

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/210466>

Please be advised that this information was generated on 2020-10-28 and may be subject to change.

‘Doorwerking’ van stemvolmachten met steminstructie

K.J. Bakker¹

Abstract

Er is het nodige geschreven over doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kan een besluit dat is tot stand gekomen in strijd met een aandeelhoudersovereenkomst, worden vernietigd (art. 2:15 lid 1 sub b BW) en kunnen regels buiten werking worden gesteld (art. 2:8 lid 2 BW). Ook bij de uitoefening van een volmacht kan de uitkomst echter anders zijn dan de volmachtgever had gewild. De gevolmachtigde kan bijvoorbeeld haar instructies te buiten gaan, of de instructie kan bij nader inzien niet toereikend zijn. Ook hier kan de redelijkheid en billijkheid uitkomst bieden. Deze norm is namelijk ook van toepassing op de uitoefening van een stemvolmacht. De redelijkheid en billijkheid kan grondslag bieden voor een wijziging van de uitgebrachte stem of het resulterende besluit. Relevante omstandigheden bij de vraag of er grond is voor een dergelijke wijziging zijn de mate waarin de vennootschap en andere aandeelhouders of leden zijn betrokken bij de stemvolmacht en hoe ruim de instructies bij de volmacht zijn.

Samenvatting

Er is het nodige geschreven over doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten. Ook bij de uitoefening van een volmacht kan de uitkomst echter anders zijn dan de volmachtgever had gewild. In deze bijdrage onderzoekt de auteur in welke omstandigheden en op welke gronden de uitkomst van stemvolmachtuitoefening kan worden gewijzigd.

1 Inleiding

De afgelopen jaren is veel geschreven over de doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten. Inmiddels is breed geaccepteerd dat stemmen in strijd met een stemovereenkomst tussen aandeelhouders kan leiden tot vernietiging van het resulterende besluit en dat aandeelhoudersovereenkomsten in het algemeen het vennootschapsbelang mede inkleuren. De grondslag van deze ‘doorwerking’ van stemovereenkomsten in het rechtspersonenrecht is de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan de aandeelhouder zijn overeenkomstenrechtelijke verplichtingen in vennootschappelijk verband moet nakomen (art. 2:8 lid 1 BW), een op rechtspersonenrecht gegronde regel tussen de contractanten niet geldt (art. 2:8 lid 2 BW) of een besluit vernietigbaar kan zijn (art. 2:15 lid 1 onder b BW).²

Een andere, verwante rechtsfiguur waarvan de ondernemingsrechtpraktijk zich geregeld bedient, is de stemvolmacht. Stemvolmachten stellen aandeelhouders van kapitaalvennootschappen of leden van verenigingen (hierna samen: ‘deelnemers’) in staat om, in hun afwezigheid, iemand anders voor hen te laten stemmen, bijvoorbeeld de notaris of de *company secretary*. Activistische aandeelhouders kunnen ook samen optrekken en volmachten geven aan een van hen om namens de groep bijvoorbeeld te stemmen voor ontslag van een hun onwelgevallig bestuur. In meer besloten verhoudingen bewijst de stemvolmacht eveneens diensten, bijvoorbeeld in joint ventures, bij certificering of als deel van het levenstestament.

Stemovereenkomsten gaan vaak hand in hand met stemvolmachten. Dit geeft de wederpartij van een deelnemer zekerheid dat deze de stemafpraak nakomt. De stemvolmacht bevat dan ook vaak een steminstructie van de volmachtgever aan de gevolmachtigde. Zo kan de volmachtgever zich ervan verzekeren

¹ Mr. K.J. (Koen) Bakker is promovendus en docent (notarieel) ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.

² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2018/107-108; Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2015/88; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, par. 4.

dat zijn voorkeur omtrent een agendapunt op de algemene vergadering tot uitdrukking komt, ondanks zijn fysieke afwezigheid. Hoewel duidelijk is dat de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW ertoe kan leiden dat een stemovereenkomst doorwerkt, is dit voor de stemvolmacht nog niet uitgemaakt. In dit artikel onderzoek ik dan ook of, en zo ja, onder welke omstandigheden, art. 2:8 BW invloed kan hebben op de uitkomst van de volmachtuitoefening.³

2 Verschillen tussen stemovereenkomst en stemvolmacht

2.1 Inleiding

Stemvolmacht en stemovereenkomst complementeren elkaar en gaan dan ook geregeld hand in hand, maar verschillen ook sterk van elkaar.⁴ Daarom zijn de regels die gelden voor doorwerking van stemovereenkomsten niet zonder meer toepasbaar op de stemvolmacht.

De verschillen zitten in een aantal aspecten. Zo kan een stemovereenkomst in beginsel vormvrij worden gesloten, terwijl voor de stemvolmacht een vormvereiste – schriftelijk of elektronisch – geldt. Deze eis waarborgt dat de rechtspersoon kan verifiëren dat de gevolmachtigde inderdaad gevolmachtigd is. Dit vormvoorschrift geldt in principe⁵ ook voor een steminstructie. Het zou botsen met de ratio van het schriftelijkheidsvereiste om enerzijds te vereisen dat de volmachtverlening schriftelijk geschiedt en anderzijds toe te laten dat de volmachtgever de *reikwijdte* van de volmacht mondeling kan bepalen.⁶ Voorts bepaalt de rechtsfiguur het toepasselijke recht: voor overeenkomsten geldt de Rome I-verordening, voor volmachten geldt het Haags Vertegenwoordigingsverdrag.⁷

2.2 Verplichting en bevoegdheid

Ook de aard en gevolgen van deze twee rechtsfiguren verschillen sterk. Een volmacht is een eenzijdige rechtshandeling die aan de gevolmachtigde de *bevoegdheid* geeft namens de volmachtgever een rechtshandeling te verrichten (art. 3:60 lid 1 BW), in casu door de vergadering bij te wonen, het woord te voeren en stemmen uit te brengen.⁸ Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid heeft een bepaalde reikwijdte. De wilsverklaring van de volmachtgever bepaalt deze reikwijdte. Probeert de gevolmachtigde de volmacht uit te oefenen buiten die reikwijdte, dan overschrijdt zij de grenzen van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid is zij niet vertegenwoordigingsbevoegd. De volmachtgever is dan niet gebonden, hetgeen betekent dat de stem nietig is (art. 3:66 lid 1 BW),⁹ tenzij hij de onbevoegd verrichte rechtshandeling bekrachtigt (art. 3:69 BW),¹⁰ bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig was (art. 3:61 lid 2 BW),¹¹ de stem slechts partieel nietig is (art. 3:41 BW) of conversie van de stem plaatsvindt (art. 3:42 BW).

³ Stemvolmachten van bestuurders of commissarissen blijven buiten beschouwing.

⁴ Anders: Dortmund, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling* (oratie Leiden), 2000, par. 6.

⁵ Zie par. 4.4.

⁶ Zie art. 3:39 jo. 2:38 leden 4 en 5/117 leden 1 en 6/2:227 leden 3 en 8 BW (vgl. art. 11 Richtlijn 2007/36/EG (hierna: ‘Richtlijn aandeelhoudersrechten’)). Zie nader Asser/Kortmann 3-III 2017/26; Asser/Kroeze 2-I* 2015/281 en 284; *Kamerstukken II* 2001/02, 28197, 3, p. 36-37; Maeijer, in: *VHI* 45 1994, p. 75.

⁷ Zie verder Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015, hoofdstuk 2.

⁸ Asser/Kortmann 3-III 2017/5-6 en 20; Van Schaick, *Mon. BW* 5 2011/5-6, 11, 13 en 39.

⁹ Zie verder Asser/Kortmann 3-III 2017/32, 75-77; Bloembergen/Van Schendel/Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2016, par. 3.2.5; Van Schaick, *Mon. BW* 5 2011/14-15 en 42 e.v.. Idem onder andere (toegesplitst op de stemvolmacht): Abma e.a., *R&P ONR9* 2017, par. 5.6.4; Asser/Kroeze 2-I* 2015/284; Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 312; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/65; Maeijer, in: *VHI* 45 1994, p. 72-74 en 112. Art. 3:70 BW – dat vereist dat de gevolmachtigde instaat voor zijn volmacht – maakt dit niet anders, omdat de gevolmachtigde zelf geen stemrecht heeft waarmee hij voor de volmacht kan instaan.

¹⁰ Asser/Kortmann 3-III 2017/83 e.v..

¹¹ Asser/Kortmann 3-III 2017/37 e.v.; HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/115, *JOR* 2010/178 (*ING/Bera*), r.o. 3.4; HR 17 februari 2017, *JOR* 2017/150 (*Aventura*), r.o. 4.2.2-4.2.3. Bij stemuitbrenging is de vennootschap de ‘wederpartij’ bij wie gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig moet zijn, omdat zij de geadresseerde van de stem is. Zie Asser/Kroeze 2-I* 2015/281.

Vaak wil de volmachtgever de gevolmachtigde ook ertoe *verplichten* daadwerkelijk voor hem te gaan stemmen. Daarvoor moeten volmachtgever en gevolmachtigde een daartoe strekkende (stem)overeenkomst afsluiten. Dat is een meerzijdige rechtshandeling op grond waarvan verplichtingen – in casu omtrent stemuitbrenging – ontstaan. Contractspartijen bij een stemovereenkomst kunnen van elkaar nakoming of reële executie van de overeenkomst (en bij wanprestatie schadevergoeding) vorderen.¹² Een volmacht behelst dus (vertegenwoordigings)bevoegdheid, maar niet een verplichting, terwijl een stemovereenkomst leidt tot verplichtingen, maar niet bevoegdheid.¹³

Voorts geschiedt de stemuitbrenging bij een stemovereenkomst door de stemgerechtigde zelf. Bij een stemvolmacht stemt degene die door de stemgerechtigde is gevolmachtigd, in naam van de volmachtgever (directe vertegenwoordiging). Als een deelnemer stemt in strijd met een stemovereenkomst waarbij hij partij is, dan pleegt hij wanprestatie, maar de stem is in beginsel geldig.¹⁴ Een stem uitgebracht buiten de grenzen van een stemvolmacht is daarentegen nietig.¹⁵

Hier komt de steminstructie om de hoek kijken. Verschillende auteurs menen dat een stem uitgebracht bij volmacht in strijd met een steminstructie gewoon geldig is. De gedachte is dat een instructie alleen geldt tussen volmachtgever en gevolmachtigde en buiten die relatie dus geen gevolgen heeft.¹⁶ De aanname is kennelijk dat de steminstructie niet (ook) de reikwijdte van de stemvolmacht zelf beperkt, maar uitsluitend verbintenissenrechtelijk is overeengekomen (bijvoorbeeld als last; art. 7:414 BW). Zolang aan het vormvereiste van schriftelijkheid is voldaan,¹⁷ ligt deze constructie naar mijn mening niet voor de hand. Inderdaad kan een steminstructie zijn overeengekomen als verbintenis, zijn neergelegd als beperking van de reikwijdte van de stemvolmacht, of beide. In de regel zal de volmachtgever met de steminstructie echter de bevoegdheid van de gevolmachtigde willen beperken en niet (slechts) een verbintenissenrechtelijke verplichting beogen.¹⁸ Uiteindelijk moet uitleg van de steminstructie, in het licht van de omstandigheden van het geval, uitwijzen of de steminstructie een (verbintenissenrechtelijke) verplichting, een (vermogensrechtelijke) bevoegdheidsbeperking of beide inhoudt.¹⁹ Indicaties dat een steminstructie moet worden gezien als een *bevoegdheidsbeperking*, zijn het gegeven dat de instructie direct bij de volmacht is vermeld, gebruik van dwingende termen ('moet', 'stemt') en schriftelijke verlening van de steminstructie. Een *verbintenissenrechtelijke* verplichting is eerder aannemelijk als de instructie op een later moment is gegeven, gebruik van verplichtende begrippen termen ('verbindt zich', 'zal') en niet-schriftelijke verlening van de instructie.

Bij zowel de stemovereenkomst als bij de stemvolmacht blijft het stemrecht vermogensrechtelijk gezien achter bij de stemgerechtigde. Het is dan ook niet mogelijk een volmacht 'privatief' te verlenen, waardoor alleen de gevolmachtigde bevoegd zou zijn tot uitoefening van de bevoegdheid waarop de volmacht

¹² Respectievelijk art. 3:296 lid 1, 3:300, en 6:74 BW.

¹³ Asser/Kortmann 3-III 2017/22, 29, 101; Van Schaick, *Mon. BW B5* 2011/15; Spierings, *OO&R* 89 2016, p. 57.

¹⁴ Een resulterend besluit kan eventueel vernietigbaar zijn (art. 2:15 lid 1 onder b jo. 2:8 BW; vgl. art. 2:13 lid 1 BW). Vgl. Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 842; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIIb 2019/107; HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wemex*); Rb. Den Haag 29 september 2017, *JOR* 2018/36 (*Magic Marble*), r.o. 6.9; Brenninkmeijer, *VHI* 8 1973, nr. 98-109.

¹⁵ Zie voetnoot 9.

¹⁶ Asser/Kortmann 3-III 2017/29, 101; Asser/Kroeze 2-I* 2015/284 (met verwijzingen); Spierings, *OO&R* 89 2016, p. 57; Van der Krans, *IVO* 64 2009, p. 36-37, die het (mij tegenstrijdig en onjuist lijkende) standpunt inneemt dat de volmachtgever niet gebonden is, maar de stem wel geldig is, omdat de steminstructie, als norm tussen volmachtgever en gevolmachtigde geen externe gevolgen heeft. Ook de toelichting in het Lehne-Rapport bij de Richtlijn aandeelhoudersrechten lijkt overigens van geldigheid van de stem uit te gaan: "A fault in the internal relationship between the shareholder and proxy should expressly not affect their external relationship with the company". Zie Report ***I A6-0024/2007 (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007-0024+0+DOC+PDF+V0//EN>), p. 31; Nowak, *ondernemingsrecht* 2007/66, nr. 10, en ov. 10 van de Richtlijn aandeelhoudersrechten.

¹⁷ Vgl. voetnoot 6.

¹⁸ Zie voetnoot 9.

¹⁹ Asser/Kortmann 3-III 2017/29 en 101; Bloembergen/Van Schendel/Hijma, *Rechtshandeling en overeenkomst* 2016, nr. 92-94; vgl. Biemans, *WPNR* 2010/6863, par. 5. Deze problematiek lijkt op de Oryx/Van Eesteren-jurisprudentie, waar de vraag speelde of een niet-overdraagbaarheidsbeding goederenrechtelijke of slechts verbintenissenrechtelijke werking heeft. Zie HR 16 januari 2003, *JOR* 2003/52 (*Oryx/Van Eesteren*) en HR 21 maart 2014, *JOR* 2014/151 (*Coface/Intergamma*).

ziet (in casu stemuitbrenging).²⁰ Privatieve werking kan ook niet worden bereikt door met de gevolmachtigde een privatieve last tot uitoefening van het stemrecht overeen te komen (art. 7:423 lid 1 BW). Dat vereist namelijk dat de lasthebber het stemrecht *in eigen naam* uitoefent, hetgeen voor stemrecht naar Nederlands recht niet mogelijk is. Omdat het stemrecht is verbonden aan het aandeel(houderschap), kan het niet overgaan op een gevolmachtigde lasthebber.²¹

2.3 Redelijkheid en billijkheid

Voorts is de redelijkheid en billijkheid zowel via het verbintenissenrecht (art. 6:2/6:248 BW) als via het rechtspersonenrecht (art. 2:8 BW) van toepassing op de deelnemers die contractspartij zijn bij de stemovereenkomst. De art. 2:8 BW-norm houdt in dat de rechtspersoon en de deelnemers en zich over en weer jegens elkaar redelijk en billijk moeten gedragen (lid 1)²² en dat die redelijkheid en billijkheid kan ingrijpen in de toepasselijkheid van regels (lid 2). Hierin ligt de grondslag voor doorwerking van stemovereenkomsten.

Dit ligt genuanceerder bij de stemvolmacht. Verschillende auteurs nemen aan dat de redelijkheid en billijkheid ook de volmacht beheerst, maar kijken daarbij vooral naar de verhouding volmachtgever/gevolmachtigde. Bestaat tussen hen een (lastgevings)overeenkomst, dan beheerst de verbintenissenrechtelijke redelijkheid-en-billijkheidsnorm (art. 6:2/6:248 BW) inderdaad die rechtsverhouding.²³ Die bepalingen beheersen echter niet de stemvolmacht *zelf* en de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid: volmacht roept geen schuldeiser/schuldenaar-verhouding in het leven (art. 6:2 BW) en is geen overeenkomst of andere meezijdige rechtshandeling (art. 6:248 jo. 6:216 BW).²⁴ Boek 3 kent zelf ook geen redelijkheid-en-billijkheidsbepaling die van toepassing is op de volmacht.²⁵ Het kent wel twee meer concrete regels om onrechtvaardige uitkomsten te corrigeren: de gerechtvaardigd-vertrouwenregel en de misbruik-van-bevoegdheidsregel (respectievelijk art. 3:61 lid 2 en 3:13 BW).²⁶ Bovendien bevat Boek 3 een aantal (op redelijkheid en billijkheid gegrond)²⁷ heelmiddelen voor nietige rechtshandelingen zoals gerechtvaardigd vertrouwen, bekrachtiging, conversie en partiële nietigheid. De vraag is nu of, en zo ja, in hoeverre, de *rechtspersonenrechtelijke* redelijkheid-en-billijkheidsnorm wellicht wél voor stemvolmachten geldt.

Voorop staat dat art. 2:8 BW van toepassing is op uitoefening van stemrecht in het algemeen. Voor *vertegenwoordiging* bij uitoefening van stemrecht is de Bibolini-uitspraak relevant.²⁸ Daarin is bepaald dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van een vennootschap onbepaald en onvoorwaardelijk is, maar dat de redelijkheid en billijkheid die regel onder bijzondere omstandigheden kan doorbreken. Deze vergelijking gaat echter niet geheel op. Allereerst speelde Bibolini zich geheel af binnen het rechtspersonenrecht: de *rechtspersonenrechtelijke* redelijkheid-en-billijkheidsregels noopten tot een afwijking van de *rechtspersonenrechtelijke* vertegenwoordigingsregels. Ten tweede voorziet de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid-en-billijkheidsnorm in een leemte: terwijl het algemene vermo-

²⁰ Art. 2:118a BW geeft hierop een uitzondering voor de volmacht van de StAK van een beursgenoteerde NV aan een certificaathouder.

²¹ Zie hierover nader voetnoot 14 en verder Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/284; Asser/Kortmann 3-III 2017/68-69 (kritisch); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/65, 675; Schuijling, in: *OO&R 100* 2017, p. 486-490 (kritisch); Nowak, *WPNR* 2002/6491, par. 4 (kritisch); Van Solinge, in: *OO&R 17* 1999; Maeijer, in: *VHI 45* 1994, p. 69-70.

²² Van Schilfgaarde, *IVO 100* 2016/33; Bakker, *R&P CA6* 2012, p. 3-5, 9-12; Koelemeijer, *IVO 35* 1999, p. 121-123.

²³ Asser/Kortmann 3-III 2017/72, 94.

²⁴ Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/25.

²⁵ Vgl. Asser/Kortmann 3-III 2017/48; Koelemeijer, *OO&R 7* 1997, p. 33-34.

²⁶ Zie over gerechtvaardigd vertrouwen voetnoot 11 en over misbruik van bevoegdheid Asser/Kortmann 3-III 2017/75; Van Schilfgaarde, *IVO 100* 2016, nr. 26 en 38.

²⁷ Zie o.a. Asser/Sieburgh 6-III 2018/651; Asser/Kortmann 3-III 2017/85; Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), 1999, p. 106-107; Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 198-199.

²⁸ HR 17 december 1982, *NJ* 1983, 480 (*Bibolini*), r.o. 3.3, waarover Van Schilfgaarde, *IVO 100* 2016, par. 47. Dit leerstuk is recentelijk nog toegepast in Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 (*Fairstar*), r.o. 6.28.

gensrecht verschillende corrigerende regels kent (waarover de vorige alinea), bevat het rechtspersonenrecht die niet.²⁹ In principe bestaat daarom in de voorliggende (volmachten)kwesitie minder snel ruimte voor of behoefte aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarbij komt nog dat voor een 'Bibolini-uitzondering' bijzondere omstandigheden zijn vereist.³⁰ In principe lijkt daarom, naast de gerechtvaardigd-vertrouwenregel en de misbruik-van-bevoegdheidsregel, weinig ruimte te reseren voor de redelijkheid en billijkheid om de uitkomst van volmachtuitoefening te wijzigen.

Tegelijkertijd impliceert het bovenstaande wel dat art. 2:8 BW vanuit dogmatisch oogpunt een rol kan spelen in vertegenwoordigingsvraagstukken in het rechtspersonenrecht. Onlogisch is dit ook niet, aangezien de reikwijdte van art. 2:8 BW blijkens de formulering niet is beperkt tot Boek 2-regelingen, maar zich ook kan uitstrekken tot andere voor rechtspersonen relevante wetsbepalingen – in casu over vertegenwoordiging.³¹ Aannemende dat die redelijkheid-en-billijkheidsnorm *kan* ingrijpen in kwesties van vertegenwoordiging krachtens volmacht, is de volgende vraag of de gevolmachtigde wel daaraan is onderworpen.

Mij lijkt dat, als uitgangspunt, de gevolmachtigde *als zodanig* niet is gebonden aan art. 2:8 lid 1 BW. Zij is als zodanig immers niet "krachtens de wet en de statuten" betrokken bij de rechtspersoon. Haar betrokkenheid is primair gegrond op en afgeleid van haar verhouding tot de volmachtgever. In juridische zin komen het stem- en vergaderrecht toe aan de volmachtgever; de gevolmachtigde oefent deze rechten alleen feitelijk uit. Het maakt daarbij geen verschil als de gevolmachtigde ook in andere hoedanigheid bij de rechtspersoon betrokken is, noch dat de wet volmachtverlening uitdrukkelijk mogelijk maakt (art. 2:38 lid 4/117 lid 1/227 lid 3 BW).³² De gevolmachtigde is dan ook alleen gebonden aan art. 2:8 lid 1 BW voor zover deze norm de volmachtgever (de deelnemer) bindt.³³ Deze mag zijn eigen belang nastreven, maar de redelijkheid en billijkheid beperkt die vrijheid.³⁴

Wel kan een gevolmachtigde met een ruime ('open') volmacht feitelijk een positie innemen die sterk lijkt op die van een deelnemer. Een dergelijke gevolmachtigde kan immers bepalen hoe zij haar (open) volmacht uitoefent. Deze gevolmachtigde is naar mijn mening *zelfstandig* onderworpen aan art. 2:8 BW. Dat zij geen risicodragend kapitaal verschaft, doet daaraan niet af.³⁵ Hier moeten de woorden "krachtens de wet en de statuten" in art. 2:8 BW niet te streng worden gelezen maar moet gelet worden op de feitelijke verhoudingen.

Overigens is dit hoofdzakelijk een dogmatisch verschil. Duidelijk is echter wel dat de redelijkheid en billijkheid de stemuitoefening begrenst, ongeacht of de gevolmachtigde nou 'indirect' onderhevig is aan de redelijkheid-en-billijkheidsnormen die van toepassing zijn op de deelnemer die de volmacht heeft verleend, of daaraan *zelf* onderhevig is omdat zij een positie inneemt die voldoende lijkt op die van een deelnemer.

²⁹ Zie Vranken, *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland*, 1997, p. 8-9; Hijma, *T&C BW*, art. 3:35 BW (geraadpleegd 20-02-2019), nr. 2.c; vgl. Katan, *OO&R* 98 2017, par. 2.5.4 en zie verder voetnoot 11.

³⁰ In Bibolini was de wederpartij (degene die ondanks de beperking van vertegenwoordigingsbevoegdheid toch werd gebonden) bekend met de beperking en bovendien bij de totstandkoming van die beperking betrokken. In Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 (*Fairstar*), r.o. 6.28 was de bijzondere omstandigheid (naast bekendheid) dat duidelijk was dat de algemene vergadering niet zou instemmen.

³¹ Vgl. art. 3:59/78/79 BW. Zie ook Van Schilfgaarde, *IVO* 100 2016/42-43.

³² Het gedachte daarachter is te faciliteren dat aandeelhouders/leden ook kunnen stemmen als zij zelf niet ter vergadering aanwezig kunnen zijn. Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30019, 704/05, 30019, 3, p. 7.

³³ Schoonbrood & Klein Bronsvoort, *WPNR* 2017/7167, p. 799; Oosterhoff, *VHI* 144 2017, p. 284, die deze indirecte binding 'complicerend' noemt en de gevolmachtigde direct onderhevig aan art. 2:8 BW acht; Bakker, *R&P CA6* 2012, p. 9-11; Koelemeijer, *OO&R* 7 1997, p. 26.

³⁴ Zie voetnoot 47.

³⁵ In soortgelijke zin: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/65 onder i; Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 185-186 en 806; Oosterhoff, *VHI* 144 2017, par. 6.3.3 onder a; Meinema, *diss.* 2003, p. 188, Koelemeijer, *IVO* 33 1999, p. 120-123 en 130, en *OO&R* 7 1997, p. 26.

3 Doorwerking van stemovereenkomsten

3.1 Inleiding

Schending van een stemovereenkomst levert wanprestatie op, maar in principe zijn stemmen uitgebracht in strijd met de overeenkomst geldig, evenals de resulterende besluiten. Stemovereenkomsten hebben namelijk alleen verbintenissenrechtelijke werking: zij leiden er niet toe dat het stemrecht overgaat naar de wederpartij.³⁶ Nu heeft de wederpartij doorgaans weinig aan schadevergoeding wegens wanprestatie. Daarom zullen dergelijke contractanten in de regel beogen dat de stemovereenkomst ook gevolgen heeft voor de geldigheid van besluitvorming. Het overeenkomstenrecht kan regelingen die in het rechtspersonenrecht zijn gegrond in principe echter niet opzijzetten.

Desalniettemin dient het recht dient tegemoet te komen aan de verwachtingen van de praktijk.³⁷ Onder omstandigheden kan de overeenkomst daarom toch rechtspersonenrechtelijke werking ('doorwerking') hebben en vennootschapsrecht(elijke regelingen) aanvullen, opzijzetten, of rechtspersonenrechtelijke normen als het vennootschappelijk(/rechtspersoonlijk) belang inkleuren.³⁸ Zo kan een besluit vernietigbaar zijn als het is tot stand gekomen doordat is gestemd in strijd met de stemovereenkomst en dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 2:15 lid 1 onder b BW). De dogmatische grondslag van geldigheid en doorwerking van stemovereenkomsten rust op drie factoren: de partijautonomie en contractsvrijheid (par. 3.2), de 'identiteit van partijen' (par. 3.3), en de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 BW (par. 3.4).³⁹

3.2 Geldigheid van stemovereenkomsten en partijautonomie

De mogelijkheid bij overeenkomst van rechtspersonenrecht af te wijken, vloeit voort uit de partijautonomie: personen die een samenwerkingsverband aangaan, mogen zelf bepalen hoe ze die samenwerking vormgeven, ook in afwijking van dwingendrechtelijk rechtspersonenrecht dat hen beschermt. Partijautonomie impliceert echter ook dat deelnemers die verkiezen zich *niet* te verbinden, buiten die afspraken blijven, zodat alleen sprake kan zijn van doorwerking tussen de *contractanten*. De overeenkomst is daarom het geëigende middel voor dergelijke afwijkingen: zij binden alleen contractspartijen en wijziging ervan is alleen mogelijk als alle contractspartijen instemmen. Heersende leer is dan ook dat art. 2:25 BW niet een contracteerverbod behelst.⁴⁰ Dit geldt zeker als deelnemers slechts afwijken van rechten en verplichtingen tussen hen onderling; dan benadelen zij immers geen derden.⁴¹

Partijautonomie tot uitgangspunt nemen sluit ook aan op de doelen van de flex-BV-wetgeving en de besloten, persoonsgebonden verhoudingen waarin aandeelhoudersbelangen voorop staan, zoals de joint

³⁶ Zie voetnoot 14.

³⁷ Aldus o.a. Dortmund, *Van der Heijden Handboek NV/BV* 2013/217.1, p. 398; Blanco Fernández, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), nr. 4 en *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 2 en 6; Kamphuisen, *NV* 1941, p. 350; Van der Heijden, *WPNR* 1936/3456, p. 157.

³⁸ Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/107-109; Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 842 e.v.; Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2015/88, p. 442-443; Van Veen, *ZIFO* 2 2011; Meinema, *diss.* 2003, par. 7.2.4.

³⁹ Vgl. Nowak, *WPNR* 2014/7014, p. 343; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, par. 2-4; Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 1-3.

⁴⁰ Zie Rb. Den Haag 29 september 2017, *JOR* 2018/36 (*Magic Marble*), r.o. 6.10; Hof Den Haag 7 augustus 2008, *JOR* 2008/262 (*Ramsley*), r.o. 37; HR 31 december 1993, *NJ* 1994, 436 (*Verenigde Bootlieden*), r.o. 4.5.1; Bosman, *V&O* 2015/5, p. 82-83; Nowak, *WPNR* 2014/7014, p. 345; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, par. 2.2; Blanco Fernández, *WPNR* 2005/6626, p. 514-515 en 518-519. Anders: Mohr, *Cahen-bundel* 1997.

⁴¹ Zie o.a. Nowak, *WPNR* 2014/7014, par. 4 en *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*), par. 3; De Vries, *WPNR* 2014/7014, par. 4; Nowak & Van Duuren, in: *Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 2013, p. 319-324; Blanco Fernández, *WPNR* 2005/6626, par. 4; Van der Sangen, *V&O* 2003/1, p. 40-41; Meinema, *diss.* 2003, p. 50-55, 184; De Kluiver & Meinema, *WPNR* 2002/6503, par. 3-4 en p. 652.

ventures waar het geregeld om gaat in de stemovereenkomstenjurisprudentie.⁴² In dergelijke verhoudingen kan worden betoogd dat de vennootschap feitelijk niet echt een 'zelfstandig instituut' is; zij is eerder een onzelfstandig vehikel voor de aandeelhouders en 'hun' onderneming.⁴³

In de Wennex, Melchers en Aurora-uitspraken bevestigde de Hoge Raad dat stemovereenkomsten in beginsel geldig zijn. Concreet is deze geldigheid gegrond op de aard van het stemrecht als recht gegeven in het belang van de deelnemer. Binnen zekere grenzen kan de gerechtigde daarom doen wat zij wil met die rechten, inclusief daaromtrent verbintenissen aangaan en de vrije uitoefening daarvan aan banden leggen.⁴⁴ Bovendien laten stemovereenkomsten het stemrecht rechtspersonenrechtelijk onaangetast – het stemrecht gaat niet over naar de wederpartij van de deelnemer.⁴⁵

Het bovenstaande kent grenzen. Zo kan uit de tekst, strekking, geschiedenis en systematiek van de wet volgen dat een bepaalde afwijking ontoelaatbaar en dus nietig is (art. 3:40 lid 1 BW).⁴⁶ Voorts begrenzen de redelijkheid-en-billijkheidsnormen van art. 2:8 en 6:2/248 BW de vrijheid van deelnemers om hun stemrecht te gebruiken en daaromtrent te contracteren.⁴⁷

3.3 Identiteit van partijen

Gegeven dat stemovereenkomsten vanuit het oogpunt van partijautonomie toelaatbaar en geldig zijn, komt de volgende kwestie aan bod: wie moeten partij zijn bij de stemovereenkomst om rechtspersonenrechtelijke doorwerking te kunnen aannemen?

De literatuur en rechtspraak nemen doorwerking (slechts) tot uitgangspunt als alle deelnemers ook partij zijn bij de stemovereenkomst.⁴⁸ Zo krijgt de overeenkomst pas rechtspersonenrechtelijke gevolgen indien en voor zover alle betrokkenen daarmee hebben ingestemd. In dat geval is het immers kunstmatig, niet in lijn met de feitelijke situatie, om onderscheid te maken tussen de contractuele en de rechtspersoonlijke regels als iedere deelnemer jegens wie de overeenkomst ook rechtspersonenrechtelijke gevolgen zou hebben, partij is bij de overeenkomst.⁴⁹ Er wordt nog getwist over de vraag of ook de rechtspersoon partij moet zijn. Sommigen vinden van wel.⁵⁰ Anderen vinden dit vereiste overbodig.⁵¹ Weer anderen nemen tussenstandpunten in.⁵²

⁴² Van Duuren, *WPNR* 2014/7033, p. 895-896 en 903 spreekt van een "tendens van contractualisering van vennootschapsrecht".

⁴³ Zie Meijer, *V&O* 2012/7, p. 132; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, p. 12-16, Meinema, *diss.* 2003, p. 25-27 en 73; Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 2 en 7 en (op par. 7 voortbouwend), *Ondernemingsrecht* 2018/29; Waaijer, *Ars Notariatus LXXVIII* 1996, p. 3-6, 13-14; (kritisch) Mohr, *Cahen-bundel* 1997, p. 225; Brenninkmeijer, *VHI* 8 1973, nr. 118 e.v..

⁴⁴ Zie: HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wennex*); HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Melchers*); HR 19 februari 1960, *NJ* 1960, 473 (*Aurora*); waarover nader Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 834-842; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/101-104; Brenninkmeijer, *VHI* 8 1973, nr. 32, 83, 88, 91, 100 e.v..

⁴⁵ Zie voetnoot 14.

⁴⁶ Zie uitgebreider hierover vooral Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/101-104; Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 839-842; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, par. 3.

⁴⁷ Zie par. 3.4 en verder vooral Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2015/88, par. 5, p. 442-443 en 449, en *ZIFO* 2 2011, p. 24, die er terecht op wijst dat deze beperking al lag besloten in de Wennex-uitspraak. Zie voorts Olaerts, *Ondernemingsrecht* 2017/113; Meijer, *V&O* 2012/7, p. 129-132. Zie voor recente jurisprudentie hierover: Rb. Den Haag 29 september 2017, *JOR* 2018/36 (*Magic Marble*), r.o. 6.23-6.24; Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015 *JOR* 2015/325 (*Bonder/Meijbon*), r.o. 4.5-4.7; HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286 (*Cancun*), r.o. 4.2.1 en 4.7.1.

⁴⁸ Zie onder andere Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 843-844 (kritisch); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/107 onder c en d; Oostwouder & Wessel, *O&F* 2015/1, p. 10-11 en 14; Timmerman, *WPNR* 2014/7028, p. 699; Nowak, *WPNR* 2014/7014, par. 2, p. 342-343; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, p. 35-36; Meinema, *diss.* 2003, p. 208-209; Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 3 en 4. Vgl. ook Pres. Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*), r.o. 2.4, 3.2 en 5.1.

⁴⁹ Vgl. de jurisprudentie in voetnoot 40.

⁵⁰ Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.10; Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, *RO* 2011, 14 (*GS General Services/X GmbH*), r.o. 5.11.

⁵¹ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/107 onder c en d; Van Veen, *Ondernemingsrecht* 2015/88, p. 442; Blanco Fernández, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), nr. 4.

⁵² Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 842 e.v.; Oostwouder & Wessel, *O&F* 2015/1, p. 11, bij voetnoot 27, en p. 14; Bulten, *Ondernemingsrecht* 2014/94, par. 5.1; Timmerman, *WPNR* 2014/7028; Nowak, *WPNR* 2014/7014, p. 343; Meijer, *V&O* 2012/7, p. 129-131; Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 3 en 4.

Naar mijn mening zijn doorslaggevend het soort overeenkomst en de feitelijke verhoudingen tussen de betrokkenen. Een overeenkomst die primair een aangelegenheid tussen de deelnemers onderling betreft, zal bijvoorbeeld eerder doorwerken dan een overeenkomst die ook niet-contractanten raakt. De relevantie van de feitelijke verhoudingen kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de omstandigheid dat een contractspartij zowel deelnemer als bestuurder is. De rechtspersoon hoeft niet partij te zijn, maar zal wellicht wel op de hoogte moeten zijn. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de bestuurders tevens deelnemer en zodoende contractspartij bij de stemovereenkomst zijn.⁵³ In dat geval is minder van belang dat deze bestuurders niet als zodanig hebben meegetekend.⁵⁴

3.4 Redelijkheid en billijkheid

Of een stemovereenkomst doorwerkt, hangt uiteindelijk af van een afweging naar redelijkheid en billijkheid van de omstandigheden van het geval. Daaronder vallen de betrokken belangen, zoals het vennootschapsbelang, de aard en inhoud van het samenwerkingsverband, hun positie en hun verhouding tot de bestuurders, maar ook concretere omstandigheden zoals financiële nood.⁵⁵ Een andere relevante omstandigheid is de regel (uit de jurisprudentie over stemovereenkomsten) dat de aandeelhouder met het stemrecht zijn eigen belang in de vennootschap mag dienen en dus daarmee mag doen wat hij wil.⁵⁶ Zeker in besloten samenwerkingsverbanden als joint ventures, waarin de rechtspersoon een middel is voor het samenwerkingsverband en deelnemers vaak tevens bestuurder zijn, geldt doorwerking van de stemovereenkomst dan ook geregeld als uitgangspunt.⁵⁷ Tegelijkertijd is het mogelijk dat een afspraak *niet* doorwerkt, ondanks dat alle aandeelhouders en de rechtspersoon partij zijn, omdat niet zodanig is gehandeld dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁵⁸

3.5 Samenvatting

Uitgangspunt is dat stemovereenkomsten geldig zijn, zolang zij blijven binnen de grenzen van de rechtspersoonlijke openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 en 6:2/248 BW). De partijautonomie en contractsvrijheid pleiten voor het toelaten van doorwerking, zeker als het gaat om bepalingen die intern-rechtspersoonlijke regelingen bevatten en/of de contractspartijen beschermen. Bovendien zijn vaak *alle* deelnemers en geregeld ook de vennootschap partij bij de stemovereenkomst, waardoor een scheidslijn tussen rechtspersonenrecht en verbintenissenrecht geen recht doet aan de feitelijke verhouding tussen de betrokkenen. Daarom kan de redelijkheid en billijkheid vereisen dat dergelijke stemovereenkomsten doorwerken.

⁵³ Katan, *OO&R* 98 2017, par. 8.2, nr. 245.

⁵⁴ Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.18 ging om een soortgelijke situatie. Zie verder Nowak, *WPNR* 2014/7014, p. 343; Timmerman, *WPNR* 2014/7028, par. 4.

⁵⁵ Zie voor een greep uit de literatuur: Oostwouder & Wessel, *O&F* 2015/1, p. 9-10 en 16-17; Meijer, *V&O* 2012/7, p. 129-131; Van Veen, *ZIFO* 2 2011, p. 34-38. Relevante jurisprudentie is o.a. Rb. Den Haag 29 september 2017, *JOR* 2018/36 (*Magic Marble*), r.o. 6.14; Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015 *JOR* 2015/325 (*Bonder/Meijbon*); HR 4 april 2014, *NJ* 2014, 286 (*Cancun*), r.o. 4.2.1; Hof Amsterdam 13 januari 2015, *JOR* 2015/69 (*Delfino/Kekk*), r.o. 3.5 en 3.8; Hof Amsterdam 21 januari 2014, *JOR* 2014/158 (*De Wildt/RBOC*), r.o. 3.10; Pres. Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.1; Rb. Den Haag 1 augustus 2012, *JOR* 2012/286 (*Vanka-Kawat*), r.o. 4.16; OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (*Broadnet*), r.o. 3.2-3.3; Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25 (*VenV*), r.o. 3.1.2.

⁵⁶ Zie voetnoot 44. De redelijkheid en billijkheid begrenst die vrijheid ook weer, waarover voetnoten 46-47.

⁵⁷ Zie Conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2019:768 (*Apotheek Eemnes*), ov. 3.5 en uit voetnoot 55 o.a. de *Vanka-Kawat*-, *Kekk/Delfino*-, *De Wildt/RBOC*-, *Delfino/Kekk*- en *Cancun*-uitspraken. Daarmee instemmend: Nowak, *WPNR* 2014/7014, p. 342; Meinema, *diss.* 2003, p. 208-209; Van der Sangen, *SV&V* 2003/1, par. 4.b; Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 1999-6, par. 1 en 3. Zie voor (mijns inziens onterechte) afwijkingen: Rb. Den Haag 29 september 2017, *JOR* 2018/36 (*Magic Marble*), r.o. 6.14; Rechtbank Gelderland 21 januari 2016, *JOR* 2016/92 (*Croppings/Fruitmasters*).

⁵⁸ Vgl. in soortgelijke zin (maar onzuiver) Rechtbank Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/157 (*Kekk/Delfino*), r.o. 5.1-5.2.

4 'Doorwerking' van stemvolmachten

4.1 Inleiding

De kernvraag van dit artikel is hoe de redelijkheid en billijkheid invloed zouden kunnen uitoefenen op de uitkomst van volmachtuitoefening. In twee gevaltypen kan toepasselijkheid van de redelijkheid-en-billijkheidsnorm uitkomst bieden bij stemvolmachtuitoefening.

Allereerst de situatie dat de gevolmachtigde niet stemt conform de steminstructie en dus handelt buiten de reikwijdte van de volmacht. De resulterende rechtshandeling – de stem – is in beginsel nietig (art. 3:66 lid 1 BW).⁵⁹ Daar heeft de volmachtgever echter niet altijd iets aan. Een voorbeeld: een vennootschap met 100 gewone aandelen heeft twee aandeelhouders: aandeelhouder A met 51 aandelen, en aandeelhouder B met 49 aandelen. Stel, aandeelhouder A is tegen een voorstel, aandeelhouder B is vóór. Aandeelhouder A kan echter niet bij de algemene vergadering zijn en stuurt een gevolmachtigde met de steminstructie 'tegen' te stemmen. Als de gevolmachtigde conform de steminstructie tegenstemt, is het voorstel verworpen. Als de gevolmachtigde in strijd met de steminstructie voorstemt, dan is die stem nietig (art. 3:66 BW). In dat geval hebben de voorstemmers echter ineens een meerderheid – 49 van de 49 stemmen – en is het besluit dus alsnog genomen. De volmachtgever heeft dan weinig aan de nietigheid van de stem, want het besluit blijft in principe geldig. Soortgelijke situaties met meer aandeelhouders zijn ook denkbaar.

In het tweede gevalstype stemt de gevolmachtigde *conform* de instructie, maar is het resultaat desondanks onwenselijk. Zo is voorstelbaar dat de volmachtgever van gedachten is veranderd, maar hij geen (geldige)⁶⁰ nieuwe volmacht heeft kunnen verlenen. Voorts is denkbaar dat de omstandigheden omtrent het stempunt zodanig wijzigen dat een andere stemuitbrenging is vereist dan waartoe de volmacht strekt, maar het niet meer mogelijk is een nieuwe volmacht te verkrijgen. Een voorbeeld daarvan is de situatie dat de volmachtgever tegen decharge van het bestuur wil stemmen vanwege een hem onwelgevallige beleidskeuze, maar het bestuur plotseling toch nog omgaat. Ook al wil de gevolmachtigde conform de vermoedelijke wensen van de volmachtgever stemmen, zij is in principe gebonden aan de grenzen van de volmacht.

Hieronder onderzoek ik of de voorwaarden voor doorwerking van aandeelhoudersovereenkomsten handvatten kunnen bieden om te bepalen wanneer en op welke wijze de redelijkheid en billijkheid hier oplossingen kan bieden door de uitkomst van volmachtuitoefening te wijzigen.

4.2 Partijautonomie

Op het eerste gezicht speelt de autonomie van andere deelnemers geen rol bij stemvolmachten. De wet geeft deelnemers principieel het recht om stemvolmachten te verlenen (art. 2:38 lid 4/117 lid 1/2:227 lid 3 BW). Waar stemovereenkomsten slechts *instemmende* contractspartijen binden, verlenen stemvolmachten bevoegdheid, waarvan de uitoefening tegenover elke andere deelnemer werkt, ook als die niet heeft ingestemd en verder geheel buiten de stemvolmacht staat.⁶¹

Tegelijkertijd kan het wettelijke recht op een tegenover eenieder werkende stemvolmacht vanuit partijautonomie-oogpunt *juist* aanleiding geven tot redelijkheid-en-billijkheidscorrecties. Concreet impliceert het partijautonomiebeginsel dat de redelijkheid en billijkheid niet zomaar de uitkomst van de stemvolmachtuitoefening kan wijzigen voor zover die wijzigingen partijen raken die niet betrokken waren bij of afwisten van de stemvolmacht(verlening). De gedachte hierachter is een soortgelijke als in de DSM/Fox-jurisprudentie. Daar was het feit dat een rechtshandeling de rechtspositie van derden (mede) raakt en/of de betrokkenen bij de rechtshandeling geen invloed hebben gehad op de totstandkoming

⁵⁹ Zie voetnoot 9.

⁶⁰ Bijvoorbeeld niet schriftelijk. Zie voetnoot 6.

⁶¹ Zie nader voetnoot 9.

daarvan een reden voor een meer objectieve uitleg van die rechtshandeling.⁶² In gelijke zin kunnen redelijkheid-en-billijkheidsnormen bij stemvolmachtuitoefening bescherming bieden aan niet-betrokken derden en tegen doorwerking pleiten. Hebben andere deelnemers daarentegen enige betrokkenheid bij de volmacht, dan kan dat vanuit partijautonomie-oogpunt weer een argument zijn voor doorwerking.

Voorts is hier de reikwijdte van de volmacht van belang.⁶³ Een gevolmachtigde met een *gerichte* volmacht is feitelijk slechts spreekbuis; zij stemt zoals de volmachtgever zelf zou hebben gestemd. In dergelijke omstandigheden zal doorwerking van de steminstructie eerder in de rede liggen. De wil van de volmachtgever komt dan zo zuiver mogelijk terecht bij de rechtspersoon en de volmachtgever ondervindt geen nadeel door zijn afwezigheid ter vergadering. Dit is in lijn met het primaire doel van de stemvolmacht: faciliteren dat ook afwezige deelnemers kunnen meestemmen.⁶⁴ Doorwerking van de steminstructie draagt dan juist bij aan de autonomie van de volmachtgever, benadeelt de andere betrokkenen niet en doet niet af aan hun autonomie.

Als de gevolmachtigde daarentegen een ruimere volmacht heeft, zal doorwerking van steminstructies jegens de andere deelnemers minder snel aan de orde zijn. De ‘spreekbuisfunctie’ van de stemvolmacht geraakt dan immers meer op de achtergrond. Doorwerking blijft echter mogelijk, bijvoorbeeld als alle deelnemers partij zijn bij een stemovereenkomst waarmee de open stemvolmacht samenhangt. Ook hier geldt dat de redelijkheid en billijkheid juist kan ingrijpen ter bescherming van de autonomie van andere deelnemers, bijvoorbeeld door de gevolmachtigde te beperken in de vrijheid zijn volmacht uit te oefenen.⁶⁵ Als de gevolmachtigde zelf feitelijk de positie inneemt van een deelnemer, doordat zij (in belangrijke mate) zelf kan bepalen hoe zij de stemvolmacht uitoefent, dan dient zij als deelnemer te worden behandeld. Zou dat niet zo zijn, dan kan dit de autonomie van de overige deelnemers namelijk juist beperken. Dit geldt zeker in besloten verhoudingen, waarin de rechtspersoon nadrukkelijk(er) het karakter heeft van een samenwerkingsverband en bijvoorbeeld de statuten uittredingsvoorwaarden of aanbiedings- of goedkeuringsregelingen bevatten om dergelijke wisselingen van deelnemers juist te voorkomen.⁶⁶

4.3 Identiteit van partijen

Stemovereenkomsten kunnen doorwerken als contractspartijen en deelnemers dezelfde personen zijn en de rechtspersoon ten minste op de hoogte is van de stemovereenkomst. De ratio hiervan is dat het praktisch onwenselijk is te onderscheiden tussen contract en rechtspersoon als de betrokkenen in beide sferen dezelfde personen zijn. Stemvolmachten dienen doorgaans eerder persoonlijke belangen van slechts één persoon, bijvoorbeeld van de volmachtgever als hij een gevolmachtigde stuurt naar een algemene vergadering waar hij zelf niet bij kan zijn, of van de gevolmachtigde als het gaat om een stemafpraak in haar belang.

Net zoals partijautonomie kan ook identiteit van partijen ook bij stemvolmachtuitoefening een relevante factor zijn. Allereerst kan de mate van betrokkenheid van de andere deelnemers van belang zijn. Als bijvoorbeeld de gevolmachtigde zelf ook deelnemer is, andere deelnemers betrokken zijn bij de stemvolmacht, daarvan op de hoogte zijn, of stemvolmachtiging gebruikelijk is, dan zullen zij de steminstructie eerder tegen zich moeten laten gelden. De ratio is een soortgelijke als bijvoorbeeld de ratio van art. 3:70 BW: weet of behoort de wederpartij van de rechtshandeling te begrijpen dat de volmacht ontoereikend is, dan is dat reden om enig risico van een niet-toereikende volmacht bij hem te leggen. Uitoefening van de stemvolmacht raakt echter ook de deelnemers die niet bij de stemvolmacht zijn

⁶² Zie HR 17 en 24 september 1993, *NJ* 1993/173-174 (*DSM/Fox*) en recentelijk over uitleg van statuten Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, *JOR* 2018/175.

⁶³ Waarover par. 2.

⁶⁴ Zie nader voetnoot 32.

⁶⁵ Zie par. 2.3 en 4.4.

⁶⁶ Vgl. voetnoot 43.

betrokken. De redelijkheid en billijkheid zal dan minder gauw nopen tot doorwerking van een steminstructie.

Vanuit praktisch oogpunt zal bovendien het bestuur vaak van de volmacht afweten. Het bestuur organiseert immers de algemene vergadering en zit deze voor. Het bestuur kan bovendien een (inspannings)verplichting hebben om te bewerkstelligen dat wordt gestemd conform een stemvolmacht, bijvoorbeeld als die is verleend in het kader van een stemovereenkomst. Stemovereenkomsten kleuren immers mede het vennootschapsbelang waarnaar de bestuurders zich bij hun taakuitoefening moeten richten.⁶⁷ Concreet kan het bestuur bijvoorbeeld gehouden zijn om een gevolmachtigde die stemt in strijd met de stemvolmacht, daarop aan te spreken en om tekst en uitleg te vragen.⁶⁸ Een dergelijke verplichting zal in principe niet zo ver gaan dat de bestuurders de vergadering moeten stilleggen totdat de gevolmachtigde stemt conform de stemvolmacht. De eindverantwoordelijkheid ligt in principe bij de gevolmachtigde.

4.4 Redelijkheid en billijkheid

De interessantste dogmatische vraag is wellicht *hoe* de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid-en-billijkheidsnorm – de spil van de doorwerking – kan ingrijpen in de uitkomst van stemuitbrenging krachtens volmacht. Biedt dit oplossingen voor de situaties genoemd in par. 4.1?

Allereerst de situatie dat de gevolmachtigde buiten de reikwijdte van de volmacht handelt, met als gevolg een nietige stem. Leidt de nietige stem tot een besluit dat de volmachtgever niet wilde, dan kan de volmachtgever vernietiging van dat besluit vorderen op grond van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 onder b BW).⁶⁹ Als die nietigheid ertoe leidt dat een *gewenst* besluit *niet* is genomen, kan de volmachtgever voor de rechter een stem- of besluitgebod verzoeken op de grond dat de oorspronkelijke stemuitbrenging onredelijk of onbillijk was (art. 3:296 lid 1 jo. 2:8 lid 1 BW). De rechter kan daarbij bepalen dat zijn uitspraak dezelfde werking heeft als de gewenste stemuitbrenging of het gewenste besluit (reële executie; art. 3:326 jo. 300 lid 1 BW).⁷⁰

Voorts zijn situaties denkbaar waarin stemmen *conform* de volmacht niet leidt tot een wenselijke uitkomst, bijvoorbeeld als door gewijzigde omstandigheden de oorspronkelijke volmacht niet meer toereikend is en geen nieuwe meer kan worden verkregen. In sommige gevallen binnen deze categorie biedt art. 2:8 lid 2 BW hulp door regels op grond van de redelijkheid en billijkheid buiten werking te stellen. Als bijvoorbeeld alle betrokkenen op de hoogte zijn van de reikwijdte van een stemvolmacht die niet schriftelijk of elektronisch is verleend, dan kan het schriftelijkheidsvereiste naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar streng uitvallen en daarom buiten toepassing blijven. In gevallen waarin de volmacht een te beperkte reikwijdte heeft doordat gewijzigde omstandigheden tot een andere stem nopen, kan de gevolmachtigde echter alleen geldig stemmen binnen de 'oude' bevoegdheidsgrenzen (art. 3:66 lid 1 BW), ook al komen die niet overeen met de wil van de volmachtgever.⁷¹ Hier biedt buitenwerkingstelling van een regel op grond van art. 2:8 lid 2 BW waarschijnlijk geen uitkomst. Eventueel zou art. 2:8 lid 1 BW ook hier uitkomst kunnen bieden door bij de rechter (reële executie van) een stem- of besluitgebod af te dwingen en zodoende alsnog het gewenste besluit te realiseren.

Voor zover de rechtspersonenrechtelijke redelijkheid-en-billijkheidsnorm geen oplossingen biedt, schiet het algemeen vermogensrecht weer te hulp. Zo is bekrachtiging (art. 3:61 BW) van de nietige stem hier

⁶⁷ Zie voetnoot 55 voor de jurisprudentie.

⁶⁸ Zie verder Schoonbrood & Klein Bronsvort, *WPNR* 2017/7168, p. 820-821; Van Schilfgaarde, *IVO* 100 2016, p. 216-217; Stroeve & Cremers, *TOP* 2013/8, p. 311; Van Veen, *ZIFO* 2 2011 p. 35-36.

⁶⁹ Waarbij nog uitmaakt of de stem *conform* de steminstructie wel tot een ander besluit zou hebben geleid. Zie HR 6 juni 1969, *NJ* 1969, 317 (*Curaçaoese Chinese Club*).

⁷⁰ Ik verwijs verder naar Van Vught, *WPNR* 2019/7240, par. 4.1-4.3, die dit grondig heeft uitgewerkt. Een interessante kwestie, die ik hier niet kan behandelen, is of een eenmaal genomen besluit nog zou kunnen wijzigen door een rechterlijke uitspraak waarbij stemmen worden 'omgezet' als daardoor een ander besluit zou zijn genomen.

⁷¹ Asser/Kortmann 3-III 2017/37 e.v..

mogelijk.⁷² Wel brengt dit een periode van onzekerheid met zich. Bovendien is onduidelijk welke gevolgen bekrachtiging van een nietige *stem* heeft voor het *besluit*. Als door de nietige stem geen besluit is tot stand gekomen, ontstaat dit besluit dan alsnog door bekrachtiging? Hoe verhoudt dat zich dan tot de rechten van derden, bedoeld in art. 3:69 lid 5 BW?⁷³ Ook conversie van de stem (art. 3:42 BW) is in principe denkbaar. Als een nietige rechtshandeling de strekking van een andere, wél geldige rechtshandeling heeft, kan aan die nietige rechtshandeling de werking van die geldige rechtshandeling toekomen. Zo kan een nietige stem dan inhoudelijk de werking krijgen van een stem uitgebracht conform de bedoeling van de volmachtgever.⁷⁴ Vasthouden aan de nietigheid van de stem lijkt onredelijk strikt en dient bovendien veelal geen doel, zeker niet als bijvoorbeeld de gevolmachtigde, de overige deelnemers en de rechtspersoon afweten van de andere bedoeling van de volmachtgever. Dat is in lijn met de gedachte achter figuren als conversie: hanteer nietigheid alleen als “een betere oplossing niet voorhanden is of niet gerealiseerd kan worden”.⁷⁵ Wie heeft immers belang bij nietigheid, nu alle betrokkenen op de hoogte zijn van de reikwijdte van de stemvolmacht?⁷⁶ Ten slotte kan zaakwaarneming uitkomst bieden, bijvoorbeeld als de omstandigheden wijzigen en de volmacht niet langer toereikend is (art. 6:198-202 BW). Voor zover de gevolmachtigde de belangen van de volmachtgever blijft behartigen, is zij in principe vertegenwoordigingsbevoegd (art. 6:201 BW) en kan zij dus voor de volmachtgever stemmen.⁷⁷

5 Conclusie

De kernvraag van dit artikel is of de redelijkheid en billijkheid invloed kan uitoefenen (‘doorwerken’) op de uitkomst van uitoefening van een stemvolmacht. Aanknopen bij de grondslagen van doorwerking van stemovereenkomsten concludeer ik dat hier inderdaad sprake van kan zijn.

Mijn conclusie is tweeledig. Allereerst concludeer ik dat de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 BW óók van toepassing is op de stemvolmacht(uitoefening). Ten tweede ben ik van mening dat die redelijkheid en billijkheid grondslag biedt voor een wijziging van de uitgebrachte stem of het resulterende besluit. Relevante omstandigheden daarbij zijn in het bijzonder de mate van betrokkenheid van de deelnemers en de reikwijdte van de volmacht van belang. Doorwerking zal eerder in de rede liggen als bijvoorbeeld als de inhoud van de volmacht bekend is bij de deelnemers en de rechtspersoon, als volmachtverlening gebruikelijk is, dan wel als de volmacht een meer specifieke instructie bevat.

⁷² Anders: Hartkamp, *Non sine causa*, p. 131.

⁷³ Zie ook de kwestie genoemd in voetnoot 70.

⁷⁴ De Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 8.3.1-8.3.3 (d.d. 15-12-2018).

⁷⁵ De Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 2.1.1 (d.d. 15-12-2018); Asser/Sieburgh 6-III 2018/650.

⁷⁶ Van Helden, *WPNR* 2018/7194, p. 408; Stroeve & Cremers, *TOP* 2013/8, p. 311.

⁷⁷ In gelijke zin: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/398; Van Solinge, in: *OO&R* 41 2007, p. 217-218. Zie voor een voorbeeld HR 12 oktober 2012, *NJ* 2012/686; *JOR* 2013/10 (*Varde Investments/Harbers*).