

## **DE VOLMACHT EN DE STEMMING**

Veelal is wel bekend, dat een eigenaar aan een ander een volmacht kan geven om in zijn plaats ter vergadering te verschijnen en namens hem te stemmen. Maar hoe zit dat nu precies? Aan welke voorwaarden moet de volmacht voldoen? En welke soorten volmachten zijn er eigenlijk?

### **De volmacht in de wet en de reglementen**

Het wettelijk voorschrift met betrekking tot deelneming aan de vergadering van eigenaars is terug te vinden in artikel 5:127 lid 1 BW: *“Alle appartementseigenaars hebben toegang tot de vergadering, waar besluiten met volstrekke dan wel een versterkte meerderheid worden genomen”*. Dit voorschrift kan niet anders worden verstaan dan een persoonlijke bevoegdheid van de eigenaar de vergadering bij te wonen en daar te stemmen. De wet geeft hier dus geen voorschriften met betrekking tot het al dan niet bij volmacht stemmen. Dat is anders dan bij de gewone vereniging (een zogenaamde boek 2 vereniging), waar artikel 2:38 BW uitdrukkelijk de mogelijkheid om bij volmacht te verschijnen etc. regelt. Dat artikel 2:38 BW is echter op de VvE niet van toepassing. Desalniettemin moet het ervoor worden gehouden, dat in het splitsingsreglement de mogelijkheid wordt geopend om de weg van de volmacht te volgen. Alle modelsplitsingsreglementen hebben die mogelijkheid ook; zie daarvoor de artikelen 35 MR 1973, 36 MR 1983 en 1992 en 49 MR 2006:

*“Ieder der eigenaars is bevoegd hetzij in persoon hetzij bij een schriftelijk gevolmachtigde al dan niet lid van de vereniging de vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen.”*

Maar komt bij nog oudere splitsingsreglementen wel voor, dat die mogelijkheid niet wordt geschapen. In dat geval is de weg van de volmacht dus definitief afgesloten en kan de eigenaar slechts zelf in persoon de vergadering bijwonen en aldaar stemmen. Het is dus zaak om altijd na te gaan, of in het splitsingsreglement de verwijzing naar de volmachtverlening daadwerkelijk is geregeld.

### **Artikel 3:60 BW e.v.**

Noch in het appartementsrecht (titel 9 van boek 5 BW) noch in het algemene verenigingsrecht (titel 2 van boek 2 BW) is terug te vinden, hoe het nu juridisch precies met die volmacht zit. Daarvoor moet worden gekeken naar de derde titel van boek 3 BW, meer speciaal artikel 3:60 BW en verder. De aldaar genoemde basisgedachte luidt: *“Volmacht is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander, de gevolmachtigde, om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten”*.

In artikel 3:62 BW wordt voorts onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten volmachten.

Enerzijds de algemene volmacht: *“.....machtigt de heer/mevrouw ... op de vergadering van ... ten aanzien van alle onderwerpen die op de vergadering ter discussie staan of zullen staan naar bevind van zaken te handelen, waaronder begrepen het woord te voeren en zijn/haar stem uit te brengen”*. Een doorlopende algemene volmacht is voorts eveneens mogelijk; in dat geval wordt niet alleen voor één specifieke vergadering maar voor alle vergaderingen van de VvE een volmacht gegeven.

Naast deze (doorlopende) algemene volmacht staat de bijzondere ofwel beperkte volmacht, dat wil zeggen de volmacht die voor een bepaald doel is verleend. Bijvoorbeeld de stemvolmacht, die een bepaalde steminstructie inhoudt. Of de doelvolmacht, die zich beperkt tot alle voor een speciaal doel dienstige zaken. Een veel voorkomende doelvolmacht doet zich bijvoorbeeld voor in de gevallen, dat een volmachtgever volmacht wil geven om ten aanzien van een of meer geagendeerde punten zijn stem vóór of tegen uit te brengen. Een doelvolmacht is er bovendien ook, indien de volmacht zich beperkt tot bijvoorbeeld alleen de geagendeerde punten. Belangrijk is dit onderscheid met de algemene volmacht dus wel: soms worden er immers tijdens de vergadering niet geagendeerde zaken besproken en wordt daarover gestemd. In dat geval zou dus van deze doelvolmacht geen gebruik mogen worden gemaakt. Het is dus altijd belangrijk om tijdens de inname van de volmachten ter vergadering dan wel uiterlijk kort na de vergadering de inhoud van de volmachten te controleren op hun reikwijdte. Dat impliceert dat als achteraf sommige volmachten onvoldoende toereikend blijken te zijn, er een hertelling van de stemmen moet plaatsvinden. Vanzelfsprekend dienen de eigenaren in dat geval prompt en onverwijld van een eventuele hertelling ook schriftelijk op de hoogte te worden gebracht.

Dan is er ook nog de zogenoemde onherroepelijke volmacht, dus de volmacht die door de volmachtgever niet kan worden herroepen. Een herroeping is zelfs nietig. Zij heeft dus geen werking. Dus ook als de volmachtgever bij de VvE meldt, dat zijn onherroepelijke volmacht is herroepen, behoeft en mag de VvE met die herroeping geen rekening houden. De VvE heeft ook in dat geval slechts met de gevolmachtigde te maken. Wanneer komt er dan een einde aan de onherroepelijke volmacht? In het geval van een doorlopende algemene volmacht nooit tenzij een rechter op grond van gewichtige redenen de volmacht buiten werking stelt. In het geval van een onherroepelijke volmacht voor een of meer specifieke vergaderingen direct na het einde van die vergadering(en). Juist vanwege de onherroepelijkheid verdient het de voorkeur, dat voor vergaderingen van VvE's een dergelijke volmacht niet wordt gebruikt. Dat geeft alleen maar problemen. Besturen en beheerders zouden daarom nooit modellen van onherroepelijke volmachten moeten/mogen hanteren.

### **Nietigheid van de volmacht**

Schriftelijkheid en ondertekening zijn vormvereisten; indien een volmacht niet is ondertekend, betekent dat, dat de volmacht nietig is. Een volmacht is bovendien nietig, indien zij van een valse handtekening is voorzien of de volmacht reeds door de volmachtgever was beëindigd. Het gevolg van een nietige volmacht is, dat de volmachtgever niet is gebonden, dat wil zeggen – in geval van het uitbrengen van een stem – zijn stem niet is uitgebracht. Het gevolg is dus niet, dat het besluit van de vergadering nietig is of niet bestaat. Dat hangt immers van de stemuitslag af. Indien de nietige volmacht c.q. stem van doorslaggevende betekenis bij een stemming is geweest, zou het weleens kunnen zijn, dat er daardoor te weinig quorum is geweest en/of een ander besluit zou zijn genomen. Zo nodig kan zelfs op de voet van artikel 2:15 BW de rechter worden gevraagd om ten gevolge van de nietigheid van de volmacht het besluit van de vergadering te vernietigen.

Er zijn voorts ook diverse statutaire beperkingen denkbaar: dat niemand voor meer dan één lid of twee leden als gevolmachtigde kan optreden of dat het door een gevolmachtigde uit te brengen aantal stemmen beperkt is. Overschrijding van een dergelijke statutaire beperking houdt eveneens in, dat de bij die overschrijding uitgebrachte stem nietig is. Ook met die stem kan en mag dus geen rekening worden gehouden.

### **Wie bepaalt de uitslag van de stemming?**

Artikel 2:13 lid 3 BW bepaalt, dat het oordeel van de voorzitter van de vergadering beslissend is. Zijn feitelijke constatering over het aantal uitgebrachte stemmen, het aantal voor- en tegenstemmers, blanco stemmen en stemonthoudingen is in beginsel dus bindend. De juistheid van deze constatering kan slechts onmiddellijk worden betwist en niet meer in een latere procedure en/of in een volgende vergadering. De voorzitter beslist evenwel niet over vragen als: of er een besluit is genomen, wie wel of niet aan de stemming mag deelnemen, hoeveel stemmen een stemgerechtigde mag uitbrengen, of stemmen geldig zijn uitgebracht, welke voorstellen mogen worden ingediend en of volmachten al dan niet nietig en ter zake doende zijn. Over al deze vragen beslist de vergadering, evenwel op voorstel van het bestuur. In de praktijk betekent dit meestal, dat het bestuur de noodzakelijke gegevens verzamelt en haar conclusie aan de vergadering voorlegt, waarna de vergadering beslist c.q. accordeert.

Toegevoegd zij hier, dat bij schorsing dan wel verdaging van de vergadering de gegeven volmacht gewoon zijn werking houdt, dus in ieder geval tot en met het moment, dat de vergadering definitief is geëindigd. Bij een doorlopende volmacht natuurlijk niet: die blijft doorlopen.

### **Indeplaatsstelling van de gevolmachtigde**

De wet gaat uit van de hoofdregel dat de gevolmachtigde niet bevoegd is op zijn beurt de volmacht aan een ander te verlenen. De ratio daarbij is dat men een gevolmachtigde kiest wegens diens persoonlijke kwaliteiten. Er zijn weliswaar enkele gevallen, waarbij dit systeem wordt doorbroken, maar die gevallen worden als zeer incidenteel ervaren en spelen bij de VvE in ieder geval nagenoeg nooit een rol. Aldus kan genoegzaam worden aangenomen, dat het doorgeven van een volmacht bij de VvE niet mogelijk is.

De volmachtgever kan echter wel aan de gevolmachtigde de bevoegdheid verlenen een ander in zijn plaats te stellen. Daarvoor is wel de medewerking van de gevolmachtigde vereist. Indien door de volmachtgever gewenst, zou dus in de volmacht kunnen worden opgenomen, dat de gevolmachtigde in geval van uiterste noodzaak de mogelijkheid heeft en zelfs gehouden is een met name genoemde andere persoon in zijn plaats te stellen, onder gelijktijdige opzegging van de oorspronkelijk verleende volmacht. Indien een dergelijke indeplaatsstelling niet in de oorspronkelijke volmacht is opgenomen, is de indeplaatsstelling niet geldig, dus nietig. De VvE behoeft daar dan geen rekening mee te houden.

### **Overschrijding van de bevoegdheid**

Zoals boven reeds aangegeven, verleent artikel 3:60 lid 1 BW de volmachtgever aan de gevolmachtigde de bevoegdheid om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten. De algemene volmacht houdt dus geen verplichting in om te handelen. De gevolmachtigde kan zelf in een afweging treden terzake het wel of niet en hoe het woord te voeren tijdens de vergadering, aldaar een stem uit te brengen etc. In het geval de volmachtgever absoluut wenst, dat zijn stem ook daadwerkelijk wordt uitgebracht, doet hij er dus goed aan die verplichting ook met zoveel woorden in de volmacht op te nemen c.q. daaraan toe te voegen. Indien evenwel desalniettemin de gevolmachtigde diens stem niet uitbrengt, regardeert dat de VvE niet. Een verwaarlozing van de belangen van de volmachtgever is immers een probleem tussen hem en de gevolmachtigde, welk niet voor rekening van de VvE komt. De volmachtgever zal dus zijn eventuele schade ten gevolge van het niet op de juiste wijze gebruiken van de volmacht slechts op de gevolmachtigde kunnen verhalen.

Maar wat te doen, indien de volmachtgever het niet eens is met de beslissing, die de gevolmachtigde tijdens de vergadering heeft genomen? Bijvoorbeeld: niet op de agenda staat het ontslag van de bestuurder, desalniettemin komt dit punt wel ter vergadering en daarover wordt wel gestemd. De gevolmachtigde stemt namens de volmachtgever tot ontslag van de bestuurder. De volmachtgever herkent zich in die beslissing zeker niet en wenst een en ander ongedaan te maken. Nietigheid van de stem is

in dat geval niet aan de orde; ook niet in het geval de gevolmachtigde zich bewust was of moest zijn, dat zijn beslissing voor de volmachtgever nadelig was. De beslissing om een volmacht te verlenen en de keuze van de gevolmachtigde zijn dus in beginsel de verantwoordelijkheid van de volmachtgever.

Daarentegen wordt wel van de VvE en het bestuur van de VvE verlangd, dat zij acht slaat op de gerechtvaardigde belangen van de volmachtgever. Dit brengt mee, dat zij een zekere behoedzaamheid aan de dag moet leggen als de beslissing voor de volmachtgever sterk nadelig is, ook als blijkt dat de volmacht die handeling strikt genomen dekt. De VvE en haar bestuur moeten zich in ieder geval afvragen of de beslissing van de gevolmachtigde het belang van de volmachtgever wel dient, indien het voor haar duidelijk is dat 1) de beslissing het belang van de volmachtgever niet dient en 2) de volmachtgever niet een volmacht heeft verleend van het type dat normaliter de bevoegdheid verschaft om desgewenst de belangen van de volmachtgever te negeren.

Indien de gevolmachtigde de volmacht dus bijvoorbeeld heeft gebruikt om de volmachtgever in zijn hoedanigheid van bestuurder van de VvE te doen ontslaan, is een dergelijke situatie aanwezig. In dat geval moet de VvE zich ervan bewust zijn, dat de bevoegdheid van de volmacht wordt overschreden. In dat geval heeft het gebruik van de volmacht geen rechtsgevolg en zal de VvE met deze volmacht ook geen rekening mogen houden.

Indien het voor de VvE en haar bestuur overigens niet voldoende duidelijk is, of van bevoegdheidsoverschrijding sprake is, kan zij op grond van artikel 3:69 lid 4 BW de volmachtgever een redelijke termijn stellen waarin deze zich dient uit te spreken over het lot van de in zijn nadeel uitgevallen beslissing. Indien de volmachtgever dan niet reageert, blijft de bevoegdheidsoverschrijding staan.

### **De digitale volmacht**

Per 1 januari 2007 is het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming voor de gewone vereniging in de wet geregeld. Helaas is deze wetswijziging niet van toepassing op de VvE. Desalniettemin laat het zich aanzien, dat de modelsplitsingsreglementen de mogelijkheid van een digitale schriftelijke volmacht open laten. Een dergelijke volmacht is immers ook een schriftelijke volmacht. Vervolgens verdient het aanbeveling om het gebruik van de digitale volmacht wel nader in het huishoudelijk reglement te regelen. Daarbij zou aansluiting gezocht kunnen worden bij artikel 2:38 BW. Een opzet daarvoor is:

*“1. Aan de eis van schriftelijkheid van de volmacht wordt voldaan indien de getekende volmacht door middel van een ingescand bestand elektronisch is vastgelegd.”*

In het verlengde hiervan kan bovendien in het huishoudelijk reglement worden opgenomen dat de eigenaar zelf elektronisch zijn stem kan uitbrengen:

*“2. De eigenaar kan het stemrecht uitoefenen door middel van een elektronisch communicatiemiddel.*

*3. In dat geval is vereist dat de eigenaar via het elektronisch communicatiemiddel kan worden geïdentificeerd, rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en het stemrecht kan uitoefenen.*

*4. Stemmen die voorafgaand aan de algemene vergadering via een elektronisch communicatiemiddel worden uitgebracht, doch niet eerder dan op dezelfde dag als de dag van de vergadering, worden gelijkgesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht.”*

Bovendien verdient het in dat geval de voorkeur, dat er een mogelijkheid wordt geopend voor het digitaal oproepen voor de vergadering:

*“5. Indien een eigenaar hiermee instemt, kan de oproeping ter vergadering geschieden door een langs elektronische weg toegezonden leesbaar en reproduceerbaar bericht aan het adres dat door hem voor dit doel is bekend gemaakt.”*

De discussie bij het al dan niet toepassen van digitale vormen van communicatie vindt veelal haar oorzaak in het al dan niet uitvallen van de elektronica. De toelichting op de wet is daaromtrent duidelijk: ten aanzien van het deel van het elektronisch communicatietraject dat zich in de macht van de eigenaar bevindt (daaronder ook te verstaan het netwerk van zijn internetprovider) liggen de gevolgen van (beveiligings)incidenten in de risicosfeer van de eigenaar. Ten aanzien van het traject dat in de macht van de VvE ligt, dient de VvE een redelijke inspanning te verrichten om ervoor te zorgen dat zich geen (beveiligings)incidenten voordoen en dat de eigenaar/lid rechtstreeks digitaal verbonden is met de VvE en de elektronische stemmen op correcte wijze worden verwerkt. Aan dat vereiste van een redelijke inspanning is reeds voldaan als de VvE gebruik maakt van een professionele aanbieder van elektronische stemactiviteiten.

## **Conclusie**

Ogenschijnlijk zijn de volmacht en de stemming een eenvoudige aangelegenheid; nader bezien zitten daaraan vaak allerlei haken en ogen. Men doet er verstandig aan de volmachten goed te lezen en te controleren en schroom niet gebruik te maken van de digitale communicatiemogelijkheden.

Voor nadere informatie over dit onderwerp: mr. N.L. Rijssenbeek en mr. M. van der Lubbe.