

Op welke wijze kan een Deadlock ex artikel 2:230 BW het beste worden opgelost?

*Mr. E.A.M. Meeuse en mr. L.B.J. Leunissen**

Inleiding

Deadlock-situaties komen in de praktijk veelvuldig voor. Hierbij kunt u aan de volgende voorbeeldsituatie denken.

Twee aandeelhouders hebben elk 50% van de aandelen in een joint venture. Het bestuur van deze joint venture heeft de jaarrekening opgemaakt en wil deze aan de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) overleggen ter vaststelling. De ene aandeelhouder keurt de jaarrekening goed, maar de andere aandeelhouder stemt tegen. Door het staken van stemmen, in het vervolg de 'Deadlock' genoemd, komt het besluit niet tot stand, waardoor de jaarrekening niet kan worden vastgesteld.

Om te voorkomen dat een besluit bij een Deadlock als verworpen moet worden beschouwd, kan volgens artikel 2:230 BW in de statuten worden opgenomen dat de oplossing aan een derde wordt opgedragen. Artikel 2:230 BW luidt:

'(...) Staken de stemmen bij verkiezing van personen, dan beslist het lot, staken de stemmen bij een andere stemming, dan is het voorstel verworpen; een en ander voorzover in de statuten niet een andere oplossing is aangegeven. Deze oplossing kan bestaan in het opdragen van de beslissing aan de derde.'

Ons inziens laten zich *drie* visies op de beslissing van de derde onderscheiden. Volgens de *eerste* visie geeft de derde een oplossing van de Deadlock-situatie met een bindende beslissing die in de plaats treedt van het aandeelhoudersbesluit. Volgens de *tweede* visie geeft de derde wel een bindende beslissing, maar treedt deze beslissing niet in de plaats van het besluit van de aandeelhouders. Er is een nieuwe AVA vereist, waarin de aandeelhouders overeenkomstig de bindende beslissing van de derde dienen te stemmen. Ten slotte kan volgens de *derde* visie het oordeel van de derde worden gezien als een eenvoudig advies (een zogenoemd 'niet-bindend advies') aan de aandeelhouders. Een nieuwe AVA is ook nu vereist, maar de aandeelhouders zijn niet verplicht overeenkomstig het advies te stemmen.

De wetsgeschiedenis op artikel 2:230 BW geeft geen duidelijkheid over welke interpretatie de wetgever voorstaat. Het voorlopig verslag bij dit artikel merkt slechts op dat een oplossing, als bedoeld in artikel 2:230 BW, vooral gewenst is met het oog op een oplossing voor de problematiek die rijst bij de zogenoemde 'fifty-fifty company'.¹

In deze bijdrage wensen wij enige verkennende opmerkingen te maken over de drie hiervoor genoemde visies. In de literatuur is immers nog weinig uitgekristalliseerd hoe de oplossing van de derde, zoals genoemd in artikel 2:230 BW, gekwalificeerd dient te worden. Maeijer en Westbroek geven 'slechts' aan dat de beslissing als een 'bindend advies' dient te worden gekwalificeerd. Zij stellen dat bij het opdragen van een beslissing aan een derde in wezen een als bindend advies te kwalificeren oordeel van één of meer personen wordt ingeroepen.² Nadat Maeijer en Westbroek deze conclusie hebben getrokken, laten zij zich vervolgens niet uit over de vraag of dit bindend advies in de plaats treedt van het besluit van de AVA, of dat er nog een nieuwe aandeelhoudersvergadering gehouden dient te worden.

Hierna zullen we allereerst ingaan op alternatieve geschillenbeslechting in Deadlock-situaties en de mogelijke voordelen van het aanwijzen van een arbiter of bindend adviseur. Vervolgens zullen de hiervoor genoemde visies op artikel 2:230 BW worden besproken.

Alternatieve geschillenbeslechting in Deadlock-situaties

De statuten van joint ventures voorzien veelal in een regeling waarin is bepaald dat een derde wordt benoemd, die wordt opgedragen een beslissing te nemen over de Deadlock. Uit deze Deadlock-clausules blijkt veelal dat het daarbij gaat om arbitrage of bindend advies. In het navolgende zullen deze twee vormen van alternatieve geschillenbeslechting worden besproken.

* Mr. E.A.M. Meeuse is advocaat bij NautaDutilh. Mr. L.B.J. Leunissen is advocaat bij NautaDutilh.

1. Kamerstukken II 1956/57, 3769, nr. 4, p. 23.
2. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 275 en W. Westbroek, Statutaire casu quo contractuele regelingen voor de tussenkomst van derden bij geschillen, De Naamlooze Vennootschap 1982, p. 15.

Is de beslechting van een Deadlock arbitrabel of vatbaar voor bindend advies?

Een Deadlock-situatie kan aan bindend advies of arbitrage worden onderworpen indien (1) het geschil vatbaar is voor arbitrage³ respectievelijk bindend advies⁴ en (2) arbitrage of bindend advies is overeengekomen.⁵

Op grond van artikel 1020 lid 3 Rv mag de overeenkomst tot arbitrage niet leiden tot de vaststelling van rechtsgevolgen die niet ter vrije bepaling van de partijen staan. Anders gezegd, zaken van openbare orde zijn niet vatbaar voor arbitrage.⁶ Voor bindend advies geldt op grond van artikel 7:902 BW overigens hetzelfde als voor arbitrage.⁷ Op grond van artikel 1020 lid 3 Rv en artikel 7:902 BW wordt aangenomen dat niet vatbaar zijn voor arbitrage of bindend advies geschillen die 'de staat van de vennootschap' betreffen.⁸ Hier worden onder begrepen geschillen betreffende de vernietiging van besluiten van organen van een vennootschap en de ontbinding van de vennootschap.⁹ De bruikbaarheid van deze criteria is niet onomstreden.¹⁰

De Hoge Raad heeft in zijn arrest Groenselect/Van den Boogaard van 10 november 2006 voor enige duidelijkheid gezorgd.¹¹ De Hoge Raad bepaalt dat het vernietigen van besluiten van rechtspersonen niet ter vrije bepaling van partijen staat. Dit laat onverlet dat nog wel degelijk vennootschapsrechtelijke geschillen aan arbitrage of bindend advies kunnen worden onderworpen.

In de situatie van een Deadlock zal, volgens de zojuist genoemde eerste visie, de arbiter of bindend adviseur een besluit nemen dat in plaats treedt van het besluit van de AVA. Dit is juridisch iets anders dan de vernietiging van een besluit. De vernietiging van een besluit komt, als gezegd, slechts aan de overheidsrechter toe.

Daarnaast is het van belang dat het stemrecht een subjectief recht is waarover de aandeelhouder naar eigen inzicht kan beschikken.¹² Blanco Fernández merkt hierover, ons inziens terecht, op dat het bij de eerbiediging van de autonomie van de

aandeelhouder past ter zake de uitoefening van het stemrecht te aanvaarden dat hij geschillen over die rechtsuitoefening aan arbitrage kan onderwerpen. In zijn verdere betoog verwijst Blanco Fernández naar de conclusie van A-G Timmerman in de zaak Groenselect/Van den Boogaard, waarin A-G Timmerman opmerkt dat 'het terugdraaien van een besluit iets anders is dan het doen nietig verklaren daarvan (...)'.¹³ Blanco Fernández stelt dat men in dit verband kan spreken over arbitrabilititeit van besluitvorming ter onderscheiding van de arbitrabilititeit van besluiten.¹⁴ Om voornoemde redenen staat het aandeelhouders ons inziens dan ook vrij bij het oplossen van de Deadlock een arbiter of bindend adviseur in te schakelen.

Arbitrage versus bindend advies

De beslissing zal, wanneer we de overheidsrechtspraak buiten beschouwing laten, in de vorm van een arbitraal vonnis, een bindend advies of een advies worden gegeven. Afhankelijk van de interpretatie van artikel 2:230 BW (zie onderdeel 'interpretatie van art. 2:230 BW') zal de beslissing van de derde een bindende beslissing of advies zijn. Slechts het advies zal niet als een vaststelling(sovereenkomst) kunnen worden gekwalificeerd. Voor het bindend advies geldt dat deze, op grond van artikel 7:900 lid 2 BW, onder de definitie van de vaststellingsovereenkomst valt. De vaststelling kan immers tot stand komen krachtens een aan een derde opgedragen beslissing. De tekst van artikel 7:900 lid 1 en 2 BW ziet naar de letter ook op arbitrage.¹⁵ Hierbij moet worden aangetekend dat de in titel 15 van Boek 7 BW neergelegde regeling niet van toepassing is op arbitrage.¹⁶ De vaststellingsovereenkomst is een obligatoire overeenkomst (art. 6:213 BW), wat met zich meebrengt dat partijen zich over en weer naar de vaststelling dienen te gedragen (art. 7:900 lid 1 BW).¹⁷

We zullen hierna onderzoeken of arbitrage dan wel bindend advies bij het oplossen van de Deadlock de voorkeur dient te verkrijgen. Hierbij zijn de volgende twee elementen van groot belang: (1) een snelle beslissing en (2) de nakoming van de beslissing door de aandeelhouders.

Snelheid (procesgang)

In een Deadlock zal grote behoefte bestaan aan een snelle beslissing (dit zal wellicht anders zijn voor de blokkerende aandeelhouder). De eerste gedachte is veelal dat de snelheid bij een bindend advies beter gewaarborgd is dan bij arbitrage. Het kan echter niet in het algemeen worden vastgesteld dat het bindend adviesgeding naar zijn aard sneller of langzamer is dan het arbitraal geding.¹⁸ Een snelle beslissing is zowel in het arbitraal geding als in het bindendadviesgeding ruim voldoende gewaar-

3. G.J. Meijer 2008 (T&C Rv), art. 1020 Rv, aant. 6.
4. G.J. Meijer, Bindend advies en de vaststellingsovereenkomst, in: R. Zwitser et al., Tot Persistit!, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 56.
5. Zie voor de overeenkomst tot arbitrage: G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage (diss. EUR), 2008 of H.J. Sniijders, Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Deventer: Kluwer 2006, art. 1020 Rv, aant. 1, en voor de overeenkomst tot bindend advies: H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2007, nr. 399.
6. Sniijders 2006, art. 1020 Rv, aant. 5.
7. Zie Meijer 1992, p. 56-57.
8. H.J.M.N. Honée, Deadlock-situaties, Ars Aequi 1995, p. 380.
9. P. Sanders, Het Nederlands Arbitragerecht, Deventer: Kluwer 2001, p. 48; Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 89; Honée 1995, p. 380.
10. O.L.O. de Witt Wijnen, Ondernemingsrecht en arbitrage, in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer: Kluwer 2005, p. 237-253.
11. HR 10 november 2006, NJ 2007, 561 m.nt. H.J. Sniijders (Groenselect Management NV c.s./ Van den Boogaard).
12. HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wenxex) en HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij Melchers).

13. Conclusie A-G Timmerman bij HR 10 november 2006, NJ 2007, 561, nr. 2.3.
14. J.M. Blanco Fernández, Besluiten van rechtspersonen en arbitrage, TOP 2007, p. 37.
15. Meijer 1992, p. 53.
16. Meijer 2008, art. 1020 Rv, aant. 1h.
17. Meijer 1992, p. 54.
18. H.J. Sniijders, Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated, Ars Aequi 2002, p. 492.

borgd. Partijen zijn zowel in het arbitraal geding (art. 1036 Rv) als in het bindendadviesgeding (art. 7:900 e.v. BW) vrij in de bepaling van de procesgang.

Snelheid (motivering vonnis)

Ook op het punt van de motivering leeft de gedachte dat een bindend advies sneller tot stand zou kunnen komen dan een arbitraal vonnis. De reden hiervoor zou zijn dat het bindend advies minder motivering dan een arbitraal vonnis behoeft. Uit het hiernavolgende blijkt geenszins dat dit het geval is.

Uit de jurisprudentie blijkt dat naarmate het bindend advies minder het karakter van rechtspraak heeft, en zich meer ertoe strekt dat de bindend adviseur een nog niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen vaststelt (vergelijk art. 7:906 lid 2 BW), aan de motivering van de beslissing van de bindend adviseur minder hoge eisen zullen worden gesteld.¹⁹ Voor een arbitraal vonnis zal dit niet anders zijn²⁰ (vergelijk art. 1020 lid 4 (c) Rv, op grond waarvan partijen arbiters kunnen opdragen de rechtsbetrekking tussen partijen aan te vullen of te wijzigen).

Voor de omvang van de motivering van de beslissing is het van belang om onderscheid te maken tussen declaratoire, constitutieve en condemnatoire beslissingen. Asser stelt dat een constitutieve beslissing een beslissing is die een nieuwe materiële rechtstoestand schept, dan wel een bestaande rechtsbetrekking tenietdoet.²¹

Wanneer wij de vaststelling van een jaarrekening tot uitgangspunt nemen, zal dit een constitutieve beslissing vormen, omdat met deze beslissing een nieuwe materiële rechtstoestand tot stand wordt gebracht. Men kan zelfs verdedigen dat arbiters of de bindend adviseurs die een jaarrekening vaststellen, de rechtsbetrekking tussen partijen aanvullen of wijzigen als bedoeld in artikel 1020 lid 4 (c) Rv en artikel 7:906 lid 2 BW. In dat geval zal de arbiter/bindend adviseur ons inziens met een summiere motivering kunnen volstaan.

Een bindend advies kan op grond van artikel 7:904 lid 1 BW worden vernietigd indien gebondenheid daaraan in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Betekent dit dat een bindend adviseur met een minder uitgebreide motivering kan volstaan? Dit is naar onze mening niet het geval. In de literatuur wordt juist verondersteld dat een bindend advies iets verder aan de materiële controle van de overheidsrechter kan worden onderworpen dan een arbitraal vonnis.²² Hierbij past niet de redenering dat een bindend advies minder uitgebreid gemotiveerd kan worden omdat

het door de rechter minder snel aangetast zal worden. Dat een bindend advies sneller tot stand zou kunnen komen dan een arbitraal vonnis, vindt ook op grond van dit argument geen steun.

Executie (reële executie)

Een groot voordeel van arbitrage ten opzichte van bindend advies volgt uit artikel 3:305 BW. Dit artikel bepaalt dat arbiters, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, de in artikelen 3:296 tot en met 3:304 BW toegekende bevoegdheden toekomen. Artikel 3:300 lid 1 BW bepaalt:

'Is iemand jegens een ander gehouden een rechtshandeling te verrichten, dan kan, tenzij de aard van de rechtsverhouding zich hiertegen verzet, de rechter op *vordering* van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak dezelfde kracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van degene die tot deze rechtshandeling gehouden is, of dat een door hem aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten. Wijst de rechter een vertegenwoordiger aan, dan kan hij bepalen dat de door deze te verrichten handeling zijn goedkeuring behoeft.' [curs. toegevoegd]

Een aandeelhouder zal aldus moeten vorderen dat de uitspraak van de arbiter in de plaats zal treden van het aandeelhoudersbesluit. Dit kan als het aandeelhoudersbesluit gekwalificeerd kan worden als een onderhandse akte. Dit is het geval indien het aandeelhoudersbesluit schriftelijk door de aandeelhouders wordt genomen. In dat geval kwalificeert het besluit als een onderhandse akte als bedoeld in artikel 156 lid 1 jo. 156 lid 3 Rv, nu het stuk als een bewijsstuk dient van het genomen besluit en geen authentieke akte is.²³

Bij bindend advies is reële executie uitgesloten.²⁴ Bindend advies wijzen geen vonnis maar geven een bindend advies, hetgeen leidt tot een vaststelling, waarbij directe gedwongen tenuitvoerlegging niet mogelijk is. De belanghebbende zal, in het geval geen vrijwillige tenuitvoerlegging van de uitspraak plaatsvindt, alsnog bij de rechter een vordering tot nakoming van de overeenkomst (tot nakoming van het bindend advies) dienen in te stellen.²⁵

Op dit punt zien wij een voordeel van arbitrage. Wanneer het besluit van de AVA uitblijft, zal nakoming na het bindend advies weliswaar afdwingbaar, maar tijdrovend zijn.

We zullen voor elk van de genoemde visies (zie hierna) voor de beslissing van de derde volgens artikel 2:230 BW aangeven of, en zo ja, hoe de reële executie van artikel 3:300 BW toepassing vindt.

19. HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 (Amsterdam/Honnebier) m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007, 115.

20. Meijer 2008, art. 1057, aant. 4e.

21. W.D.H. Asser, Burgerlijke Rechtsvordering (oud) (losbl.), Deventer: Kluwer, vierde afdeling, aant. 6.

22. A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, Arbitragerecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 35.

23. J.W. Jongbloed, Vermogensrecht (losbl.), Kluwer: Deventer, art. 300, aant. 5.

24. C.J. van Zeven, Parl. Gesch. Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 901.

25. Snijders 2002, p. 494.

Executie (dwangsom)

Het arbitraal vonnis kan gedwongen ten uitvoer worden gelegd en de aandeelhouders kunnen, zo nodig, worden gedwongen de uitspraak van de arbiter op te volgen. Arbiters kunnen, anders dan bindend adviseurs, hun beslissing kracht bijzetten door dwangsommen op te leggen (art. 1056 jo. 611i jo. 611a e.v. Rv). In het geval van bindend advies kan worden overeengekomen dat het niet opvolgen van de beslissing met een boete wordt gesanctioneerd.

Maar wat als de aandeelhouder de beslissing niet opvolgt en de statuten niet bepalen welke sancties hieraan verbonden zijn? In het geval arbitrage is overeengekomen, kan de aandeelhouder nadat het geschil is gerezen, alsnog eenzijdig vorderen dat het scheidsrecht de andere aandeelhouder veroordeelt tot betaling van een dwangsom als de hoofdveroordeling niet wordt nagekomen (art. 611a lid 1 Rv). In het geval bindend advies is overeengekomen, zal dit anders liggen. De aandeelhouders zullen in de opdracht aan de bindend adviseur overeen dienen te komen dat een boete gekoppeld moet worden aan het niet opvolgen van de beslissing van de bindend adviseur. Indien dit is nagelaten, zal, op het moment dat de Deadlock zich voordoet, het praktisch moeilijk, zo niet ondoenlijk, zijn (er is immers een tegenstribbelende aandeelhouder) om een dergelijk boetebeding overeen te komen.

Ook dit zien wij als een voordeel van arbitrage boven bindend advies. De dwangsom kan ervoor zorgen dat een aandeelhouder, in het geval hij de arbitrale uitspraak naast zich zou willen neerleggen, door dit pressiemiddel alsnog overstag gaat.

We zullen voor elk van de genoemde visies (zie hierna) voor de beslissing van de derde volgens artikel 2:230 BW aangeven of, en zo ja, hoe de dwangsom toepassing vindt.

Interpretatie van artikel 2:230 BW

Alvorens op de voornoemde drie visies in te gaan, dient te worden opgemerkt dat er wellicht ruimte is voor een vierde visie. Verdedigd zou namelijk kunnen worden dat artikel 2:230 BW zo wordt gelezen dat het 'opdragen van de beslissing aan een derde' ook kan omvatten: het opdragen aan de derde een beslissing namens de aandeelhouders te nemen. In deze vierde visie geven de aandeelhouders, nadat zij bekend zijn geworden met de Deadlock, aan een derde een volmacht om het besluit namens hen te nemen. Wij voorzien hier echter wel een aantal problemen. Zo zal het in een Deadlock-situatie moeilijk kunnen zijn consensus te bereiken over de inhoud van de opdracht aan de gevolmachtigde. Ook zal het lastig zijn om overeenstemming te bereiken over de aan te wijzen gevolmachtigde, die vervolgens ook nog bereid moet zijn om de beslissing namens de aandeelhouders te nemen. Ten slotte zal de volmachtverlening voor een 'verliezende' aandeelhouder de vervelende consequentie met zich kunnen brengen dat de derde zijn beslissing niet motiveert. Anders dan bij een beslissing van een arbiter of bindend adviseur is er namelijk geenszins sprake van een motiveringseis voor de

gevolmachtigde, al zijn de motiveringseisen voor een arbitraal vonnis of bindend advies ook niet even hoog (zie hiervoor).

Visie 1: beslissing van de derde is bindend, en treedt in plaats van het aandeelhoudersbesluit

In visie 1 wordt ervan uitgegaan dat *iedere* aangewezen derde (arbiter, bindend adviseur of een andere persoon) een bindende beslissing kan nemen die in plaats van het aandeelhoudersbesluit treedt. Westbroek is van mening dat indien bij toepassing van artikel 2:230 BW een derde wordt aangewezen, dit een persoon kan zijn die betrokken is bij de vennootschap, maar dan niet een van de aandeelhouders.²⁶ In ieder geval dient het volgens hem te gaan om een derde die geen tegenstrijdig belang heeft bij het besluit. Om het probleem van tegenstrijdige belangen te voorkomen zal in de statuten veelal voor een deskundige van buiten de vennootschap worden gekozen. In voorkomend geval kan worden bepaald dat een arbiter of bindend adviseur de beslissing zal nemen. 'Derden' naar wie in de statuten wordt verwezen, zijn bijvoorbeeld arbiters die beslissen volgens het reglement van Nederlandse of buitenlandse arbitrage-instituten.²⁷

Deze visie gaat ervan uit dat de beslissing van de derde, uitsluitend op basis van het bepaalde in artikel 2:230 BW, direct in de plaats treedt van de beslissing van de aandeelhouders. Nu er geen nieuwe AVA hoeft te worden gehouden, kan de Deadlock-situatie snel worden opgelost. Het vorderen van een dwangsom en de vordering van reële executie zijn bij deze visie overbodig (zie paragrafen over reële executie en dwangsom).

Visie 2: het advies van de derde is een bindende beslissing, maar treedt niet (automatisch) in de plaats van het aandeelhoudersbesluit

Een tweede wijze van interpretatie van artikel 2:230 BW is dat de derde, zoals onder visie 1 omschreven, een besluit neemt dat bindend is, maar dat niet in de plaats treedt van het aandeelhoudersbesluit. De partijen zijn weliswaar gebonden aan de beslissing, maar het besluit zal alsnog in de AVA ter stemming dienen te worden gebracht.

Uit het Wennex-arrest van de Hoge Raad kan echter worden afgeleid dat de aandeelhouders vennootschapsrechtelijk gezien niet gehouden zijn om naar de beslissing van de derde te stemmen. De Hoge Raad heeft in dit arrest een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de contractuele positie van de aandeelhouder, die ziet op wat de aandeelhouder kan overdragen, en anderzijds de vennootschapsrechtelijke positie van de aandeelhouder, die erop ziet dat de aandeelhouder het recht blijft houden een stem uit te brengen. Hierdoor blijft, gelet op de vennootschapsrechtelijke positie van de aandeelhouder, het stemrecht van de aandeelhouder in de AVA onaangetast.²⁸ Er is daardoor feitelijk ruimte voor de blokkerende aandeelhouder om de oplossing van

26. Westbroek 1982, p. 15-16.

27. M. van Olffen, Statutaire (on)mogelijkheden tot geschillenbeslechting, V&O 1999, p. 50.

28. HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wennex) en Asser/Macijer 2-III, 2000, nr. 289, en ook HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij).

de Deadlock te frustreren²⁹ (dat wil zeggen als deze het bindend advies – ondanks de bindende kracht – veronachtzaamt).

Indien voor arbitrage is gekozen, kan de arbiter op twee manieren bewerkstelligen dat alle aandeelhouders hun stem conform het advies van de derde in de AVA zullen uitbrengen. De arbiter kan op vordering van een aandeelhouder een dwangsom opleggen, die een blokkerende aandeelhouder verbeurt indien hij het arbitraal vonnis niet opvolgt. Ook kan de arbiter door middel van reële executie, gevorderd door een van de aandeelhouders, bepalen dat het vonnis in de plaats treedt van het aandeelhoudersbesluit. Indien sprake is van bindend advies kan een partij, mits overeengekomen, een beroep doen op de overeengekomen regeling dat het niet opvolgen van de beslissing met een boete wordt gesanctioneerd.

Visie 3: het advies van de derde is een niet-bindend advies

Tot slot kan artikel 2:230 BW zo worden gelezen dat aan de derde slechts wordt gevraagd wat naar zijn mening de beste oplossing is voor de Deadlock. Het advies van de derde dient dan te worden aangemerkt als een 'niet-bindend advies'. De achterliggende gedachte is dan dat de aandeelhouders eventueel tot nieuwe inzichten zouden kunnen komen naar aanleiding van het advies, en dat de Deadlock op een relatief eenvoudige manier kan worden opgelost. De aandeelhouders dienen nadat de derde zijn advies heeft uitgebracht, het besluit opnieuw in de AVA ter stemming te brengen. Het staat de aandeelhouders vrij naar eigen inzicht te stemmen, en het advies van de derde hoeft niet te worden opgevolgd. Dit kan tot gevolg hebben dat de aandeelhouders bij hun oude standpunt blijven, en dat de Deadlock niet wordt opgelost.

Gelet op de vennootschapsrechtelijke positie zoals onder visie 2 omschreven, blijft, niettegenstaande een gesloten stemovereenkomst, het stemrecht van de aandeelhouder in de AVA onaangetaast.³⁰ Dit maakt het voor een blokkerende aandeelhouder mogelijk alsnog in strijd met het advies van de derde te stemmen.³¹ Ook uit de jurisprudentie over Deadlock-situaties blijkt dat het enkel opnemen van een stemovereenkomst die voorziet in een oplossing bij het staken van stemmen en geen oplossing biedt voor meningsverschillen en samenwerking in de directie, niet voldoende is.³² Dit is, gelet op het voorgestelde over de kracht van stemovereenkomsten, niet verwonderlijk. De stemovereenkomst is immers geen mechanisme waardoor de Deadlock tijdig kan worden gereguleerd, nu aandeelhouders vanuit hun vennootschapsrechtelijke positie niet gehouden zijn te stemmen volgens deze stemovereenkomst, alhoewel zij dat contractueel gezien wel zullen zijn.

Uiteraard spelen in deze oplossing arbitrage en bindend advies geen rol, aangezien bij laatstgenoemde vormen de beslissingen van arbiters en bindend adviseurs uit de aard ervan bindend zijn.

Conclusie

Het zou in de praktijk wenselijk zijn wanneer de onder visie 1 genoemde interpretatie toegepast kan worden. Op deze wijze treedt de beslissing van de derde immers automatisch in de plaats van het aandeelhoudersbesluit. Ons inziens verleent de tekst van artikel 2:230 BW echter onvoldoende duidelijkheid over de vraag of de beslissing van de derde automatisch in de plaats van het aandeelhoudersbesluit kan treden. Indien deze visie in de praktijk wordt toegepast, is het derhalve niet zeker of een dergelijke beslissing geldt als een geldig genomen aandeelhoudersbesluit, waardoor het besluit met nietigheid wordt bedreigd.

Het is weinig praktisch wanneer het advies van de derde, zoals omschreven onder visie 3, niet bindend is. De Deadlock kan dan blijven bestaan, nu de aandeelhouders niet gebonden zijn conform de beslissing van de derde te stemmen.

Hierdoor resteert de onder de tweede visie omschreven methode voor oplossing van de Deadlock. Bij deze visie wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat de beslissing van de derde niet automatisch in de plaats van het aandeelhoudersbesluit treedt. Daarom is het ons inziens aan te raden een arbiter als derde te benoemen. Arbitrage voorziet, door middel van de reële executie, in deze automatische inwerkingtreding van het aandeelhoudersbesluit. Ook kan, wanneer in de statuten of in het compromis een arbiter wordt aangewezen, de aandeelhouder eenzijdig een dwangsom vorderen in het geval de situatie zich niet voor reële executie leent.

29. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller). Zie hierover ook: A.M. Brennikmeijer, *Stemovereenkomsten van aandeelhouders*, Deventer: Kluwer 1973, p. 101.

30. HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wennex) en HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij). Zie verder Asser/Maaijer 2-III, 2000, nr. 289.

31. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller). Zie hierover ook: Brennikmeijer 1973, p. 101.

32. HR 1 oktober 1986, NJ 1987, 914.