

De geldigheid van besluiten onder de coronaspoedwet

Ondernemingsrecht 2020/62

De coronaspoedwet maakt een volledig digitale vergadering mogelijk. In de wet is opgenomen dat het niet-voldoen aan enkele van de vereisten die deze wet stelt, geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de genomen besluiten. Wat betekent dit precies? Slaagt de wetgever erin om nietigheden en vernietigbaarheden te vermijden? Deze bijdrage laat zien dat de bewuste bepaling in de spoedwet slechts ziet op enkele gebreken die zich bij digitale besluitvorming kunnen voordoen. In andere gevallen blijft het stelsel van art. 2:14 en 2:15 BW onverminderd relevant. Daarnaast komt de terugwerkende kracht en het overgangsrecht van de spoedwet aan de orde. Zijn besluiten genomen in buitenwettelijke digitale vergaderingen – voordat de spoedwet in werking trad – rechtsgeldig of niet? De auteur meent dat de terugwerkende kracht gecombineerd met het overgangsrecht een goed deel van de besluiten zekerstelt.

1. Inleiding

Het coronavirus trekt zich van het AVA-seizoen niets aan. Weliswaar staan de coronamaatregelen nog altijd toe dat ‘wettelijk verplichte’ algemene vergaderingen worden gehouden,² het lijkt weinig opportuun – en maatschappelijk gezien ook weinig verantwoordelijk – om algemene vergaderingen als gewoonlijk te laten doorgaan. Sommige vennootschappen hebben hun jaarlijkse algemene vergadering dan ook uitgesteld, andere hebben hun aandeelhouders dringend gemaand niet te komen of fysieke deelname zelfs verboden.³ Ook voor verenigingen is de digitale algemene vergadering van toekomstmuziek tot noodzaak geworden.

Boek 2 BW gaat echter uit van een fysieke bijeenkomst. De wet zegt het nergens met zoveel woorden, maar de wetgever heeft in 2004 – bij monde van toenmalig minister Donner – uitdrukkelijk vastgehouden aan het vereiste van een fysieke bijeenkomst.⁴ De statuten kunnen sindsdien in digitale deelname voorzien (art. 2:38 lid 6-7/117a/227a BW), maar dit kan leden of aandeelhouders niet worden verplicht en maakt hooguit een hy-

bride algemene vergadering mogelijk.⁵ Ook de faciliteit van besluiten buiten vergadering vergt de instemming van de leden of aandeelhouders, nog daargelaten dat in de vereniging (art. 2:40 lid 2 BW) en in de NV (art. 2:128 lid 1 BW) langs die weg alleen eenstemmige besluiten kunnen worden genomen.

Denkelijk biedt reeds de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW een grondslag om van dit wettelijke kader af te wijken. In het licht van de uitzonderlijke omstandigheden zijn besluiten geldig, al zijn ze zonder statutaire grondslag en zonder instemming van alle leden of aandeelhouders genomen in een volledig virtuele vergadering.⁶ Omwille van de rechtszekerheid valt niettemin te prijzen dat inmiddels een spoedwet is voorgesteld, waarmee beide Kamers inmiddels hebben ingestemd.⁷ Krachtens de spoedwet kan het bestuur beslissen de algemene vergadering volledig digitaal te houden. Een andere mogelijkheid die de spoedwet biedt is het houden van een hybride algemene vergadering, zonder dat daarvoor een statutaire grondslag nodig is. Het bestuur kan bepalen dat leden of aandeelhouders bevoegd zijn digitaal aan de vergadering deel te nemen, het woord te voeren en te stemmen (art. 6 lid 5-6/12/19 spoedwet). De spoedwet stelt statutaire bepalingen buiten werking voor zover ze in de weg staan aan het houden van een volledig digitale of hybride algemene vergadering (art. 5 lid 4 spoedwet).

In beide varianten kan het bestuur bepalen dat leden of aandeelhouders hun stem slechts elektronisch kunnen uitbrengen (art. 6 lid 5/14/21 spoedwet). Bovendien kan het bestuur erin voorzien dat leden of aandeelhouders voorafgaand aan de vergadering kunnen stemmen (art. 6 lid 6/13 lid 1/20 spoedwet). De minister voegt hieraan toe dat het bestuur de leden of aandeelhouders zelfs verplichten voorafgaand aan de vergadering een volmacht of steminstructie uit te brengen aan een door de rechtspersoon aangewezen gevolmachtigde, die dan in de fysieke of digitale vergadering de stemmen uitbrengt. Er hoeft geen gelegenheid te worden gegeven om tijdens de vergadering te kunnen stemmen, aldus de minister.⁸ Uit de tekst van de spoedwet blijkt dit echter niet. Sterker, art. 6 lid 6/13 lid 1/20 spoedwet komt in zijn formulering overeen met art. 2:38 lid 8/117b/227b BW: stemmen die voor de vergadering elektronisch worden uitgebracht staan gelijk aan stemmen die tijdens de vergadering

1 Koen van Vught is universitair docent bij het Molengraaff Instituut aan de Universiteit Utrecht.

2 Zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/coronavirus-covid-19/veelgestelde-vragen-over-de-aanpak-van-het-nieuwe-coronavirus-in-nederland> (geraadpleegd op 17 april).

3 Zie C.R. Nagtegaal, ‘Het coronavirus en de algemene vergadering’, *Ondernemingsrecht* 2020/61, par. 1 en 4, en R. Abma & D.P. van Kleef, ‘Stewardshipverplichtingen in tijden van corona’, *Ondernemingsrecht* 2020/70, par. 4.1.

4 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 6-7 en 8 (MvT) en nr. 7, p. 4 (NV).

5 Zie T. Saleminck & C.D.J. Bulten, ‘De digitale algemene vergadering van aandeelhouders’, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering* (Serie OO&R), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 228-229.

6 In deze zin ook Nagtegaal 2020, par. 7.

7 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 1-3 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid).

8 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 6 (NV spoedwet).

worden uitgebracht. Dat suggereert dat ook tijdens de vergadering moet kunnen worden gestemd. Anders dan de minister opmerkt, lijkt de spoedwet slechts te regelen dat voorafgaand elektronisch stemmen geen statutaire grondslag vereist; niet dat stemmen tijdens de vergadering kan worden uitgesloten.⁹

Graag verwijs ik voor een meeromvattende bespreking van de spoedwet naar het artikel van Van Olffen en Nagtegaal in dit nummer (*Ondernemingsrecht* 2020/60).¹⁰ Deze bijdrage beperkt zich tot de algemene vergadering¹¹ en richt zich op twee specifieke punten. De spoedwet bepaalt dat het niet-voldoen aan de (of althans sommige) voorwaarden voor een digitale vergadering geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Wat betekent dit precies? Ik bespreek dit slechts voor de volledig digitale vergadering (par. 2), omdat voor de hybride vergadering niets anders lijkt te gelden dan onder de reeds bestaande regeling van art. 2:38 lid 6-7/117a/227a BW.¹² Het tweede punt dat ik aan de orde wil stellen is het overgangsrecht onder de spoedwet, voor zover van belang voor de rechtsgeldigheid van besluiten (par. 3). Garandeert de spoedwet in deze uitzonderlijke tijden rechtszekere besluitvorming?

2. Aantasting van besluiten

2.1 Voorwaarden

De spoedwet geeft het bestuur de bevoegdheid te bepalen dat de algemene vergadering volledig digitaal plaatsvindt. Dat wil zeggen: leden of aandeelhouders kunnen niet fysiek ter vergadering verschijnen. Dit moet bij de oproeping worden vermeld of, als die al is uitgegaan, ten minste 48 uur voor de vergadering worden medegedeeld.¹³ In het laatste geval moeten leden of aandeelhouders die aanwezig wilden zijn, 'zo goed mogelijk' worden gefaciliteerd in het digitaal uitbrengen van hun stem, aldus de memorie van toelichting.¹⁴ In elk geval is vereist dat de leden of aandeelhouders de vergadering live kunnen volgen. Ook moeten zij voorafgaand aan de vergadering vragen kunnen stellen, die in de vergadering worden beantwoord en waarvan de antwoorden op de website van de rechtspersoon worden geplaatst of an-

derszins digitaal aan de leden of aandeelhouders worden verstrekt (art. 6/11/18 lid 1-2 spoedwet).

Voorts moet het bestuur van de NV ervoor zorgen dat ook in de vergadering vragen kunnen worden gesteld, tenzij dit in het licht van de omstandigheden in redelijkheid niet kan worden geveerd (art. 11 lid 3 spoedwet). Wat de vereniging en de BV betreft, is de spoedwet minder streng: het bestuur van die rechtspersonen 'spant zich ervoor in' dat in de vergadering vragen kunnen worden gesteld (art. 6/18 lid 3 spoedwet). Het is volgens de memorie van toelichting 'denkbaar' dat vertegenwoordigers van aandeelhoudersorganisaties als Eumedion en de VEB nadere vragen kunnen stellen.¹⁵ Niet geheel duidelijk is of deze bevoegdheid ook *uitsluitend* aan vertegenwoordigers van zulke organisaties kan worden gegeven, maar het lijkt erop dat omwille van het efficiënte verloop van de vergadering aandeelhouders de gelegenheid kan worden ontzegd nadere vragen te stellen.

De voorzitter van de vergadering kan een en ander bepalen, aldus de toelichting, zoals hij als hoeder van de vergaderorde ook erin kan voorzien dat vragen niet stuk voor stuk maar thematisch worden beantwoord en dat 'een discussie' na verloop van tijd wordt gesloten. Het gaat erom, aldus nog steeds de toelichting, dat '[m]et inachtneming van art. 2:8 BW (...) onder deze uitzonderlijke omstandigheden een zo goed mogelijke dialoog en verantwoording' plaatsvindt.¹⁶ Kennelijk bedoelt de wetgever het bestuur onderscheidenlijk de voorzitter een zekere speelruimte te gunnen – de vergadering is tot op zekere hoogte flexibel in te richten.

2.2 Beperkte aantastbaarheid van besluitvorming

Welke gevolgen heeft het voor de genomen besluiten, indien onverhoopt niet is voldaan aan (een van) de bovengenoemde eisen? De spoedwet beperkt de mogelijkheid om besluiten aan te tasten. Art. 6/11/18 lid 4 van de spoedwet bepaalt dat '[e]nige afwijking van de leden 2 en 3 geen gevolgen [heeft] voor de besluitvorming die in de vergadering heeft plaatsgevonden'. Verwezen wordt naar het tweede en het derde lid van art. 6/11/18 spoedwet. In dat tweede lid staat de verplichting van het bestuur – zoals zo-even omschreven – om de vooraf gestelde vragen uiterlijk ter vergadering te beantwoorden en een afschrift van de antwoorden op de website te plaatsen of anderszins digitaal ter beschikking te stellen. Het derde lid bevat de zojuist beschreven zorg onderscheidenlijk inspanning die het bestuur zich moet getroosten om leden of aandeelhouders te faciliteren in het stellen van vragen tijdens de vergadering, die vervolgens live worden beantwoord.

9 Vgl. Van Olffen & Nagtegaal in hun bijdrage aan dit nummer, *Ondernemingsrecht* 2020/60, par. 2.2.3.

10 Zie ook H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2020/956.

11 Slechts art. 5 lid 4 spoedwet ziet op andere organen; het schuift de statuten terzijde voor zover die tot een fysieke vergadering verplichten. M.i. heeft dit ook betrekking op reglementen, die immers een trapje lager staan dan de statuten.

12 Zie over die regeling de parlementaire geschiedenis bij de genoemde bepalingen, waarover Saleminck & Bulten 2019, p. 242 e.v. en kort hierna par. 2.5.

13 Zie art. 6 lid 1/10/17 spoedwet; bij de vereniging zegt de spoedwet niet dat de beslissing om digitaal te gaan in de oproeping of 48 uur tevoren moet worden medegedeeld, maar het ligt in de rede die eis ook daar te stellen.

14 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 3, p. 9 onderaan (MvT spoedwet).

15 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 3, p. 9 (MvT spoedwet).

16 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 3, p. 9 (MvT spoedwet).

Kortom: slaagt het bestuur er niet in om de vooraf gestelde vragen alle te beantwoorden tijdens de vergadering, dan levert dat geen gevaar op voor de genomen besluiten. Evenmin zijn besluiten aan te tasten op de grond dat het niet mogelijk was tijdens de vergadering vragen te stellen of om de reden dat het bestuur niet alle vragen van een antwoord heeft voorzien. Sterker: als het bestuur weigert om het even welke vraag te beantwoorden – of die nu vooraf of ter plekke is gesteld – staat volgens letter van de spoedwet de geldigheid van de besluiten buiten kijf. Er kan op deze punten geen sprake zijn van een totstandkomingsgebrek in de zin van art. 2:15 lid 1 onder a BW, noch van een omstandigheid die leidt tot vernietiging van genomen besluiten wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 onder b BW jo. art. 2:8 BW). Wel kan in voorkomende gevallen de redelijkheid en billijkheid eisen dat een besluit jegens een enkele, bepaalde betrokkene buiten beschouwing blijft.¹⁷ Ook staat de rechtsgeldigheid van een besluit er niet aan in de weg dat het nemen van een besluit onrechtmatig wordt geoordeeld, al moet er dan wel schade zijn geleden.¹⁸ In uitzonderlijke gevallen – bijvoorbeeld als het bestuur *moedwillig* zijn zorg of inspanning verzaakt – is ten slotte niet ondenkbaar dat de rechter besluiten tóch zal vernietigen wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Die redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 2 BW laat immers toe onder omstandigheden af te wijken van wettelijke bepalingen, zo ook van de spoedwet.

2.3 Andere nietigheids- en vernietigingsgronden

Opvallend is het beperkte toepassingsbereik van het geciteerde art. 6/11/18 lid 4 spoedwet. Andere gronden kunnen nog wel voeren tot nietige of vernietigbare besluiten. Voor een deel spreekt dat vanzelf: het zou vreemd zijn als besluiten genomen in een digitale algemene vergadering naar hun inhoud niet te toetsen zouden zijn aan de wet, de statuten of de redelijkheid en billijkheid. Aan de andere kant kunnen procedurefouten in de digitale vergadering nog altijd tot vernietigbare besluiten leiden. Als de livestream uitvalt, is niet voldaan aan het in art. 6/11/18 lid 1 onder a spoedwet gestelde vereiste dat de leden of aandeelhouders de vergadering moeten kunnen volgen. Denkelijk maakt dat genomen besluiten vernietigbaar wegens schending van een wettelijk totstandkomingsvoorschrift (art. 2:15 lid 1 onder a BW). Hetzelfde geldt wanneer de leden of aandeelhouders niet de mogelijkheid hebben gehad vooraf vragen te stellen tegen de termijnen die art. 6/11/18 lid 1 onder b spoedwet hun daarvoor geeft (tot 72 uur voor de vergadering, soms tot 36 uur).

In deze twee gevallen is overigens zelfs nietigheid pleitbaar. Ten eerste kan het stellen van vragen door de leden

of aandeelhouders voorafgaand aan de algemene vergadering mogelijk worden gezien als een vereiste voorafgaande handeling van een ander dan het orgaan dat het besluit neemt. Art. 2:14 lid 2 BW brengt dan nietigheid in beeld; een recht op voorafgaande beïnvloeding van de besluitvorming is dan geschonden.¹⁹ Ten tweede is de spoedwet zo geformuleerd, dat het bestuur alleen kan beslissen een digitale algemene vergadering te houden wanneer voldaan is aan de twee voorwaarden van art. 6/11/18 lid 1 (een livestream en het vooraf stellen van vragen) én in de oproeping of – als die al is verzonden – uiterlijk 48 uur tevoren is medegedeeld dat er geen fysieke toegang is tot de vergadering. Zeker de formulering in art. 10 lid 1 voor de NV en 17 lid 1 voor de BV kan gelezen worden alsof deze vereisten constitutief zijn voor het houden van een vergadering en dus voor het nemen van (rechtsgeldige) besluiten. Het doet denken aan de vereisten voor besluiten buiten vergadering. Veel schrijvers gaan bij schending van sommige vereisten van art. 2:128/238 lid 1 BW uit van nietigheid, bijvoorbeeld als de statutaire grondslag ontbreekt, de vereiste schriftelijkheid mist of als het schort aan de benodigde unanieme instemming met het besluit dan wel met de wijze van vergaderen.²⁰ Ik zou deze wel erg strenge denkpiste zelf niet willen volgen; mijns inziens gaat het ook bij besluiten buiten vergadering om totstandkomingsvereisten op straffe van vernietigbaarheid in de zin van art. 2:15 lid 1 onder a BW.²¹

2.4 Een verdere beperking van nietigheid en vernietigbaarheid?

De minister lijkt echter bedoeld te hebben nietigheid en vernietigbaarheid veel verder in te perken. In de memorie van toelichting staat te lezen:

‘Mocht de verbinding hebben gehaperd of anderszins een lid/aandeelhouder niet optimaal hebben kunnen deelnemen aan de elektronische vergadering, heeft dit geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Hiermee wordt voorkomen dat er onzekerheid bestaat over genomen besluiten afhankelijk van de invulling van de inspanningsverplichting van het bestuur.’²²

Deze uitspraak vindt in de tekst van de spoedwet geen steun. Het lijkt ook niet mogelijk de spoedwet in lijn met deze ministeriële woorden te interpreteren – wat de minister zegt, staat er eenvoudigweg niet. Het haperen van de verbinding wordt in de spoedwet niet geregeld. Ook het niet optimaal kunnen deelnemen valt niet onder het

17 Vgl. *Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 173 (MvT Inv) met betrekking tot het geval waarin de vervalttermijn van art. 2:15 lid 5 BW is verstreken.

18 HR 3 juni 2016, NJ 2016/357, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2016/233, m.nt. Van Vught (IMG), rov. 4.1.2.

19 Zie K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (diss. Nijmegen; Serie VHI deel 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 102-104.

20 Zie B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2013, § 45.2, p. 833, *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/284, P. van Schilfgaarde/J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/92 en *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/87-88.

21 Zie wat betreft de schriftelijkheidseis Van Vught 2020, p. 43-44.

22 *Kamerstukken II* 2019/20, 35 434, nr. 3, p. 9 (MvT spoedwet).

boven aangehaalde art. 6/11/18 lid 4 spoedwet. Dit behoudens het geval waarin het lid of de aandeelhouder geen gelegenheid is geboden om in de vergadering een vraag te stellen, bijvoorbeeld omdat de voorzitter de beschikbare tijd binnen de grenzen van art. 2:8 BW heeft beperkt, en het stellen en beantwoorden van de vraag die tijd te buiten ging. Wat gaat voor, de wettekst of de memorie van toelichting? Ik denk dat de wettekst prevaleert. Ministeriële uitlatingen kunnen immers niet een geldende wettelijke regeling – de art. 2:14 en 2:15 BW – buiten werking stellen. Dat kan ook in deze uitzonderlijke tijden alleen bij wet. Mijns inziens is ook geen sprake van een nadere interpretatie van art. 2:14/15 BW, daargelaten dat het twijfelachtig is of een minister met een uitleg *ex post* de betekenis van een wettelijke bepaling kan draaien.²³ Een veel ruimere beperking van de ongeldigheid van besluiten is mijns inziens ook niet gewenst. Dat zou te zeer afbreuk doen aan het al genoemde streven, zoals juist de minister dat in de toelichting uitsprekt, dat met inachtneming van art. 2:8 BW een zo goed mogelijke dialoog en verantwoording plaatsvindt. De vrucht van het onderlinge overleg moeten waar het enigszins kan ook digitaal worden geplukt.

Anders dan de minister suggereert, lijkt het dus niet uitgesloten besluiten aan te vechten op de grond dat de verbinding is weggevallen. Als dat weggevallen binnen de risicosfeer van de rechtspersoon valt, is vernietiging wegens een totstandkomingsgebrek of strijd met de redelijkheid en billijkheid zeer wel denkbaar. Dat geldt temeer als de verbinding uitvalt gedurende het stemproces, tenminste voor zover de stemmen die daardoor niet konden worden uitgebracht een beslissende invloed zouden hebben op de uitslag van de stemming en daarmee op het genomen besluit.²⁴ Iets soortgelijks geldt in de situatie dat, als gevolg van fouten in de techniek, de verbinding met leden of aandeelhouders wordt doorbroken, met het gevolg dat een wettelijk of statutair quorum niet langer wordt gehaald. In dat geval moeten de genomen besluiten zelfs als nietig worden aangemerkt op voet van art. 2:14 lid 1 BW. Naar (tamelijk) algemene opvatting geldt de afwezigheid van een vereist quorum als fundamenteel totstandkomingsgebrek. Ontbreekt het quorum, dan is niet langer sprake van een vergadering die besluiten kan nemen.²⁵

2.5 *Hoe dan ook: weinig risico op aantasting van de besluitvorming*

Let wel: in de praktijk zal het in het algemeen wel loslopen met het risico van ongeldige besluitvorming. In de parlementaire geschiedenis van de reeds bestaande regeling voor digitale deelname aan de algemene vergadering uit 2004 (art. 2:38 lid 6-7/117a/227a BW) is uiteengezet dat van de rechtspersoon niet méér kan worden verlangd dan een redelijke inspanning. Als de rechtspersoon aan zijn inspanningsverplichting heeft voldaan en het gaat mis, dan komt dat in principe voor rekening van het lid of de aandeelhouder.²⁶ Welke inspanning is vereist, laat zich niet concreet zeggen, maar met het inschakelen van een professionele partij komt de rechtspersoon een heel eind. Slechts een 'een ernstige mate van nalatigheid' zijdens de rechtspersoon wordt met ongeldigheid van de besluitvorming bestraft.²⁷ Het valt aan te nemen dat deze risicoverdeling ook geldt voor de volledig digitale algemene vergadering die onder de spoedwet plaatsvindt, al onderscheidt die vergadering zich van de hybride vergadering waarop de minister in 2004 doelde. Anders dan onder art. 2:18 lid 6-7/117a/227a BW kiest het lid of de aandeelhouder er niet vrijwillig voor om digitaal deel te nemen. Er is immers geen fysieke bijeenkomst.²⁸

Het risico op ongeldige besluiten wordt nog verkleind door andere mechanismen. Zo doen gebreken bij de stemming er alleen toe als de stemmen die als gevolg van een technische storing niet zijn uitgebracht een beslissende invloed zouden hebben gehad op de besluitvorming. Die regel volgt uit het bekende arrest inzake de *Curaçaose Chinese Club*.²⁹ Hij heeft vooral betekenis als een groot deel van de stemmen of zelfs alle stemmen reeds voorafgaand aan de vergadering zijn uitgebracht conform de mogelijkheid die de spoedwet hiertoe biedt en niet meer kunnen worden gewijzigd (art. 6 lid 6/13 lid 1/20 spoedwet). Als tijdens de stemming de verbinding wegvalt terwijl de zaak al in kannen en kruiken was, heeft dat geen invloed op de uitslag van de stemming en is er geen grond voor vernietiging van de genomen besluiten.

De *Curaçaose Chinese Club* heeft evenwel geen betrekking op de beraadslagingen.³⁰ Valt dan de livestream weg, dan komt vernietigbaarheid wegens een wettelijk totstandkomingsgebrek in beeld (art. 2:15 lid 1 onder a BW jo. art. 6/11/18 lid 1 onder a spoedwet). In zo'n geval rijst de

23 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 3 BW (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1009-1010 (MvT Inv): 'De wetgever kan principieel niet de uitleg van zijn eigen produkten afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel of een later wetsvoorstel zijn gedaan.' Dit valt overigens ook weer niet te strikt te nemen; zie W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 2008/6744, p. 848-849.

24 Zie Salemink & Bulten 2019, p. 247-249.

25 Zie (algemeen) Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/304 en (specifiek voor de digitale vergadering) A. van der Krans, *De virtuele aandeelhoudersvergadering* (diss. Utrecht; Serie IvO deel 64), Deventer: Kluwer 2009, p. 45-46 en Salemink & Bulten 2019, p. 246.

26 *Kamerstukken I* 2005/06, 30 019, C, p. 4 (MvA I).

27 *Kamerstukken I* 2005/06, 30 019, C, p. 4 (MvA I).

28 Niet geheel onterecht wordt deze risicoverdeling wel bekritiseerd in de literatuur; zie Salemink & Bulten 2019, p. 248, met verwijzingen.

29 HR 6 juni 1969, *NJ* 1969/317, m.nt. G.J. Scholten (*Curaçaose Chinese Club*).

30 De eis van het hebben van invloed geldt m.i. alleen voor het uitsluiten bij de stemming, niet bij de beraadslagingen, omdat de beraadslagingen potentieel hadden kunnen worden beïnvloed als de uitgeslotene wel had kunnen deelnemen resp. door de uitsluiting inbreuk wordt gemaakt op de beïnvloedingsrechten van het lid of de aandeelhouder. Zie ook Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 17, p. 324, Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/306, Salemink & Bulten 2019, p. 250-251 en Van Vught 2020, p. 138.

vraag of bij vernietiging een redelijk belang in de zin van art. 2:15 lid 3 onder a BW bestaat. Ik zou menen van wel. Het lid of de aandeelhouder heeft er belang bij dat de norm van de spoedwet – dat de vergadering live moet kunnen worden gevolgd – wordt nageleefd, reeds omdat de besluitvorming van een orgaan waarvan hij deel uitmaakt voor hem toegankelijk moet zijn. Hieraan kan niet afdoen dat het wegvallen van de verbinding in een geval als dit geen invloed kan hebben gehad op de uitkomst. Deze benadering lijkt echter weer te streng als de verbinding voor een of enkele leden/aandeelhouders is weggevallen; onder omstandigheden kan dan toch het redelijk belang bij vernietiging ontbreken. Vaste regels vind ik hier moeilijk te geven. Het zal erop aankomen of de rechtspersoon heeft voldaan aan zijn zo-even bedoelde inspanningsplicht.

Het redelijk belang in de zin van art. 2:15 lid 3 onder a BW zal trouwens wel ontbreken wanneer zich bagatelfouten voordoen.³¹ Ten slotte moet rekenschap worden gegeven aan de uitzonderlijke omstandigheden waaronder het digitaal vergaderen moest worden georganiseerd – dit kan mijns inziens nopen tot het ontzeggen van de rechtsgevolgen aan nietigheid of vernietiging op grond van art. 3:59 jo. 3:53 lid 2 BW.

3. Overgangsrecht

De spoedwet heeft terugwerkende kracht. Bij koninklijk besluit kan – en waarschijnlijk: zal – worden bepaald dat de wet terugwerkt tot en met 16 maart jongstleden (art. 35 lid 2 spoedwet). Verder is art. 29 lid 1 Overgangswet Nieuw BW van overeenkomstige toepassing (art. 25 spoedwet). Dit brengt volgens de memorie van toelichting mee dat de bepalingen van de spoedwet ‘onmiddellijk’ gelden vanaf het moment van inwerkingtreding, maar enkel ten aanzien van rechtsfeiten die zich na dat moment hebben voorgedaan.³² De spoedwet heeft dus eerbiedigende werking.³³ Onder de spoedwet vallen algemene vergaderingen – en de aldaar genomen besluiten – die op of na 16 maart hebben plaatsgevonden.

Hoe zit het met algemene vergaderingen van vóór 16 maart? De coronacrisis bereikte ons land al eerder. Misschien hebben sommigen het toen al aangedurfd om een volledig digitale algemene vergadering te houden. Zijn de besluiten geldig genomen in zo’n ‘wilde’ digitale algemene vergadering geldig? Art. 25 spoedwet verklaart op dit punt enkele bepalingen van de Overgangswet Nieuw BW van overeenkomstige toepassing. Ingevolge

art. 80 lid 1 van die wet leidt een vernietigingsgrond die in een nieuwe wet niet terugkeert, niet meer tot vernietiging. Ook nietigheden waarvoor in de nieuwe wet geen plaats is, verliezen hun betekenis. Nietige rechtshandelingen gelden met terugwerkende kracht als bekrachtigd indien de nieuwe wet de nietigheid in kwestie niet kent (art. 81 lid 1 Overgangswet Nieuw BW).

De minister zegt in de memorie van toelichting dat digitale besluiten van voor 16 maart met dit stukje overgangsrecht zijn gered, dat wil zeggen niet meer kunnen worden vernietigd op de grond dat een statutaire grondslag ontbrak.³⁴ Deze opmerking is in ieder geval juist voor algemene vergaderingen die nog wel een fysieke bijeenkomst kenden, dus die hybride hebben plaatsgevonden. Alleen dan is immers sprake van vernietigbaarheid wegens strijd met het vereiste van een statutaire grondslag zoals gesteld door art. 2:38 lid 6/117a lid 1/227a lid 1 BW.³⁵ Deze vernietigbaarheid wordt met art. 6 lid 5-6/12/19 spoedwet weggepoetst, dat het vereiste van een statutaire verankering doet vervallen.

Als de ‘wilde’ vergadering volledig digitaal heeft plaatsgevonden, ligt het iets anders. Men zou kunnen volhouden dat in die vergadering genomen besluiten niet vernietigbaar maar nietig zijn. Denk aan de al genoemde lijn in de literatuur ten aanzien van besluiten buiten vergadering (par. 2.3 hierboven): als daar niet aan de vereisten wordt voldaan, raakt dat niet een of enkele leden of aandeelhouders (zoals bij de hybride vergadering), maar dan heeft in wezen geen vergadering plaatsgevonden en dus zijn de genomen ‘besluiten’ nietig. Ik zou deze lijn overigens niet willen volgen: mijns inziens levert een digitale vergadering zonder wettelijke grondslag een totstandkomingsgebrek en dus vernietigbaarheid op in de zin van art. 2:15 lid 1 onder a BW – en kennelijk gaat de wetgever daar dus ook vanuit. Dit nog afgezien van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, die in deze uitzonderlijke tijden een grondslag biedt om digitaal te vergaderen zonder dat de wet dat toelaat. In die visie zijn aldus genomen besluiten gewoonweg geldig.³⁶

Niettemin lijkt de soep niet zo heet te worden gegeten. Zelfs als van nietigheid wordt uitgegaan, is er in principe geen probleem. Als gezegd worden ook nietige besluiten geheeld, als de nietigheidsgrond in de nieuwe wet niet terugkeert (art. 81 lid 1 Overgangswet Nieuw BW). Dat doet zich hier voor. De spoedwet verlaat immers het vereiste van een fysieke bijeenkomst. Wel staan twee potentiële

31 Vgl. *Parl. Gesch. Boek 2 BW*, p. 154 (MvA II): op ‘futiele informaliteiten’ kan men zich niet beroepen.

32 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 434, nr. 3, p. 11 (MvT spoedwet).

33 Onmiddellijke werking als bedoeld in art. 68a Overgangswet Nieuw BW betekent immers dat ook anterieure feiten door de nieuwe wet worden geregeld. Zie HR 6 juli 2018, *NJ 2019/394*, m.nt. Van Solinge onder *NJ 2019/395 (Aquadlectra)*, rov. 3.4.3.

34 *Kamerstukken II 2019/20*, 35 434, nr. 3, p. 11 (MvT spoedwet).

35 Ik zou althans menen dat het ontbreken van een statutaire grondslag een totstandkomingsgebrek behelst in de zin van art. 2:15 lid 1 onder a BW. Het is echter ook pleitbaar – maar wel onnodig formalistisch – om te zeggen dat het ontbreken van zo’n grondslag ertoe leidt dat de digitaal uitgebrachte stem nietig is ex art. 2:13 lid 1 BW.

36 Zie hierboven in par. 1 en ook Nagtegaal 2020, par. 7.

moeilijkheden aan dit helen in de weg, al lijken die bij nadere beschouwing gelukkig mee te vallen.

De eerste moeilijkheid bestaat eruit dat de nietige besluiten door alle onmiddellijk belanghebbenden in de tussentijd als geldig moeten zijn aangemerkt, zoals de memorie van toelichting in het voetspoor van art. 81 lid 3 Overgangswet Nieuw BW opmerkt.³⁷ De Hoge Raad heeft echter het gelijklopende vereiste wat betreft de bekrachtiging van art. 3:58 BW eng uitgelegd – een uitleg die logischerwijs ook hier moet worden aangehouden. Niet vereist is dat de betrokkenen de genomen besluiten actief als geldig hebben aangemerkt. Het tegendeel is waar: tegen bekrachtiging bestaat alleen bezwaar als een belanghebbende de nietige besluiten actief als ongeldig heeft aangemerkt. Hij moet zich op de nietigheid hebben beroepen of zich hebben gedragen als ware de besluiten nietig.³⁸ Dit doet zich waarschijnlijk niet vaak voor. En als het zich voordoet, valt nog te betogen – denk ik – dat het beroep op de nietigheid gezien de uitzonderlijke corona-omstandigheden strijdt met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.

De tweede moeilijkheid die ik signaleer, is dat vergaderingen gehouden voor 16 maart wellicht niet voldoen aan de twee voorwaarden die de spoedwet stelt voor een volledig digitale vergadering (vergadering kunnen volgen en live vragen kunnen stellen). De hierboven besproken beperking van de ongeldigheid van besluiten zal echter ook hier gelden. Dit betekent dat er geen grond meer bestaat tot vernietiging als leden of aandeelhouders de vergadering niet konden volgen of tijdens de vergadering geen vragen konden stellen (art. 80 lid 1 Overgangswet Nieuw BW). Voor zover de spoedwet eisen stelt die *niet* onder de beperking van de ongeldigheid vallen, is niet ineens sprake van vernietigbaarheid. Denk aan de eis dat de digitale wijze van vergaderen tijdig moet zijn medegedeeld en dat de gelegenheid moet zijn gegeven vooraf vragen te stellen. Boek 2 BW stelde deze eisen niet. Logisch ook, want volledig digitaal vergaderen was voor 16 maart niet mogelijk. Hier bewijst het eveneens overeenkomstig van toepassing verklaarde art. 79 Overgangswet Nieuw BW goede diensten. Ingevolge die bepaling kan een ‘nieuwe’ vernietigingsgrond niet tot vernietiging leiden van een rechtshandeling die dateert van voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Ook deze moeilijkheid blijkt dus overkomelijk.

4. Slot

Het valt te waarderen dat zo snel een spoedwet kon worden opgetuigd. De spoedige invoering daarvan bespaart de praktijk heel wat hoofdbrekens. Evenveel lof verdient

minister voor de aandacht die hij daarbij heeft geschonken aan de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Dat kan nog van pas komen. Wanneer de digitale vergadering op enig moment na de coronacrisis meer vaste voeten onder de grond krijgt, zal het overdenken van nietigheden en vernietigbaarheden temeer gewenst zijn. Hopelijk laat dat moment niet te lang op zich wachten en blijkt de spoedwet achteraf een voorbode te zijn geweest van de gouden toekomst die (rechtsgeldige) digitale besluiten wacht.

³⁷ Kamerstukken II 2019/20, 35 434, nr. 3, p. 11 (MvT spoedwet).

³⁸ HR 28 november 2014, JOR 2015/26, m.nt. Kortmann (*Snippers q.q./Rabobank Noord Gooiland*), rov. 3.6.3.