onderscheid tussen besluitvorming buiten vergadering en besluitvorming binnen vergadering. Op enkele punten verwijz-

zen we in dit artikel naar de praktijk. Deze verwijzingen zijn louter gestoeld op onze ervaringen en we hebben hiervoor geen nader onderzoek gedaan.

2. Verwijzingsregels bij tegenstrijdigbelangregeling

De wet schrijft voor dat bestuurders en commissarissen niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming als zij een indirect of direct persoonlijk tegenstrijdig belang hebben. De wet bepaalt vervolgens voor bestuursbesluiten:

“indien **hierdoor** geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen”.

Als de raad van commissarissen ontbreekt, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering maar de statuten kunnen deze verwijzing anders regelen (art. 2:129 lid 6/239 lid 6 BW). Voor een tegenstrijdig belang binnen de raad van commissarissen kent de wet eenzelfde systeem. Als “*hierdoor*” geen besluit van de raad van commissarissen kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering maar de statuten kunnen deze verwijzing anders regelen (art. 2:140 lid 5/250 lid 5 BW). In de tekst van de wet is het woord “*hierdoor*” belangrijk. Dit woord geeft aan dat besluitvorming niet mogelijk is door het tegenstrijdig belang. De

* Notaris respectievelijk kandidaat-notaris te Amsterdam.
(jean.schoonbrood@debrauw.com)
(janiek.meppelink@debrauw.com)

1. Wij gaan verder niet in op de situaties en gevallen van vernietigbaarheid en nietigheid en verwijzen daarvoor naar het overzicht in het artikel van R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, ‘De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling’, *Ondernemingsrecht* 2012/92.

wetstechnische uitleg hiervan is dat het besluit (pas) niet kan worden genomen, indien alle bestuurders (of alle commissarissen) een tegenstrijdig belang hebben.² Als er geen raad van commissarissen is, kan in de statuten worden opgenomen dat het bestuur toch bevoegd blijft. Het tegenstrijdig belang wordt dan weggeschreven. Ook andere vennootschapsorganen kunnen in de statuten worden aangewezen. Op de vraag of in de statuten ook een derde kan worden aangewezen indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, komen we terug in paragraaf 7 over het staken van stemmen.

3. Enkelvoudig stemrecht en besluiten met gewone meerderheid

Een stem per persoon en gewone meerderheid - ook zonder statutaire grondslag

Bij de meeste vennootschappen hebben bestuurders in het bestuur en commissarissen in de raad van commissarissen één stem. Vaak staat dit expliciet in de statuten maar het is ons inziens niet nodig dit te bepalen omdat dit een weerslag is van het wettelijke uitgangspunt.³ Daarnaast is bij de meeste vennootschappen in de statuten geregeld dat besluiten binnen het bestuur en de raad van commissarissen worden genomen met een gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Ook zonder deze statutaire regeling is dat volgens ons de hoofdregel.

Tegenstrijdig belang - voorschrift om niet deel te nemen aan besluitvormingsproces meestal geen probleem

Voor tegenstrijdigbelangsituaties zal in statuten meestal alleen zijn opgenomen dat een persoon met een tegenstrijdig belang niet aan het besluitvormingsproces deelneemt. Ook zonder statutaire regeling is die regeling uit de wet van toepassing. Degene die een tegenstrijdig belang heeft mag niet meedoen aan de beraadslaging voor een besluit en mag zijn stem niet uitbrengen. De kans op een tegenstrijdig belang wordt binnen de organen meestal geaccepteerd. Het maakt vaak niet uit welke persoon hierdoor niet mee kan doen aan de besluitvorming. Echter, in bijzondere gevallen waarbij vertegenwoordigers van aandeelhouders in het bestuur of in de raad van commissarissen aanwezig zijn zoals bij joint-ventures of private-equity structuren, zal er behoefte zijn de statutaire regeling meer op maat te maken. Als een voorzitter als vertegenwoordiger van een aandeelhouder door een tegenstrijdig belang niet kan deelnemen aan de besluitvorming van het bestuur en het niet de bedoeling is dat de andere bestuurders zonder invloed van die voorzitter een besluit nemen, kan overwogen worden om het besluit bij of krachtens de statuten te onderwerpen aan de (interne) goedkeuring van een ander vennootschapsorgaan (zijnde bijvoorbeeld een controlerende aandeelhouder). Een alternatief voor deze ongewenste disbalans in de overeengekomen governance door een tegenstrijdig belang is een flexibel meervoudig stemrecht.⁴

4. Quorumeisen, meerderheidseisen en vetorecht

Quorumeisen en meerderheidseisen

De statuten of reglementen kunnen bepalen dat besluiten van het bestuur of de raad van commissarissen alleen kunnen worden genomen als een bepaald aantal bestuurders aanwezig is of een bepaald aantal bestuurders voor het voorstel stemt. De wet stelt geen grenzen aan quorum- of meerderheidseisen bij besluitvorming door het bestuur of de raad van commissarissen. De statuten kunnen voorschrijven dat elk besluit met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering waarin alle bestuurders zijn vertegenwoordigd.

Quorum- en meerderheidseisen mogen in een reglement zonder statutaire grondslag

Volgens ons is het mogelijk dat het bestuur in een reglement vastlegt dat bepaalde bestuursbesluiten met een gekwalificeerde meerderheid worden genomen.⁵ Hetzelfde geldt volgens ons voor quorumeisen. Dit gebeurt ook in de praktijk. Een expliciete verwijzing in de statuten naar besluitvorming in een reglement is ons inziens niet nodig. Anders dan bij het meervoudig stemrecht vereist de wet geen statutaire regeling voor quorum- of meerderheidseisen binnen het bestuur of de raad van commissarissen.⁶ De besluitvormingsregelingen in de statuten kunnen uitputtend zijn. Een verbod tot het vastleggen van besluitvormingsregels buiten de statuten, kan soms wellicht nuttig zijn. Men dient hierbij te bedenken dat een besluit in strijd met de statuten soms nietig is, bijvoorbeeld bij het niet naleven van

2. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p.22. Waar wordt gezegd "slechts in het uitzonderlijke geval dat alle bestuurders een tegenstrijdig belang zouden hebben, is de laatste volzin van lid 6 van art. 2:129 / 2:239 BW van toepassing". Zie hierover ook Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 18, en verder G.J.C. Rensen, "Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk", *WPNR* 2013/6979, p. 458-463.
3. Zie art. 2:129 / 2:239 lid 2 BW voor het bestuur en art. 2:140 / 2:250 lid 4 BW voor de raad van commissarissen.
4. Zie hiervoor paragraaf 6.
5. Zie paragraaf 8 van de vervallen Departementale Richtlijnen 1986.
6. Anders Dumoulin in zijn proefschrift; "Preliminaire voorwaarden - voorwaarden voor het houden van vergaderingen of het kunnen nemen van besluiten buiten vergadering - en constitutieve vereisten - quorumeisen, meerderheidseisen en vormvereisten voor het stemmen - lenen zich niet voor reglementaire normering.", S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss Groningen), 1999, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 31, p. 236. Hoewel Dumoulin in: B.F. Assink e.a., *De toekomst van het ondernemingsrecht - Het ondernemingsrecht van de toekomst*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 99, p. 90, stelt dat het wel mogelijk is in een reglement stemverhoudingen, zoals een gekwalificeerde meerderheid of toekenning van gedifferentieerd stemrecht voor te schrijven. Zie verder over de mogelijkheid om stemrechtregelingen op te nemen in een (statuair) reglement paragraaf 6.

een statutaire quorumeis, terwijl een besluit in strijd met een reglement slechts vernietigbaar is bijvoorbeeld bij het niet naleven van een quorumeis in een reglement (art. 2:14/15 BW).

Niet voldoen aan een quorum- of meerderheids-eis door een tegenstrijdig belang

Als aan een voorgeschreven quorum- of meerderheidseis niet wordt voldaan door een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders/commissarissen kan het besluit niet worden genomen. De wettelijke verwijzingsregeling van het tegenstrijdig belang lijkt naar de letter van de wet van toepassing, omdat door tegenstrijdig belang het quorum niet wordt gehaald en hierdoor niet gestemd kan worden. Dat is echter niet de situatie die de wetgever (met het woord “*hierdoor*”) heeft willen regelen. Er zijn immers nog steeds bestuurders/commissarissen zonder tegenstrijdig belang die in het orgaan stem kunnen uitbrengen. De oorzaak van het niet kunnen nemen van een besluit ligt bij de quorumeis of meerderheidseis en niet bij een tegenstrijdig belang van alle bestuurders of commissarissen. De wettelijke verwijzing naar een ander orgaan kan daarom niet worden gevolgd.⁷ Een verkeerd orgaan zou het besluit nemen en dat zou tot een nietig besluit leiden. Een delegatie van het besluit aan een ander orgaan is ook niet statutair mogelijk.

De juiste formulering van een quorumeis of meerderheidseis zorgt voor het handhaven van het evenwicht binnen de besluitvorming bij een tegenstrijdig belang van een bestuurder/commissaris. Als een quorum- of meerderheidseis is gekoppeld aan het aantal personen in functie kan dit ertoe leiden dat bij een tegenstrijdigbelangsituatie een besluit gewoonweg niet kan worden genomen, omdat er niet genoeg bestuurders/commissarissen mogen deelnemen aan het besluitvormingsproces. Daarom is het verstandig om bij de uitwerking van de (statutaire) vereisten met een mogelijk tegenstrijdig belang rekening te houden. Het uitgangspunt zal zijn dat het quorum of de meerderheid wordt gerelateerd aan het aantal stemgerechtigde personen en niet aan het aantal personen in functie. Uiteraard voor zover dit binnen de gewenste governance past.

Vetorecht

De statuten of reglementen kunnen ook een regeling bevatten waarbij in het bestuur of de raad van commissarissen besluiten worden genomen met een gewone meerderheid onder de voorwaarde dat bestuurder A of commissaris A in ieder geval voor het voorstel stem uitbrengt.⁸ A heeft dan in feite een vetorecht. Over de geldigheid van een dergelijk vetorecht kan verschillend worden gedacht. In paragraaf 6 komen we hierop terug. Tegenstrijdig belang is ook van invloed op een dergelijke regeling. Als niet alle bestuurders/commissarissen een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben, zijn de wettelijke verwijzingsregels inzake tegenstrijdig

belang niet van toepassing. Het orgaan blijft dus bevoegd het besluit te nemen. Dit betekent dat besluitvorming niet mogelijk is als een bestuurder/commissaris A met een vetorecht een tegenstrijdig belang heeft; A is immers niet meer stemgerechtigd. Bij het opstellen van statuten moet met deze mogelijkheid rekening worden gehouden. Als alternatief kunnen de statuten bijvoorbeeld bij een tegenstrijdig belang van A regelen dat de vergadering van houders van aandelen A om goedkeuring moet worden gevraagd.

5. Bijzonderheden bij een one-tier board

Bij een one-tier board kan nog iets bijzonders spelen. Het kan daar gebeuren dat alle uitvoerende bestuurders een tegenstrijdig belang hebben maar de niet-uitvoerende bestuurders niet. Dit kan ook andersom natuurlijk. Wat betekent dit voor de besluitvorming binnen het bestuur? Omdat er sprake is van slechts één orgaan hebben niet alle bestuurders van het orgaan een tegenstrijdig belang. Binnen dit orgaan zijn er in dit geval nog steeds bestuurders bevoegd om stem uit te brengen en kan het bestuur dus overgaan tot besluitvorming. Daarnaast kan bij een one-tier board de wettelijke delegatiemogelijkheid een rol spelen. Op grond van art. 2:129a / 2:239a BW kan aan een bestuurder voor zaken die tot zijn taak behoren bij of krachtens de statuten de bevoegdheid worden gegeven over te gaan tot besluitvorming (zonder dat de andere bestuurders hun stem uitbrengen). Als die bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, zal het besluit ons inziens genomen worden door het gehele bestuur zonder dat de geconflicteerde bestuurder meedoet aan de besluitvorming.⁹ Dat past in de visie dat er sprake is van delegatie en dat er nog bestuurders zijn die kunnen stemmen omdat die niet geconflicteerd zijn.

Een bijzonderheid kan zich nog voordoen in de situatie dat er gestemd wordt over de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders terwijl alle niet-uitvoerende bestuurders een persoonlijk tegenstrij-

7. De minister geeft aan dat ook bij een tegenstrijdigbelangsituatie het kan voorkomen dat bij de overblijvende bestuurders de stemmen staken waardoor geen besluit tot stand komt; *Kamerstukken II* 2008/2009, 31763, nr. 6, p. 24. Zie verder Nowak & Leijten, t.a.p. alinea 10, Rensen, t.a.p. p. 460-461 en M. Mussche, “Tegenstrijdig belang: nieuwe regeling, nieuwe vragen”, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2013/3, p. 16.
8. Strikt formeel is hier niets op tegen aldus J.D.M. Schoonbrood, De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986, in: W. Bosse e.a., Statuten zonder bezwaar, Preadvies 2002 KNB, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, p. 51-118. Anders R.C.J. Galle, ‘Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon’, *Ondernemingsrecht* 2007/152, hij lijkt de stelling in te nemen dat dit vetorecht bij een vennootschap niet mogelijk is maar wel mogelijk is bij een vereniging, coöperatie en stichting.
9. Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 11.

dig belang hebben. Dit is een voorbeeld dat zich in de praktijk niet snel zal voordoen. De wet schrijft voor dat uitvoerende bestuurders niet kunnen deelnemen aan de besluitvorming over hun eigen bezoldiging (art. 2:129a/239a BW). Er is sprake van een “wettelijk tegenstrijdig belang” voor de uitvoerende bestuurders. Wij zouden willen aannemen dat in dit geval alle niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. Dat betekent dat in dit voorbeeld geen besluit kan worden genomen. Het besluit zal door de algemene vergadering of door degenen die in de statuten daarvoor zijn aangewezen kunnen worden genomen. In de literatuur wordt aangenomen dat in de statuten het tegenstrijdig belang ook zo kan worden weggeschreven dat alleen de niet-uitvoerende bestuurders (die geen orgaan vormen) bevoegd zijn.¹⁰ De wet geeft immers expliciet de mogelijkheid om statutair af te wijken van de regeling dat het bestuur belast is met het bestuur van de vennootschap (art. 2:129 lid 1 / art. 2:239 lid 1 BW). Het gaat hier om een bijzondere situatie waarbij niet een orgaan wordt aangewezen. Op de vraag of iedere derde kan worden aangewezen komen we hierna terug.

6. Meervoudig stemrecht

Om een machtsevenwicht te creëren binnen een meerhoofdig bestuur en raad van commissarissen wordt soms gekozen voor een meervoudig stemrecht. Een tegenstrijdig belang kan dit machtsevenwicht uit balans brengen als daar niet op de juiste manier in de statuten of reglementen rekening mee wordt gehouden. We zullen daar nader op ingaan. Eerst bespreken wij de Departementale Richtlijnen 1986 (de “Richtlijnen”) en de implementatie van een deel van deze Richtlijnen in de wet bij de Wet herziening preventief toezicht 2001 om na te gaan wat de mogelijkheden en beperkingen zijn van het meervoudig stemrecht.

Meervoudig stemrecht en de Departementale Richtlijnen 1986

Met de invoering van de Wet herziening preventief toezicht op 1 september 2001¹¹ is een aantal bepalingen van de Richtlijnen in Boek 2 BW opgenomen.¹² In paragraaf 8 van de Richtlijnen waren voorschriften opgenomen voor de besluitvorming binnen een meerhoofdig bestuur. Die voorschriften waren van overeenkomstige toepassing op de besluitvorming binnen een meerhoofdige raad van commissarissen. Volgens deze paragraaf 8 konden de statuten regelen hoe binnen een meerhoofdig bestuur een besluit tot stand komt. Ook mocht men in de statuten bepalen dat een vennootschapsorgaan een reglement opstelt waarbij de besluitvorming wordt geregeld. In de Richtlijnen werd uitdrukkelijk voorgeschreven dat iedere bestuurder aan de totstandkoming van een besluit moet kunnen meewerken. Het principe van collegiaal bestuur werd hiermee verwoord. Volgens de Richtlijnen mochten statuten aan een

met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem toekennen (meervoudig stemrecht), mits die bestuurder alleen niet meer stemmen kon uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. Met deze laatste beperking op het meervoudig stemrecht wilde het departement eveneens het beginsel van het collegiaal bestuur zekerstellen.

Meervoudig stemrecht en de Wet herziening preventief toezicht 2001

De regeling uit de Richtlijnen inzake meervoudig stemrecht is in 2001 opgenomen in art. 2:129 lid 2/239 lid 2 BW. Uit de tekst van dit lid 2 valt op te maken dat iedere bestuurder ten minste één stem heeft. Dit benadrukt nog steeds het basisbeginsel van collegiaal bestuur. Aan een statutair bestuurder kon destijds niet het stemrecht worden onthouden, ook niet voor bepaalde besluiten. De regeling waarbij een bestuurder met een persoonlijk tegenstrijdig belang in de besluitvormingsfase niet mag participeren bestond nog niet. Bij het vervallen van de Richtlijnen is de beperking van het aantal stemmen dat een bestuurder bij meervoudig stemrecht kan uitbrengen overgenomen in art. 2:129 lid 2 / 2:239 lid 2 BW. Het beginsel van collegiaal bestuur wordt hier nog steeds gewaarborgd. Statutair kan derhalve worden bepaald dat bepaalde bestuurders meer dan één stem hebben. In de praktijk krijgt een bestuurder met een bepaalde letteraanduiding of de voorzitter van het bestuur het recht om meer stemmen uit te brengen. De bestuurder met het meervoudig stemrecht kan op grond van de wettelijke beperking niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. De beperking dient volgens ons per persoon te worden bekeken. Voorkomen wordt hiermee dat op voorhand duidelijk is dat de andere bestuurders “voor spek en bonen” meedoen en dat een bestuurder met het meervoudig stemrecht het in zijn macht heeft een besluit te nemen. Een statutaire regeling waarbij aan twee of meer bestuurders meervoudig stemrecht wordt toegekend is volgens ons mogelijk zolang niet een van hen meer stemmen kan uitbrengen dan alle andere bestuurders gezamenlijk.¹³ Een dergelijke regeling kan wel leiden tot situaties waarbij kongsi’s worden gesloten. Bepaalde bestuurders hebben dan praktisch geen invloed en doen feitelijk toch alleen voor “voor spek en bonen” mee. Per besluit kan worden gedifferentieerd in het

10. Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 19.

11. Wet van 22 juni 2000 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichtingen en wijzigingen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen, *Sib* 283.

12. Schoonbrood, t.a.p. p. 51-118.

13. Schoonbrood, t.a.p. p. 100-101.

stemrecht van bestuurders. In de statuten dient te staan hoeveel stemmen een bestuurder kan uitbrengen op bij de verschillende besluiten.¹⁴ Voor de raad van commissarissen is de regeling omtrent het meervoudig stemrecht ook op deze wijze in de wet opgenomen (zie art. 2:140 lid 4 / 2:250 lid 4 BW).

Beginsel van collegiaal bestuur en een veto-recht

Een regeling in een bestuur van bijvoorbeeld zes personen waarbij een besluit met een gewone meerderheid wordt genomen maar waarbij bestuurder A in ieder geval voor het voorstel stem moet hebben uitgebracht, achten wij naar de letter niet in strijd met de wettelijke begrenzing van het meervoudig stemrecht.¹⁵ Omdat het hier niet om meervoudig stemrecht gaat kan de regeling ook alleen in een reglement staan.¹⁶ Er is niet sprake van meervoudig stemrecht maar van een specifiek goedkeuringsrecht dat uitpakt als een vetorecht.¹⁷ A kan namelijk niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders gezamenlijk. A alleen kan dus niet een besluit nemen maar kan wel een besluit tegenhouden. Voor het besluit geldt nog steeds de (gewone) meerderheidseis. Deze regeling kan bijvoorbeeld wenselijk zijn voor besluiten die meer op de taak van bestuurders A zien en kan erin bestaan dat bepaalde besluiten alleen met een bepaalde meerderheid genomen kunnen worden als een bestuurder A ten gunste van het voorstel stemt.¹⁸ Als de regeling voor alle besluiten zou gelden, kan het beginsel van collegiaal bestuur in het gedrang komen en bestaat het risico dat er in conflictsituaties geen besluiten meer worden genomen.

Bartman gaat hier een stap verder in en vraagt zich af of een vetorecht van een commissaris binnen een omvangrijke groep commissarissen niet per definitie leidt tot strijd met het collegialiteitsbeginsel.¹⁹ Deze ene commissaris kan immers, zolang hij wenst, besluiten blijven blokkeren. Bartman meent dan ook dat in het licht van art. 2:140 lid 4 BW een vetorecht toegestaan is zolang dit beperkt blijft tot een aantal onderwerpen voor een beperkte periode.²⁰ Wij menen dat de omvang en bijbehorende invloed van een vetorecht niet in de weg hoeft te staan aan het beginsel van collegiaal bestuur. Ook al heeft een bestuurder/commissaris voor een aanzienlijk aantal onderwerpen een vetorecht dit betekent ons inziens niet dat hij daarom overheersende invloed heeft binnen het bestuur of raad van commissarissen waardoor het principe van collegiaal bestuur ter discussie staat. Er is wel sprake van een controlerende invloed van de persoon met het vetorecht maar die kan niet de andere leden van het orgaan passeren en zelf actief een besluit nemen. In de praktijk zien we regelmatig dergelijke vetorechten. Meestal in gevallen waarbij er afspraken zijn gemaakt met bepaalde grote “kernaandeelhouders”. Daarbij wordt vaak afgesproken dat het vetorecht komt te vervallen nadat het aandelenpakket van een aandeelhouder onder een bepaalde drempel zakt.

Kritiek op de begrenzing van het meervoudig stemrecht

Galle heeft kritiek geuit op de wettelijke beperking waarbij het individueel stemrecht van een bestuurder of commissaris van een BV of NV is gemaximeerd.²¹ Hij vindt de ratio van de begrenzing namelijk het beginsel van collegiaal bestuur ondeugdelijk en volstrekt arbitrair. Hij is een voorstander van de afschaffing van de wettelijke regeling van het gemaximeerde gedifferentieerde stemrecht. De begrenzing voorziet er volgens hem niet in dat bijvoorbeeld verstandige bestuurders worden beschermd tegen een onverstandige of foute beslissing van een bestuurder met meer stemmen. Er kunnen omstandigheden zijn dat een bestuurder met meervoudig stemrecht samen met een andere bestuurder de onverstandige of foute beslissing kan nemen. Wij zouden menen dat geen enkele regeling kan voorkomen dat er onverstandige beslissingen worden genomen. Het zou mooi zijn als dat wel het geval zou zijn. Ons inziens is deze bescherming niet wat met de begrenzing is beoogd. De begrenzing kan er voor zorgen dat er in het bestuur en de raad van commissarissen geen overheersende invloed kan worden uitgeoefend door één persoon (“primus inter pares”). Als deze overheersende invloed er wel zou zijn, zou een besluit nimmer een vrucht van overleg hoeven te zijn. Als de begrenzing wegvalt, is volgens

14. Galle, t.a.p. nr. 9, en vergelijkbaar A.F. Verdam, ‘Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit onder het nieuwe art. 2:129a lid 3’, *Ondernemingsrecht* 2013/102, afl. 14 en ook C.S. van Weert, Flexibele bestuursbesluitvorming in de joint venture, *Vennootschap & Onderneming* 2014, p. 44-46.
15. Schoonbrood, t.a.p. p. 100. Zie ook Galle, t.a.p. nr. 7. Bartman is het hier in beginsel mee eens maar wij begrijpen dat hij betwijfelt of een stemrechtregeling waarbij een of twee commissarissen binnen een omvangrijke raad van commissarissen een vetorecht hebben wel afdwingbaar is in het licht van art. 2:140 lid 4 BW, zie S.M. Bartman, ‘Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: een vennootschapsrechtelijk dubieuze constructie’, *WPNR* 2009/6809, p. 688-693.
16. Bartman, t.a.p. p. 688-693 schreef dat door Schoonbrood in het preadvies uit 2002 is betoogd dat een vetoregeling niet rechtsgeldig alleen in een reglement kan staan. Dit volgt ons inziens niet uit het preadvies.
17. Zie hierover ook S.M. Bartman, “Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: vervolg naar aanleiding van Kamervragen”, t.a.p. p. 847-850 en met name antwoord 5 van de Minister van Financiën dat een specifieke statutaire grondslag voor een vetorecht van commissarissen niet nodig is.
18. Zie ook over een dergelijk vetorecht Van Weert, t.a.p. p. 44-46.
19. Bartman vraagt zich dit af in het kader van de stemrechtregeling binnen de raad van commissarissen van ING Groep N.V. zoals opgenomen in haar destijds geldende reglement vastgesteld op 17 februari 2009, zie Bartman, t.a.p. p. 688-693.
20. Zie Bartman, t.a.p. p. 688-693.
21. Galle, t.a.p. nr. 9.

ons het hek van de dam voor ieder die zich in een overheersende positie wil manoeuvreren. Volgens Galle zou de overheersende positie kunnen worden voorkomen door bijvoorbeeld in bepaalde gevallen voor een besluit een gekwalificeerde meerderheid te eisen. Wij zien dit als een gekunstelde oplossing omdat dit leidt tot een correctie van het machtsevenwicht voor vooraf vastgelegde besluiten. Voor de berekening van het aantal stemmen voor het gekwalificeerde besluit wordt dan aan de gezamenlijke stemmen van de minderheid toch weer een groter gewicht toegekend. Daarnaast, zoals wij hiervoor hebben betoogd, zien wij de begrenzing als een waarborg van het principe van collegiaal bestuur en uiteindelijk niet als beschermingsregeling tegen meer controle door collega-bestuurders binnen een bestuur.

Galle komt tot zijn kritiek door te kijken naar de vereniging, coöperatie en de stichting. Bij die rechtspersonen kent de wet geen begrenzing in het individuele stemrecht. In zijn optiek is bij die rechtspersonen een doorslaggevende stem voor een bestuurder of toezichthouder mogelijk. Dat betekent hier dat binnen het bestuur of toezichthoudend orgaan een persoon zoveel stemmen heeft dat hij alleen actief besluiten kan nemen en ook passief alleen ieder besluit kan tegenhouden. Volgens Galle is er voor die rechtspersonen aan de wet geen argument te ontleen voor een analoge toepassing van de begrenzing die geldt voor de NV en de BV. Hoewel de wet geen argument geeft, menen wij dat het een goede governance is om bij die rechtspersonen ook uit te gaan van dezelfde begrenzing van het individuele stemrecht.²² Zou u in een bestuur van een stichting willen zitten waarbij een van de bestuurders in zijn eentje alle of een groot deel van de besluiten kan doordrukken?

Meervoudig stemrecht alleen in een reglement

De regeling uit de Richtlijnen (paragraaf 8.3) waarin was opgenomen dat de statuten mogen bepalen dat een vennootschapsorgaan een reglement opstelt waarin de besluitvorming wordt geregeld, is niet in de wet teruggekomen. De vraag is of deze regeling niet is opgenomen in de wet omdat het duidelijk is dat dat ook zonder wettelijke grondslag mogelijk is. Kan het meervoudig stemrecht uitsluitend worden geregeld in een reglement?

De statuten mogen bepalen dat het vennootschapsorgaan een reglement mag vaststellen waarin de besluitvorming van dat orgaan wordt geregeld.²³ Een wettelijke of expliciete statutaire bepaling is volgens ons daarvoor niet nodig. Dat wordt anders als een ander orgaan dan het orgaan waarvoor het reglement wordt opgesteld een recht krijgt bij het vaststellen of geven van goedkeuring. Er wordt dan afgeweken van het principe dat een orgaan in vrijheid zijn eigen regels over de besluitvorming opstelt.

Kan een afwijking van het principe dat binnen een orgaan ieder lid van dat orgaan een stem heeft ook meegenomen worden in de afspraken over de besluitvorming in het reglement? In het preadvies over de Wet herziening preventief toezicht werd verdedigd dat de regeling van het meervoudig stemrecht in de statuten moet staan en dat de regeling niet meer uitsluitend in het reglement kan staan.²⁴ Volgens Bosse kon het meervoudig stemrecht in een reglement worden geregeld mits er een statutaire grondslag is.²⁵ Met dit laatste bedoelt hij waarschijnlijk dat in de statuten moet staan dat een reglement kan worden opgesteld waarin de besluitvorming (bedoeld is inclusief meervoudig stemrecht) wordt geregeld. Hij leest in de wettekst niet dat het meervoudig stemrecht aan een met name of in functie aangeduide bestuurder statutair moet worden geregeld. Hij leidt dat af uit de tekst van de wet die namelijk luidt “dat de statuten *kunnen* bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend.”

Hoewel we het standpunt van Bosse begrijpen, is het volgens ons niet de bedoeling geweest om het meervoudig stemrecht buiten de statuten om te regelen. Waarom zegt de wetgever immers dat het statutair alleen kan bij een met name of in functie aangeduide bestuurder? Als dit ook in een reglement zou kunnen, dan geldt kennelijk de beperking van de met name of in functie aangeduide bestuurder bij niet. Het bestuur zou in een reglement helemaal vrij zijn in de vaststelling van het meervoudig stemrecht. Het bestuur zou in een reglement dan zelfs zover kunnen gaan dat ad hoc iedere keer wordt besloten hoeveel stemmen een bestuurder kan uitbrengen. Op die wijze kan er telkens sturing worden gegeven aan de uitkomst van een stemming. Wij gaan er van uit dat de regeling van het meervoudig stemrecht in de statuten dient te staan. Dat geldt ons inziens voor alle gevallen waarbij er feitelijk sprake is van meervoudig stemrecht; bijvoorbeeld ook bij de kwestie van de doorslaggevende stem bij staking

22. Het ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen geeft een wettelijke grondslag voor een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen. Het doel van het voorstel is om een voor alle rechtspersonen geldende basisregeling voor de taak van het toezichthoudend orgaan en zijn leden te bieden. Onderdeel van de voorgestelde regeling is dat een toezichthouder niet meer stemmen kan worden toegekend dan de andere toezichthouders gezamenlijk. Het voorontwerp bevat geen gelijklopend voorstel voor het bestuur van de vereniging of de stichting.

23. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 420.

24. Schoonbrood, t.a.p. par. 2.11.

25. W. Bosse in: Statuten zonder bezwaar, Preadvies 2002 KNB, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002, t.a.p. p. 34. Zie ook J.M.M. Maeijer, G. van Solinge, M.P. Nieuwe Weme in Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 420.

van stemmen. Regelingen omtrent meerderheids-eisen, quorumeisen en andere uitwerkingen rondom de besluitvorming van een orgaan kunnen ons inziens wel in het reglement van dat orgaan worden opgenomen omdat de wet daar geen statutaire grondslag voor vereist.

Toepassing in de praktijk – tegenstrijdig belang

De hiervoor besproken regelingen voor bestuurders en commissarissen inzake gedifferentieerd stemrecht worden vaak op maat gemaakt in joint-ventures en private-equity structuren.²⁶ Aandeelhouders willen graag eigen vertegenwoordigers in de besturen en raden van commissarissen. Om dat te bereiken worden rechtstreekse statutaire benoemingsrechten of statutaire voordrachtsrechten gegeven aan houders van aandelen van een soort of aanduiding. Bij het maken van afspraken omtrent de governance willen partijen rekening houden met een evenwichtige afspiegeling van de aandeelhouders in die organen.

Om te voorkomen dat bij een vacature van een bestuurder of commissaris of bij ander belet of ontstentenis het evenwicht in het bestuur of de raad van commissarissen wordt doorbroken, maakt men regelmatig gebruik van meervoudig stemrecht. Nu het tegenstrijdig belang zich afspeelt in de besluitvormingssfeer, heeft een tegenstrijdig belang ook gevolgen voor de gewenste indirecte invloed van de aandeelhouders in het bestuur of de raad van commissarissen. Bij het opstellen van statuten zal daarmee rekening moeten worden gehouden.

Zo ziet men in de praktijk regelingen waarbij een bestuurder A evenveel stemmen kan uitbrengen als er bestuurders B in functie (bijvoorbeeld 2) zijn en een bestuurder B evenveel stemmen kan uitbrengen als er bestuurders A in functie (bijvoorbeeld 3) zijn. Als de bestuurders A en de bestuurders B per groep volledig verschillend stemmen leidt dat tot een staking van stemmen namelijk 6 voorstemmen van de bestuurders A en 6 tegenstemmen van de bestuurders B. Door in de statutaire regeling te verwijzen naar het aantal bestuurders in functie wordt geen rekening gehouden met de situatie waarbij een van de bestuurders een tegenstrijdig belang heeft. Zou immers een van de twee bestuurders B door het tegenstrijdig belang niet kunnen meedoen aan het stemmen dan kan de groep bestuurders A tezamen nog steeds 6 stemmen uitbrengen maar kan de enige stemgerechtigde bestuurder B maar 3 stemmen uitbrengen. Om ook bij een tegenstrijdig belang het evenwicht in de besluitvorming te behouden zou een betere formulering zijn dat iedere *stemgerechtigde* bestuurder A evenveel stemmen kan uitbrengen als er *stemgerechtigde* bestuurders B in de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn (of aan de stemming buiten vergadering deelnemen). Deze regeling geldt dan

omgekeerd ook voor de stemgerechtigde bestuurders B. In het voorbeeld heeft de groep bestuurders A dan 3 stemmen en heeft de enige stemgerechtigde bestuurder B ook 3 stemmen.

Alternatief voor evenwichtige governance - interne goedkeuring ander vennootschapsorgaan en de beletregeling

Het evenwicht in de governance in geval van meervoudig stemrecht kan ook worden bereikt door een statutair goedkeuringsrecht. Als bijvoorbeeld een van de bestuurders A een tegenstrijdig belang heeft, is voor het besluit van het bestuur de goedkeuring nodig van de vergadering van de houders van aandelen A. Dit kan vooral spelen bij joint-ventures en private-equity structuren. In dergelijke structuren zijn soms vergoedingsafspraken gemaakt met bestuurders die ook een functie vervullen op het niveau van de aandeelhouder. Bij het nemen van beslissingen bij de vennootschap kunnen die bestuurders worden beïnvloed door de afspraken op het niveau van de aandeelhouder. Mogelijk hebben zelfs alle bestuurders A een persoonlijk tegenstrijdig belang. Er zijn dan nog bestuurders B in functie en die kunnen dan het bestuursbesluit over dit onderwerp nemen. Ook voor dat geval kan in de statuten worden geregeld dat aan het bestuursbesluit (dat alleen genomen is door bestuurders B) goedkeuring moet worden gegeven door de vergadering van houders van aandelen A. Overigens is dit geen optie voor de commissarissen omdat voor besluiten van de raad van commissarissen in beginsel geldt dat die niet kunnen worden onderworpen aan de goedkeuring van een ander orgaan.²⁷

Het evenwicht kan ook worden bewaakt door gebruik te maken van de regeling inzake belet.²⁸ De statuten kunnen volgens de wet nader bepalen wanneer er sprake is van belet. Deze verruimde

26. Zie ook Van Weert, t.a.p. p. 46.

27. Zie *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 277, nr. 5, p. 10. Schoonbrood, t.a.p. p. 93. Zie ook P. van Schilfgaarde, 'Statuten zonder bezwaar. Bespreking van het preadvies "Statuten zonder bezwaar" uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie op 11 oktober 2002, door mr. W. Bosse, mr. J.D.M. Schoonbrood, mr. H.J. Breeman, mr. J.A.M. ten Berg met een inleiding door mr. drs. D.F.M.M. Zaman en prof. mr. P.J. Dortmond', *WPNR* 2002/6503, p. 645, waarin de auteur betoogt dat besluiten van de raad van commissarissen genomen krachtens een aan haar gedelegeerde bevoegdheid wel aan goedkeuring kunnen worden onderworpen.

28. Statuten dienen een regeling te bevatten voor ontstentenis (afwezigheid) en belet (verhinderend) van bestuurders. Voor een BV is dat ook verplicht voor een raad van commissarissen sinds 1 oktober 2012. Zie verder hierover Chr. M. Stokkermans, *Naschrift*, *WPNR* 2013/6977, p. 428-429 en mr. R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979, p. 471-472 en P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990, p. 833-837. Anders: Nowak & Leijten, t.a.p. p. 505-506 en H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'Naschrift bij "De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?"', *WPNR* 2013/6969, p. 262.

beletregeling kan volgens de literatuur worden gebruikt door het tegenstrijdig belang van een of meer personen aan te merken als een beletsituatie.²⁹ De persoon met het tegenstrijdig belang wordt dan tijdelijk vervangen door een tijdelijke bestuurder of tijdelijke commissaris. De tijdelijke bestuurder of commissaris kan bij joint-ventures afkomstig zijn “uit hetzelfde kamp” als de geconflieeerde. Op een derde als beletpersoon is de tegenstrijdigbelangregeling niet van toepassing door het wettelijk kader van de tegenstrijdigbelangregeling en de beletregeling. Wat als de derde door persoonlijke redenen niet onafhankelijk is in zijn oordeelsvorming? Ons inziens zou bij de overwegingen tot aanwijzing van de beletpersoon rekening moeten worden gehouden met een eventueel persoonlijk tegenstrijdig belang zijnerzijds. Als beletpersoon wordt hij immers verwacht tijdelijk – voor het onderwerp waar het tegenstrijdig belang voor bestaat – de positie van bestuurder of commissaris te vervullen.³⁰ Bepaald kan worden (bijvoorbeeld jaarlijks vooraf of op het moment dat dat nodig is) dat de aandeelhouder die de geconflieeerde bestuurder heeft benoemd of voorgedragen een andere persoon tijdelijk als bestuurder kan voordragen of benoemen. Op die wijze kan het evenwicht in het bestuur en de raad van commissarissen in stand blijven. Moet de verwijzingsregel naar de raad van commissarissen bij een tegenstrijdig belang van alle leden van het bestuur worden toegepast of kan in dat geval ook de beletregeling voor het bestuur worden toegepast? Hier kan verschillend over worden gedacht.³¹ Gelet op het doel van de regelingen lijkt het logischer om dan de verwijzingsregel toe te passen. Toch zien wij geen reden om de beletregeling niet te gebruiken. Als gevolg daarvan wordt de verwijzingsregeling inzake het tegenstrijdig belang niet van toepassing, omdat er door de beletregeling al tijdelijk voorzien is in een bestuur. Pas als alle tijdelijk bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, is de verwijzingsregel van toepassing en zal de raad van commissarissen het besluit kunnen nemen.

Bijzonderheden bij een executive committee als bestuursmodel

Als een vennootschap een executive committee als bestuursmodel heeft, verdienen de stemrechtregelingen ook bijzondere aandacht. Dit bestuursmodel is populair bij grote vennootschappen. In het Rapport Monitoring Boekjaar 2012 is geconstateerd dat bijna de helft van de vennootschappen een executive committee (Exco) heeft ingesteld.³² Een dergelijke Exco bestaat uit de leden van het statutaire bestuur en wordt meestal aangevuld met personen uit het hogere management van het bedrijf. In het voorstel voor de herziening van de Nederlandse corporate governance code staat dat het instellen van een Exco gevolgen heeft voor de wijze waarop de *checks and balances* en het toezicht binnen de vennootschap worden gewaarborgd.³³ De invulling van de Exco is volgens dat voorstel afhan-

kelijk van de specifieke kenmerken van de vennootschap en het voorstel geeft daarom geen concrete voorschriften hoe dit bestuursmodel moet worden ingericht. Bij de uitwerking van dit model moet voor de besluitvorming binnen de Exco mede gelet worden op de statutaire bestuurders. In een Exco-reglement staat vaak dat een besluit wordt genomen met een gewone meerderheid van de stemmen. Om dit besluit te kunnen aanmerken als een vennootschappelijk besluit moet in ieder geval worden bepaald dat de meerderheid van de statutaire bestuurders voor het besluit stemmen. In de onderlinge verhoudingen wordt een besluit als aangenomen aangemerkt als de meerderheid van de Exco leden voor het voorstel stemt en als de meerderheid van de leden van het statutaire bestuur voor het voorstel stemt. De regeling zal rekening moeten houden met situaties van tegenstrijdig belang van statutaire bestuurders. Een tegenstrijdig belang van een lid van de Exco dat geen statutair bestuurder is, zal wettelijk geen tegenstrijdig belang zijn. Als alle statutaire bestuurders binnen de Exco een tegenstrijdig belang hebben, kan de Exco het besluit niet nemen. Als er gebruik gemaakt wordt van meervoudig stemrecht, zal voor de statutaire bestuurders de wettelijke begrenzing van het meervoudig stemrecht gelden. Bij de vaststelling dat een bestuurder niet meer stemmen uitbrengt dan de andere bestuurders tezamen, wordt alleen gekeken naar de statutaire bestuurders.

Bijzonderheden bij stemrecht in commissies van de raad van commissarissen

De Corporate Governance Code schrijft voor dat als de raad van commissarissen uit meer dan vier leden bestaat er drie kerncommissies worden ingesteld te weten een auditcommissie, een remuneratiecommissie en een selectie- en benoemingscommissie (Principe III.5 Code 2008 en 2.3.2 Voorstel voor herziening Code van 11 februari 2016).³⁴ In reglementen van die

29. Ook bij een NV kan een tegenstrijdig belang onder de statutaire beletregeling worden gebruikt. Zie Stokkermans t.a.p. p. 429.

30. Zie over de derde als beletfunctionaris nader G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, Reactie op “Belet of ontstentenis, that is the question” van P.H.N. Quist, WPNR 2014/7002.

31. Zie bij noot 28.

32. Monitoring Commissie vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code December 2012, p. 32, www.commissiecorporategovernance.nl.

33. Zie het consultatiedocument: “De Nederlandse Corporate Governance Code, voorstel voor herziening” van 11 februari 2016, p. 24.

34. Het consultatiedocument voor de herziening van de Code noemt in bepaling 2.7.4. nog een speciale commissie bestaande uit leden van het bestuur en de raad van commissarissen ter voorbereiding van de besluitvorming in geval van openbare biedingen of art. 2:107a BW-transacties. Voorzitter van deze gemengde commissie is de voorzitter van de raad van commissarissen.

commissies wordt vaak voor het stemrecht en de besluitvorming verwezen naar het reglement van de raad van commissarissen. Het “besluit” van een commissie is niet een besluit dat toegerekend kan worden aan het orgaan, de raad van commissarissen. Het kan worden gezien als een voorbereidend besluit.³⁵ Omdat het niet een vennootschapsrechtelijk besluit van een orgaan is, zijn de wettelijke beperkingen van het meervoudig stemrecht bij het staken van stemmen en de regeling inzake het tegenstrijdig belang in strictu sensu niet van toepassing.

Zou een commissaris met een persoonlijk tegenstrijdig belang in een commissie wel mee mogen doen aan de voorbereiding van het besluit? Wij menen dat deze commissaris zich dient te onthouden van iedere beraadslaging. Niet alleen binnen het orgaan maar ook bij de voorbereidende beraadslaging binnen de commissie. Dat kan er toe leiden dat er binnen de commissie minder beoordelende of stemgerechtigde leden zijn. Als er dan nog maar twee stemgerechtigde leden zijn, dan kan de vraag opkomen of een voorzitter van de commissie met een doorslaggevende stem die extra stem wel mag uitoefenen. Bij een raad van commissarissen zal dat door de beperking van het meervoudig stemrecht niet kunnen. Als de stemrechtregeling van de raad van commissarissen ook van toepassing is verklaard op de commissie dan kan dat bij de commissie ook niet; de voorzitter zou dan meer stemmen hebben dan de andere stemgerechtigde commissarissen/commissieleden tezamen. Als er niet wordt verwezen naar de stemrechtregeling van de raad van commissarissen, zal het volgens ons wel zo kunnen zijn dat de voorzitter de doorslag geeft. Het gaat immers alleen om de voorbereiding van de besluitvorming. Als het voorstel van de commissie vervolgens aan de raad van commissarissen ter besluitvorming wordt voorgelegd, kan daarbij medegedeeld worden hoe de behandeling in de commissie is geweest. Alle commissieleden zonder tegenstrijdig belang kunnen dan participeren in de beraadslaging. Voor een voorzitter kan het verstandig zijn om over de voorbereiding transparant te zijn en in een dergelijk geval mee te delen dat de commissieleden niet met een gezamenlijk advies zijn gekomen vanwege de verschillende standpunten in de commissie.

7. Staken van stemmen en tegenstrijdig belang

De wet kent geen specifieke regeling voor staken van stemmen in het bestuur en in de raad van commissarissen. Dergelijke regelingen staan wel vaak in statuten. De stemmen staken als er geen meerderheid van de stemmen voor of tegen het voorgenomen voorstel is. Er ontstaat een impasse. Een tegenstrijdig belang kan het beoogde evenwicht binnen de besluitvorming verstoren als hier niet op de juiste manier in de statuten of reglementen rekening mee wordt gehouden. Om na te gaan wat de mogelijk-

heden en beperkingen zijn voor regelingen over het staken van stemmen bespreken wij de Richtlijnen en de implementatie van deze Richtlijnen in de wet bij de Wet herziening preventief toezicht 2001.

Statutaire geschillenbeslechting en begrenzing van meervoudig stemrecht

In de Richtlijnen stond het volgende voorschrift (paragraaf 8.2.):

“De statuten kunnen bepalen dat bij staken van stemmen de beslissing wordt genomen door een in de statuten aangewezen vennootschapsorgaan of door een in de statuten aangewezen bestuurder, mits deze alleen minder stemmen heeft dan alle andere bestuurders gezamenlijk.”

Dit voorschrift is in 2001 bij de herziening van het preventief toezicht niet opgenomen in de wet. Bestuurders hebben alles afgewogen en komen niet tot een meerderheidsstandpunt; de stemmen staken. Dat een ander vennootschapsorgaan in de statuten kan worden aangewezen en de beslissing kan nemen, wil ons inziens niet zeggen dat dat orgaan stemrecht uitoefent in het bestuur. Het is een vorm van statutaire geschillenbeslissing. Het gevolg is wel dat er een bestuursbesluit is genomen. Indien een met name of in functie aangeduide bestuurder is aangewezen is dat anders, omdat zij deel uitmaken van het orgaan het bestuur. Dit departementale voorschrift was voor de bestuurders een uitwerking van het voorschrift van paragraaf 8.1 dat een bestuurder niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. De begrenzing van destijds 8.2 was in lijn met de begrenzing van 8.1; immers de bestuurder die de beslissing kan nemen mag bij de gewone stemming niet al evenveel stemmen hebben als de andere bestuurders gezamenlijk. Hij mag ten hoogste bij een gewone stemming evenveel stemmen hebben als de andere bestuurders tezamen minus één stem. Staken de stemmen dan heeft hij een beslissende stem en daarmee wordt voldaan aan het voorschrift dat hij niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders gezamenlijk.

35. Zoals bepaald in Principe III.5 Code 2008. Zie ook P. van Schilfgaarde e.a., *Van de BV en de NV*, nr. 70.

In de praktijk wordt bij het staken van stemmen veel gebruik gemaakt van dit meervoudig stemrecht. De voorzitter of een andere met name of in functie aangeduide bestuurder/commissaris krijgt in dat geval statutair de doorslaggevende stem in het geval er meer dan twee personen in functie zijn. De stem die de doorslag geeft, zien wij dus als een extra stem in het geval die wordt gegeven aan de voorzitter van het orgaan of aan een andere met name of in functie aangeduide bestuurder/commissaris. Hebben we dan niet met een begrenzing te maken?

De voorzitter kan geen doorslaggevende stem hebben, indien er maar twee bestuurders (inclusief de voorzitter) zijn die stem uitbrengen. Een doorslaggevende stem leidt ertoe dat de voorzitter meer stemmen uitbrengt (namelijk 2 stemmen) dan de andere bestuurders gezamenlijk (namelijk er is nog een andere bestuurder die maar goed is voor 1 stem). De regeling is in strijd met de wettelijke beperkingen van art. 2:129 lid 2 / 2:239 lid 2 BW, art. 2:140 lid 4 / 2:250 lid 4 BW.³⁶ De bestuurder zonder doorslaggevende stem heeft in het geval hij anders stemt dan de voorzitter nimmer de kans om de keuze van de voorzitter te doorbreken. De voorzitter bepaalt in feite de uitkomst. Indien er twee bestuurders zijn, is vaak in de statuten opgenomen dat bij staking van stemmen het voorstel is verworpen.

Invloed van tegenstrijdig belang op regeling staking van stemmen

Bij het opstellen van een regeling met een doorslaggevende stem wordt vaak geen rekening gehouden met de situatie van een tegenstrijdig belang. Als de voorzitter vanwege een tegenstrijdig belang niet kan stemmen, zal hij om die reden bij staking van stemmen ook niet gebruik kunnen maken van de doorslaggevende stem. De statutaire oplossing voor het staken van stemmen werkt in dat geval niet. Een ander orgaan zal op grond van de wettelijke verwijzingsregels van het tegenstrijdig belang niet bevoegd worden, omdat niet alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. Een nadere statutaire regeling is dan nodig voor het staken van stemmen ingeval de voorzitter een tegenstrijdig belang heeft.

Belissende stem voor een ander orgaan of een derde bij staken van stemmen binnen bestuur en raad van commissarissen

Als het gaat om een oplossing voor een impasse bij staking van stemmen en niet gekozen wordt voor de verwerping van het voorstel, kan in de statuten worden geregeld dat een ander orgaan de beslissing neemt. Met Westbroek menen wij dat ook een derde kan worden aangewezen. Volgens Westbroek kan dat als die regeling via de statuten kenbaar is en niet wezenlijk afbreuk doet aan het functioneren van het orgaan.³⁷ Van Solinge en Nieuwe Weme - en in navolging van hen Nowak en Leijten³⁸ - menen ook dat dat kan maar vinden dat die persoon wel deel moet uitmaken van een vennootschapsorgaan of op een of

andere wijze bij de organisatie moet zijn betrokken.³⁹ Deze laatste beperking lijkt een koppeling te maken met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 BW. Zij menen tevens dat de regeling in een reglement kan worden opgenomen maar dat naar de letter van de wet in geval van meervoudig stemrecht een regeling in de statuten verplicht lijkt te zijn. Wij menen dat in alle gevallen van staking van stemmen een statutaire regeling nodig is ook al lijkt dat niet uit de wet te volgen. Als een lid van het orgaan de doorslaggevende stem heeft, zal dit meervoudig stemrecht op grond van de wet binnen dat orgaan uit de statuten moeten volgen. Als een ander orgaan of een derde de beslissing neemt, dan verschuift de beslissingsbevoegdheid binnen de organisatie van het bestuur naar dat andere orgaan of naar de derde. Voor andere betrokkenen moet volgens ons duidelijk zijn wie in dit geval de beslissingsbevoegdheid heeft. Dat zal het geval zijn als die bevoegdheid kenbaar is uit de statuten (die immers openbaar zijn). Volgens ons kan bij staken van stemmen ook een buiten de organisatie staande derde in de statuten als beslechter van het geschil worden aangewezen. Ook kan volgens ons bij staken van stemmen in de statuten worden opgenomen dat een ander orgaan de derde aanwijst.

Kan een derde ook in statuten worden aangewezen in geval van tegenstrijdig belang zonder dat er sprake is van staking van stemmen?

Als alle bestuurders geconfronteerd zijn, kunnen de statuten op grond van de wet een andere regeling treffen mits er geen commissarissen zijn. Die andere regeling kan niet alleen worden neergelegd in een reglement. De vraag is of het besluit overgelaten kan worden aan een derde. De memorie van toelichting bij de Wet Bestuur en toezicht geeft hierop geen

36. Evenzo A.G. van Solinge, 'De juridische structuur van de vennootschappelijke top', in: *Van vennootschappelijk belang, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.J.M. Maeijer*, Zwolle 1988, p. 307 e.v.

37. W. Westbroek, 'Statutaire casu quo contractuele regelingen voor de tussenkomst van derden bij geschillen', *De NV* 1982, p. 19.

38. Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 20.

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

antwoord. Nowak en Leijten signaleren dat hier een soortgelijke vraag opkomt als bij het staken van stemmen.⁴⁰ Nowak en Leijten zijn van mening dat bij een tegenstrijdig belang een derde het besluit kan nemen mits degene die dan het besluit neemt deel uitmaakt van een vennootschapsorgaan of op andere wijze bij de organisatie is betrokken. Zij zijn van mening dat de regeling waarbij een derde bij staken van stemmen de beslissing neemt, ook toegepast kan worden bij het tegenstrijdig belang.⁴¹

Er is wel een verschil tussen beide situaties. Bij staking van stemmen is er over het ter stemming voorgelegde voorstel nog overleg geweest tussen de bestuurders. Er zijn inzichten uitgewisseld en die hebben geleid tot een impasse. Een in de statuten aangewezen derde kan van de standpunten kennis nemen en op basis daarvan de knoop doorhakken. Als echter alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, is er geen beraadslaging en geen uitwisseling van standpunten tussen de bestuurders. De geconflicteerde kan wel worden gehoord om informatie te verschaffen. Maar als in dat geval een derde het besluit moet nemen, dan zit hij op de stoel van het bestuur zonder dat hij de afwegingen van de bestuurders heeft gehoord. Wij vinden een statutaire regeling waarbij een buiten de vennootschap staande derde het besluit neemt, niet passen bij het besloten karakter van bestuur en raad van commissarissen. De beperking dat in de statuten alleen als derde aangewezen kan worden een persoon die deel uitmaakt van het “geconflicteerde” orgaan of een andere in de zin van art. 2:8 BW bij de organisatie betrokken persoon zouden we daarom bij tegenstrijdig belang – anders dan bij staken van stemmen – wel willen volgen. Zoals hiervoor al aangegeven zien wij ook geen probleem als de gehele one-tier board is geconflicteerd en de niet-uitvoerende bestuurders (als derde) worden aangewezen. Dit past in de beperking: zij zijn immers onderdeel van het bestuur. Een regeling in de statuten dat een orgaan of een instantie een derde kan aanwijzen past volgens ons niet bij deze regeling. Wij menen dat de statuten zelf moeten regelen wie bevoegd is en het besluit kan nemen.

Een derde kan ook op een andere wijze later in beeld komen. Als de algemene vergadering op grond van de regels van tegenstrijdig belang bevoegd is de beslissing te nemen, kan er ook binnen de algemene vergadering sprake zijn van staking van stemmen. Dat kan ertoe leiden dat een derde indirect bij tegenstrijdig belang alsnog de beslissende stem krijgt.

Opeenvolgende situaties van staking van stemmen

Als regelingen over staking van stemmen een ander orgaan bevoegd maken om de beslissing te nemen, dan moet er rekening mee worden gehouden dat in dat andere orgaan ook de stemmen kunnen staken.

Als de raad van commissarissen bevoegd is om de beslissing te nemen als de stemmen in het bestuur staken, geldt ook dat binnen de raad van commissarissen de voorzitter bij staking van stemmen de doorslaggevende stem mag hebben. Echter ook bij de raad van commissarissen kan zich vervolgens het probleem van het tegenstrijdig belang voordoen waardoor het besluit tot het nemen van de beslissing niet tot stand kan komen. Ook hiervoor is een nadere statutaire regeling voor het staken van stemmen van belang. Daarnaast kan in alle gevallen van staking van stemmen in bestuur en raad van commissarissen statutair de algemene vergadering worden aangewezen als het orgaan met de beslissende stem.

Voor staking van stemmen in de algemene vergadering wel een wettelijke regeling

Binnen de algemene vergadering kan er ook weer een impasse ontstaan. Anders dan voor het bestuur en de raad van commissarissen kent de wet een specifieke regeling voor staking van stemmen in een algemene vergadering namelijk in art. 2:120 lid 1 en art. 2:230 lid 1 BW. Uit deze artikelen volgt dat bij staken van stemmen bij verkiezing van personen, het lot beslist en dat bij een andere stemming het voorstel is verworpen.⁴² Blijkens deze artikelen kunnen de statuten een andere oplossing geven. Deze oplossing kan bestaan uit het opdragen van de beslissing aan een derde.

In de statuten kan worden opgenomen dat bij de benoeming van personen de eerste persoon op de voordracht is benoemd. Bij een stemming over andere onderwerpen kan worden bepaald dat een ander vennootschapsorgaan het besluit neemt.⁴³ Kan ook worden opgenomen dat bij staking van stemmen het voorstel wel is aangenomen? Degenen die het voorstel steunen, vormen geen meerderheid maar krijgen in dit geval wel hun zin. Dortmund schreef daar geen voorstander van te zijn, tenzij het voorstel wordt gedaan door een ander vennoot-

40. Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 20.

41. Nowak & Leijten, t.a.p. nr. 20.

42. Zie verder over de beslissing van het lot bij het staken van stemmen: B. Kemp, “Het lot als beslissers bij het staken van stemmen”, *WPNR* 2015/7076, p. 787-791.

43. Zie Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 368.

schapsorgaan dan de algemene vergadering.⁴⁴ De uitzondering die hij maakt, volgen wij niet. In zijn visie zou bijvoorbeeld bij staken van stemmen in de algemene vergadering het besluit zijn genomen indien de raad van commissarissen het voorstel aan het bestuur heeft voorgelegd waarna het bestuur het voorstel ter besluitvorming aan de algemene vergadering heeft voorgelegd. Met Dumoulin zijn wij van mening dat de meerderheid van stemmen in dit geval een voorwaarde dient te zijn voor de totstandkoming van een besluit.⁴⁵

Bestissing door een derde expliciet in wet genoemd

De laatste zin van art. 2:120 lid 1 en art. 2:230 lid 1 BW luidt:

“Deze oplossing kan bestaan in het opdragen van de beslissing aan een derde.”

Anders dan bij besluitvorming in het bestuur en de raad van commissarissen bestaat er door deze bepaling geen discussie over de vraag of de beslissing aan een derde wordt overgelaten. Die derde zal vaak bij het opstellen van de statuten nog niet in beeld zijn. Het is mogelijk in de statuten op te nemen dat een ander orgaan de derde aanwijst.⁴⁶ Nu kan de vraag opkomen waarom de mogelijkheid tot het aanwijzen van een derde om de beslissing te nemen zo expliciet wordt genoemd in de wet. Er staat in art. 2:120 lid 1 en art. 2:230 lid 1 BW namelijk al dat bij de statuten een andere regeling kan worden getroffen.⁴⁷ Uit het artikel van Dortmund volgt dat de wetgever met de verwijzing naar de “derde” tot uitdrukking heeft willen brengen dat voor de algemene vergadering de beslissing bij een derde kan worden gelegd, terwijl dat vóór de invoering van deze wetsartikelen door het Ministerie van Justitie bij de beoordeling van statuten niet werd toegelaten. Westbroek kwalificeerde de beslissing van een derde als een bindend advies.⁴⁸

Beperking aan de persoon van de derde?

Kan men iedere “derde” aanwijzen of is er nog een beperking? In de statuten kan men een persoon in de hoedanigheid van voorzitter van het bestuur, voorzitter van de raad van commissarissen of voorzitter van de algemene vergadering als derde aanwijzen. Kan ook een houder van een bepaald aandeel, bijvoorbeeld de houder van aandeelnummer 1, worden aangewezen of komen we dan in strijd met de wettelijke regeling omtrent het aantal stemmen?⁴⁹ Je zou kunnen redeneren dat dit zou moeten kunnen; immers als een voorzitter van het bestuur de beslissing kan nemen, dan kan dat voor die persoon als voorzitter van het bestuur in ieder geval niet een stem als aandeelhouder zijn. Het is eerder een oordeel als een soort arbiter die een geschil beslecht of het oordeel van een bindend adviseur. Voor een aandeelhouder zou het ook gezien kunnen worden als een stem ter beslechting van een

geschil en niet als een extra stem op een aandeel. Met Dortmund menen wij echter toch dat in dit geval sprake is van een ongeoorloofde vermeerdering van het stemrecht. Voor een NV is dat in strijd met art. 2:118 BW. Bij het staken van stemmen in het bestuur en de raad van commissarissen volgt de begrenzing bij staken van stemmen uit de wettelijke regeling van het meervoudig stemrecht. Is dat anders bij het stemrecht van een aandeelhouder? Volgens ons kan het feitelijk gezien worden als een extra zeggenschapsrecht dat verbonden is aan dat aandeel. Als de beslissing wordt gegeven aan iemand in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, dan lijkt het toch op de situatie dat deze aandeelhouder meer stemmen krijgt dan een andere aandeelhouder die in dezelfde positie verkeert.⁵⁰ Anders dan Dortmund menen wij in navolging van Dumoulin dat de aanwijzing van de oudste aandeelhouder niet mogelijk is.⁵¹ Ook al kan gezegd worden dat iemand met een bepaalde kwaliteit is aangewezen, het is wel duidelijk dat die persoon in dit geval altijd een houder van aandelen is. Deze aandeelhouder kan moeilijk gezien worden als een “derde”. De beslissing die genomen wordt, zorgt ervoor dat er een vennootschapsrechtelijk besluit wordt genomen. De beslissing zelf kan volgens Dumoulin naar analogie van de regeling dat een stem niet kan worden vernietigd (art. 2:13 lid 1 BW) ook niet worden vernietigd.⁵² Wil men de beslissing aantasten dan zal men zich moeten richten op de vernietiging van het gevolg van de beslissing te weten het besluit (art. 2:15 BW). Geldt deze beperking van een derde tegenwoordig ook nog bij een BV?

44. P.J. Dortmund, ‘Het meerderheidsbeginsel en het voorkomen van een impasse bij het staken der stemmen in aandeelhoudersvergaderingen’, *WPNR* 1977/5410, p. 645. Evenzo: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 368.

45. Dumoulin, t.a.p. nrs. 230 en 231. Dit is ook de lijn van de Hoge Raad in HR 15 december 1933, *NJ* 1933, 491 (Leidse Uitgevers) en HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (Distilleerderij). Anders, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 368.

46. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 36. Evenzo, M.E.C. Lok en B. Kemp, “Scheiding als gevolg van een gefaalde liefde”, *Ondernemingsrecht*, 2015/36, p. 197.

47. Zie Dortmund, t.a.p. p. 646 die dit uitdrukkelijk aankaart.

48. Westbroek, t.a.p. p. 15.

49. Dat was een vraag van Westbroek, t.a.p. p.16. Zie daarover Dortmund, t.a.p. (1977) p. 645.

50. Aldus volgens ons ook Dumoulin, t.a.p. nrs. 231 en 232.

51. Dortmund, t.a.p. p. 646. Dumoulin, t.a.p. nr. 231, en vergelijk Westbroek, t.a.p. p.15.

52. Dumoulin, t.a.p. nr. 232.

Beperking voor de hoedanigheid van een derde geldt niet bij een BV?

Bij een BV kan sinds 1 oktober 2012 in de statuten op veel manieren worden afgeweken van het wettelijke uitgangspunt dat het stemrecht zich evenredig verhoudt tot de nominale waarde van de aandelen (art. 2:228 lid 4 BW). Kan dit meervoudig stemrecht ook worden gebruikt om aan een houder van een bepaald aandeel een beslissende stem te geven?

Op grond van art. 2:228 lid 4 BW geldt een statutaire afwijking van het stemrecht voor alle besluiten van de algemene vergadering.⁵³ Anders dan bij bestuursbesluiten en besluiten van de raad van commissarissen, kan dus niet per besluit worden gedifferentieerd. Het is de vraag hoe dit artikel moet worden geïnterpreteerd in het licht van de doorbreking van de impasse. Is aan lid 4 voldaan als deze aandeelhouder bij elke staking van stemmen in de algemene vergadering omtrent welk voorstel dan ook het extra stemrecht kan uitoefenen? Of moet op grond van lid 4 een meervoudig stemrecht bij elk besluit worden uitgeoefend en niet alleen bij staking van stemmen? Met een beroep op de rechtszekerheid en de noodzaak om op correcte wijze uitvoering te blijven geven aan de toenmalige Zevende richtlijn vennootschapsrecht⁵⁴ heeft de wetgever aangegeven dat niet per besluit moet worden gevarieerd in het stemrecht. Bij een variatie van het stemrecht per besluit was namelijk niet duidelijk of een vennootschap kan worden aangemerkt als dochtermaatschappij. Het begrip dochtermaatschappij is van belang voor allerlei vennootschapsrechtelijke regelingen (bijvoorbeeld ten aanzien van inkoop van aandelen). Als het meervoudig stemrecht aan deze aandeelhouder wordt gegeven, wordt ons inziens niet per besluit gevarieerd en geldt het meervoudig stemrecht voor elk besluit mits de stemmen staken.

Kan er ook aan een houder van een stemrechtloos aandeel een beslissende stem worden gegeven? Ons inziens zou dat moeten kunnen. Er is geen sprake van een meervoudig stemrecht omdat het aandeel stemrechtloos is; er kan geen strijd ontstaan met art. 2:228 lid 4 BW. De houder van het stemrechtloos aandeel kan aangemerkt worden als een derde en zelfs een die bij de organisatie is betrokken.

Slot

De huidige tegenstrijdigbelangregeling heeft invloed op afspraken over stemrecht in het bestuur en de raad van commissarissen. Deze invloed maakt dat regelingen omtrent meervoudig stemrecht, quorumeisen, meerderheidseisen en staken van stemmen op maat moeten worden gemaakt om het gewenste evenwicht in de governance te handhaven en ongewenste en onbedoelde gevolgen te voorkomen. Met dit artikel hebben we hier aandacht voor willen vragen. De huidige regeling van tegenstrijdig belang heeft het behouden van de gewenste balans binnen het besluitvormingsproces er zeker niet makkelijker op gemaakt.

53. Bij nota van wijziging is later art. 2:228 lid 4 BW aangepast en kan niet meer per besluit worden gevarieerd in het stemrecht op aandelen.

54. Thans vervangen door implementatie van de Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van Richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (PbEU 2013, L 182 (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening)).