

De ongeldigheid van besluiten. Een kaart van een moeilijk gebied

Mr. K. A. M. van Vught*

Een besluit kan nietig of vernietigbaar zijn. Het onderscheid is lastig. Deze bijdrage vat de wet in een schema en illustreert de wet met concrete gevallen. Daarnaast worden drie moeilijke gevallen uitvoerig behandeld.

1 Inleiding

Een rechtspersoon heeft een bestuur, en meestal ook een algemene vergadering en een raad van commissarissen. Al deze organen nemen besluiten. Een besluit kan grote gevolgen hebben. Vandaar dat de behoefte kan bestaan om een besluit aan te vechten. In artikel 2:13 t/m 2:16 BW is hiervoor een regeling getroffen. Deze artikelen zijn niet eenvoudig toe te passen. Niet de minste juristen hebben er moeite mee, soms zelfs de raadsheren van de Hoge Raad.¹ Misschien weinig bemoedigend, maar het stelt wel gerust.

De moeilijkheid zit onder andere in het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid. Dit verschil doet ertoe. Een nietig besluit is ongeldig, ook zonder dat een rechter dit heeft bepaald. Een vernietigbaar besluit daarentegen is in principe geldig, maar vanwege het gebrek kan de rechter het vernietigen. Het besluit is dan met terugwerkende kracht ongeldig. Waar nietigheid dus automatisch werkt, vindt vernietiging alleen plaats als iemand met een redelijk belang binnen één jaar een daarop gerichte vordering instelt (art. 2:15 lid 3 en 5 BW). Een ander verschil is processueel. De rechter moet ambtshalve

uitgaan van de nietigheid van een besluit; vernietiging mag hij daarentegen alleen uitspreken als dat is gevorderd.²

Het voornaamste doel van deze bijdrage is om de materie op een overzichtelijke manier uit te leggen.³ Wanneer is een besluit nietig, vernietigbaar of geldig? De bijdrage telt drie delen. Het eerste deel vat de wet samen in vijf regels en mondt uit in een stroomschema (par. 2). Het tweede deel redeneert niet vanuit de wet, maar vanuit de concrete gevallen. Deze gevallen kunnen uit de losse pols worden verdeeld in drie categorieën: inhoudelijke fouten, vergaderfouten en beïnvloedingsfouten (par. 3 t/m 5). Deze indeling is alleen illustratief bedoeld; in elke categorie komt zowel nietigheid als vernietigbaarheid voor. Het derde deel gaat uitvoerig in op drie lastige gevallen (par. 6). Het betreft (1) een ontbrekende meerderheid of quorum, (2) een ontbrekende of gebrekkige bijeenroeping van de vergadering en (3) gebreken in de besluitvorming die digitaal of buiten vergadering plaatsvindt. Op deze drie troebele plekken is het onderscheid tussen nietigheid en vernietigbaarheid lastig te maken.

Nog een opmerking vooraf. Ik ga er in deze bijdrage van uit dat sprake is van een besluit. Dit spreekt niet vanzelf. Vaak wordt aangenomen dat niet alle beslissingen die een orgaan neemt, ook echt besluiten zijn in de zin van Boek 2 BW. Voor een besluit is namelijk vereist dat er een *rechtsgevolg* is, dat wil zeggen een verandering in een rechtstoestand. Zo wordt meestal gezegd dat er géén besluit is als een meerderheid tegenstemt. Als daardoor bijvoorbeeld iemand *niet* tot bestuurder

* Mr. K.A.M. van Vught is universitair docent aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit tijdschrift.

1 Zie HR 31 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0646 (Woonvereniging de Middelhorst), waarin de Hoge Raad een besluit nietig achtte dat eigenlijk vernietigbaar was. Zie voor een goede uitleg de annotaties van Rensen (Ondernemingsrecht 2003, afl. 5) en Van den Ingh (JOR 2003/78), die schrijft: 'Indien men iemand zou willen ontmoedigen om rechten te gaan studeren, dan zou ik lezing van deze uitspraak willen aanbevelen.' Het leerstuk van ongeldigheid van besluiten wordt naar eigen zeggen moeilijk gevonden door onder anderen P. van Schilfgaarde, Vennootschapsrechtelijke notities, WPNR 1977, afl. 5400, p. 482, S.M.H.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen (diss. Groningen; IVOR nr. 31), Deventer: Kluwer 1999/1 en L. Timmerman, Nietigheid en vernietiging van besluiten, in: C.W. de Monchy & L. Timmerman, De algemene bepalingen van boek 2 BW (preadviezen Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 66. Ik ben vooraanstaand jurist noch raadshere, maar sluit me graag hierbij aan – het is ook moeilijke materie, zoals hierna zal blijken.

2 Al is dit verschil in de praktijk niet zo groot, omdat ambtshalve toetsing vergt dat het desbetreffende besluit binnen de grenzen van de rechtsstrijd valt én dat de geschonden norm van openbare orde is. Zeker dit tweede lijkt een drempel op te werpen. Zie K.A.M. van Vught, Het besluit van de rechtspersoon (diss. Nijmegen; VDHI nr. 162), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 100 en de conclusie van A-G Assink vóór HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:221 (SIO), nr. 43.3.5.

3 Het doel is dus niet zozeer om wat aan de bestaande literatuur toe te voegen. Er is al veel goede literatuur over de ongeldigheid van besluiten. Zie niet alleen de handboeken (o.a. B.F. Assink/W.J. Slagter, Compendium ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2013, § 17, Asser/Kroeze 2-I 2021/280 e.v. en P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, Van de BV en de NV, Deventer: Wolters Kluwer 2022/91 e.v.), maar ook de proefschriften (o.a. Dumoulin 1999 en A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht (diss. Amsterdam VU; IVOR nr. 89), Deventer: Kluwer 2013). Briljant is nog steeds P.J. Verdam, Nietigheid van besluiten (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1940.

wordt benoemd, is er niets veranderd: degene was geen bestuurder en is dat na de stemming nog steeds niet. Waarom is dit relevant? Als er geen besluit is, kan zich ook geen nietigheid of vernietiging voordoen. De regeling voor besluiten in Boek 2 BW geldt dan niet. Over de precieze definitie van het besluit bestaat veel discussie.⁴ Ik laat dit verder buiten beschouwing.⁵

2 Het systeem van artikel 2:14 en 2:15 BW

Er zijn drie smaken. Een besluit kan nietig, vernietigbaar of geldig zijn. De gronden voor nietigheid worden gegeven in artikel 2:14 BW, die van vernietigbaarheid in artikel 2:15 BW. Het systeem kan worden samengevat in vijf regels.⁶ Ik geef deze hier abstract weer. De voorbeelden komen in de paragrafen hierna.

Het startpunt is *uit welke bron de regel komt die is geschonden*. Als het besluit in strijd is met de wet of de statuten, dan is het in beginsel nietig op grond van artikel 2:14 lid 1 BW. Hieronder valt ook strijd met de wettelijke bevoegdheidsverdeling en met het systeem van de wet. De gedachte hierachter is dat de wet en de statuten belangrijke rechtsbronnen zijn, die voor de rechtspersoon dwingend recht zijn. Daarin staat niet alleen waaraan een besluit inhoudelijk moet voldoen, maar ook wie (welk orgaan) een besluit kan nemen. Wanneer de wet of de statuten worden overtreden, hoeft daarover niemand te klagen. Bovendien mogen buitenstaanders ervan uitgaan dat binnen een rechtspersoon volgens de wet en statuten wordt gehandeld; de statuten zijn ook op te vragen voor eenieder bij het handelsregister. Het besluit is dan van rechtswege nietig. De eerste regel luidt: (1) *Besluiten in strijd met de wet of de statuten zijn nietig* (art. 2:14 lid 1 BW).

Gaat het niet om de wet of de statuten, maar om de redelijkheid en billijkheid of een reglement? In dat geval is het besluit niet nietig, maar vernietigbaar. Zie artikel 2:15 lid 1 onder b en c BW. Bij een reglement valt te denken aan een huishoudelijk reglement van een vereniging of het bestuursreglement van een beursvennootschap. Meestal staan in reglementen praktische regels over de gang van zaken in de rechtspersoon of in een bepaald orgaan. Zulke regels zijn minder belangrijk dan die van de wet en de statuten.

Ook strijd met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW levert een vernietigbaar besluit op. De redelijkheid en billijkheid beschermen vaak alleen bepaalde betrokkenen, bij-

voorbeeld een minderheidsaandeelhouder die geen dividend krijgt of een bestuurder die ontslagen wordt. Bovendien kan wat redelijk en billijk is pas achteraf worden vastgesteld door de rechter. Om deze twee redenen is ook hier de sanctie vernietigbaarheid. De tweede regel luidt kortom: (2) *Besluiten in strijd met de redelijkheid en billijkheid of een reglement zijn vernietigbaar* (art. 2:15 lid 1 onder b en c BW).

Tot zover moet het – hopelijk – nog goed te volgen zijn. Als regel 2 van toepassing is, is het klaar. Het wordt een stukje lastiger wanneer hierboven sprake was van strijd met de wet of de statuten, dus van regel 1. In dat geval moet een tweede vraag worden gesteld: *gaat het om een gebrek in de totstandkoming van een besluit?* Van een totstandkomingsgebrek is sprake als er iets mis is met de manier waarop het besluit is genomen. Het gaat kortom om fouten in de procedure zoals die volgens de wet en de statuten moet worden gevolgd bij het nemen van een besluit. De wetgever vindt nietigheid hier toch een te zware straf. Artikel 2:15 lid 1 onder a BW bepaalt daarom dat het besluit vernietigbaar is, ook al zijn de wet of de statuten geschonden. De derde regel gaat als volgt: (3) *Besluiten in strijd met een wettelijk of statutair totstandkomingsvoorschrift zijn vernietigbaar* (art. 2:15 lid 1 onder a BW).

Na toepassing van regel 3 moet verder worden gekeken. De vervolgvraag is *of het totstandkomingsgebrek fundamenteel is of niet*. Oftewel: gaat het om een zeer belangrijke norm die is geschonden? Dan is toch sprake van nietigheid. De gedachte is dat met schending van zo'n fundamentele norm geen besluit tot stand moet komen. Deze regel staat niet in de wet. En bovendien gaat het om een beperkt aantal gevallen. Over twee daarvan is geen twijfel.⁷ In het eerste geval is niet de meerderheid van stemmen behaald die volgens de wet of de statuten nodig is om een besluit te nemen. In de recente Haagse ketel-beschikking heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat dit het besluit nietig maakt.⁸ In het tweede geval ontbreekt een quorum dat volgens de wet of de statuten vereist is om een besluit te kunnen nemen. Een quorum is een minimumaantal aanwezigen, bijvoorbeeld twee van de drie bestuursleden of minstens twee derde van de leden van een vereniging. Quora komen vaak voor in statuten, bijvoorbeeld voor een besluit tot ontslag van een bestuurder, statutenwijziging of ontbinding. De vierde regel luidt: (4) *Besluiten in strijd met een fundamenteel totstandkomingsvoorschrift zijn nietig*.

Als het niet om een fundamenteel totstandkomingsgebrek ging, moet tot slot worden gelet op artikel 2:14 lid 2 BW. *Is sprake van een geval als bedoeld in die bepaling?* Deze bepaling geldt voor gevallen waarin een handeling van of mededeling aan een ander vereist is voordat een besluit kan worden genomen. Zonder de betrokkenheid van de ander is het orgaan niet bevoegd om het besluit te nemen. Gebeurt dat toch, dan is het

⁴ Zie o.a. Van Vught 2020, p. 9-40, Asser/Kroeze 2-I 2021/292, C.A. Schwarz, Het karakter van het besluit en de wettelijke regeling van aantasting van besluiten, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), Bestuursbesluiten (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 9-23 en J.M. de Jongh, De reikwijdte van art. 2:14-16 BW, in dezelfde bundel, p. 25-39.

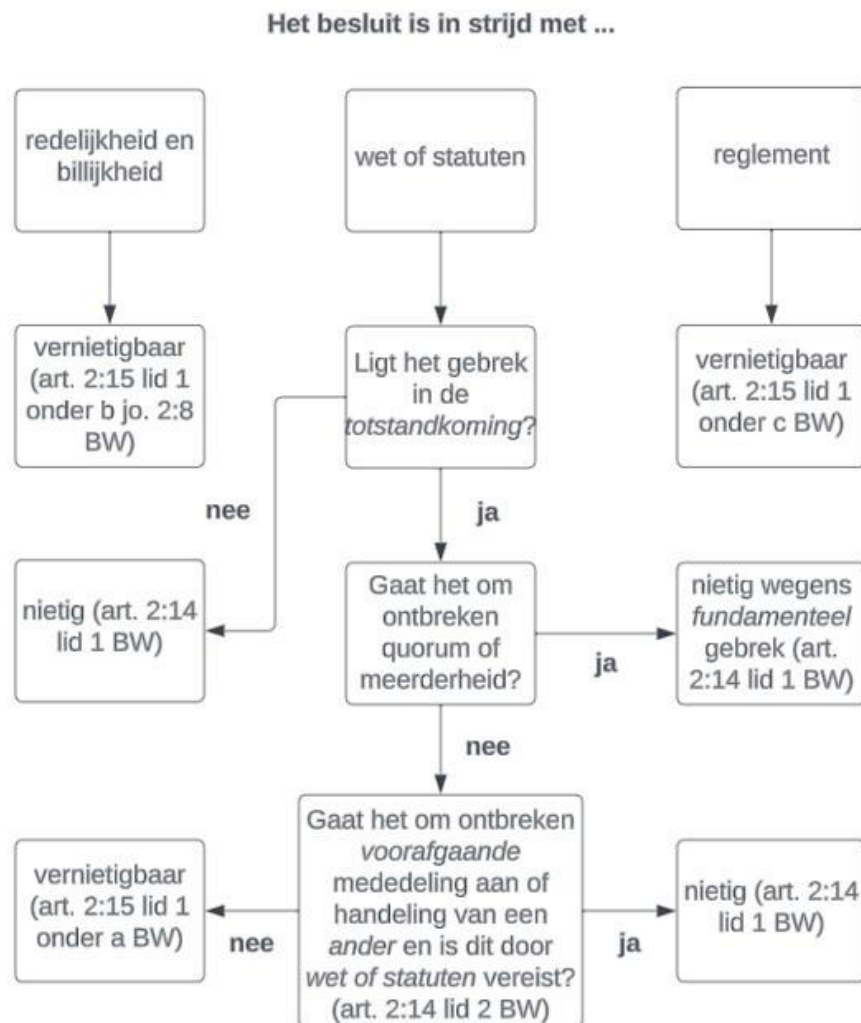
⁵ Gelet op de aard van deze bijdrage blijven nog meer lastige discussies buiten bespreking, zoals die over het al dan niet bestaan van zoiets als non-existentie. Ik denk dat we genoeg hebben aan nietigheid. Zie o.a. Van Vught 2020, p. 79-97 en Asser/Kroeze 2-I 2021/300 met verwijzingen.

⁶ Een besluit kan ook in strijd zijn met wetsbepalingen buiten Boek 2 BW (art. 2:14 lid 1 BW verwijst naar 'de wet' in het algemeen) of met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). Ik laat dit rusten, omdat dit zich in de praktijk nauwelijks voordoet.

⁷ Zie o.a. Asser/Kroeze 2-I 2021/304 en Van Schilfgaarde/Winter, Wezman & Schoonbrood 2022/95 onder 4.

⁸ HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1275, JOR 2020/195 m.nt. Van Vught (Haagse ketel), r.o. 3.2.2.

Figuur 1 Het systeem van artikel 2:14 en 2:15 BW



besluit nietig. De wetgever heeft gemeend dat van de ander niet mag worden verwacht dat hij in actie moet komen om het besluit aan te tasten. Als de ander wordt gepasseerd, is dat een ernstige fout van het orgaan dat het besluit heeft genomen.⁹

Wanneer is artikel 2:14 lid 2 BW van toepassing? De bepaling noemt vier voorwaarden. Een (1) *ander dan het orgaan dat het besluit neemt* moet een (2) *handeling* verrichten of een *mededeling* krijgen. Het kan bijvoorbeeld gaan om een ander orgaan van de rechtspersoon, dat het besluit moet goedkeuren. Of om een derde die op de hoogte moet worden gesteld voordat een bepaald besluit wordt genomen. Verder moet de betrokkenheid van de ander zijn vereist (3) op grond van *de wet of de statuten* en wel (4) *voorafgaand* aan het nemen van een besluit. Tot slot moet de betrokkenheid van een ander niet in het algemeen zijn voorgeschreven, maar slechts voor bepaalde,

specifieke besluiten.¹⁰ Goedkeuring op basis van een reglement of achteraf valt dus niet onder artikel 2:14 lid 2 BW. De vijfde en laatste regel is dus: (5) *Besluiten genomen zonder de wettelijk of statutair vereiste, voorafgaande betrokkenheid van een ander zijn nietig* (art. 2:14 lid 2 BW).

Als het geval ook niet onder artikel 2:14 lid 2 BW valt, betreft het een zuiver totstandkomingsgebrek. Het besluit is dan vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 onder a BW.

De vijf regels zijn in figuur 1 in een schema gezet.

3 Inhoudelijke fouten

Gezegd zou kunnen worden dat een inhoudelijk gebrek de grootste gevolgen heeft. Het is dan niet mogelijk om, na het herhalen van de besluitvorming, opnieuw hetzelfde besluit te nemen. Er kan slechts een besluit met een *andere* inhoud worden genomen. Gelukkig komen inhoudelijke gebreken niet

⁹ Zie de wetsgeschiedenis zoals weergegeven in de conclusie van A-G Assink vóór HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832, RvdW 2020/638, nrs. 4.10-4.13.

¹⁰ Zie de conclusie van A-G Assink vóór HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832, RvdW 2020/638, nr. 4.14.

vaak voor. Boek 2 BW kent nu eenmaal weinig voorschriften die de inhoud van een besluit voorschrijven. Het uitgangspunt is juist dat het aan de organen van de rechtspersoon is om tot een besluit te komen, met inachtneming van alle betrokken belangen en na het volgen van een zuivere procedure. Daarom gaan de meeste besluitvormingsregels in Boek 2 BW over de procedure, niet over de inhoud. Naar mijn indruk stikt het in de meeste statuten en reglementen ook niet van de inhoudelijke regels.

Toch kunnen hier wel enkele ge- en verboden worden genoemd. Zo kan een rechtspersoon geen commissaris zijn.¹¹ Mocht een rechtspersoon als commissaris worden benoemd, dan is het besluit daartoe op inhoud in strijd met de wet en daarom nietig (art. 2:14 lid 1 BW). Hetzelfde geldt als een besluit wordt genomen om de aandeelhouders winst uit te keren, terwijl de balans van de vennootschap dat niet toelaat. Dit is in strijd met artikel 2:105 lid 2/216 lid 1 BW.¹² Nietig is ook het besluit om iets in de statuten op te nemen wat de wet niet toelaat. Volgens artikel 2:134/244 lid 2 BW bijvoorbeeld mogen de statuten de meerderheid die vereist is om een vennootschapsbestuurder te ontslaan, op hooguit twee derde van de uitgebrachte stemmen stellen. Een statutaire bepaling die unanimititeit vereist, geldt niet. En ook het *besluit* om de statuten in die zin te wijzigen is nietig. Dat is relevant. Het bestuur mag namelijk geen uitvoering geven aan een nietig besluit. Daarom mag het bestuur de statutenwijziging niet doorvoeren bij de notaris (die overigens zo'n wijziging sowieso niet zou laten passeren).

De besproken ge- en verboden hebben iets gemeen: ze houden een duidelijke grens in en kunnen rechttoe rechtaan worden toegepast. Nietigheid is dan niet gek. Maar wat als het ge- of verbod niet zo glashelder is? Het gaat dan vooral om normen die bepaalde betrokkenen bij de rechtspersoon beogen te beschermen. Daarbij moet vaak een belangenafweging worden gemaakt.¹³ In eerste instantie is dat aan het bestuur of de algemene vergadering, waarna de rechter de gemaakte afweging toetst. De rechter stelt zich daarbij terughoudend op: zij bewaakt de 'buitengrenzen' en het is niet aan haar om zelf de afweging te maken.¹⁴ In dit soort gevallen past vernietigbaarheid beter. Daarvoor is in artikel 2:15 lid 1 onder b BW dan ook gekozen ingeval een besluit in strijd is met de redelijkheid en

billijkheid van artikel 2:8 BW – met afstand de belangrijkste open norm van het ondernemingsrecht. Het besluit om alwéér geen winst uit te keren kan onredelijk zijn tegenover een minderheidsaandeelhouder. Het is prima om het initiatief bij deze minderheidsaandeelhouder te laten; als hij zich in het besluit niet kan vinden, zal hij daartegen wel in het geweer komen. Hierbij past vernietigbaarheid, want anders dan bij nietigheid is het invoeren daarvan afhankelijk van een ingestelde vordering (art. 2:15 lid 1 onder a BW).

Ook bij andere open normen ligt vernietigbaarheid in de rede. Denk aan een besluit (1) dat aandeelhouders ongelijk behandelt,¹⁵ (2) dat misbruik van meerderheidsmacht inhoudt,¹⁶ of (3) dat in strijd is met het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.¹⁷ Ik geef van elk een voorbeeld. Denk aan (1) een besluit om aandeelhouders met een gelijk aantal en soort aandelen een verschillend dividend toe te kennen, zonder dat daarvoor een voldoende rechtvaardiging bestaat,¹⁸ (2) een verhuurbedrijf dat zijn stemmenoverwicht inzet om de vereniging van eigenaars een besluit te laten nemen dat dit bedrijf onevenredig bevoordeelt,¹⁹ en (3) een besluit om over te gaan tot turboliquidatie in de wetenschap dat schuldeisers en werknemers daardoor zullen worden benadeeld. In al deze gevallen gaat het eigenlijk om een toepassing van de redelijkheid en billijkheid – de genoemde normen lijken daar althans sterk op. Uit artikel 2:15 lid 1 onder b BW vloeit daarom voort, zo zou ik willen aannemen, dat schending van deze normen een besluit slechts vernietigbaar maakt. De aanhef van artikel 2:14 lid 1 BW ('tenzij uit de wet iets anders voortvloeit') laat het toe om een besluit in deze gevallen niet nietig te achten, ook al is dat besluit strikt genomen in strijd met een inhoudelijke eis uit de wet. Daarmee strookt het open karakter van deze normen en het gegeven dat doorgaans een bepaalde betrokkene belang zal hebben bij de nale-

11 Art. 2:47, 2:140, 2:250 en 2:292a lid 1 BW.

12 Zulke strijd doet zich overigens niet snel voor, omdat de beschikbare financiële ruimte wordt bepaald door de desbetreffende jaarrekening – die moet dus ook worden aangetast, wat meestal geen gemakkelijke opgave is. Zie HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172, NJ 2016/498 (Kelterman Techniek) en verder Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/197 en 204 alsook L. Timmerman, Toenemende dominantie van het insolventierecht bij failliete nv's/bv's, Ondernemingsrecht 2021/118, p. 724.

13 Zie L. Timmerman, Een paar opmerkingen over open normen in het ondernemingsrecht oftewel hoe maak je van een open norm een halfopen norm?, in: L. Timmerman e.a., De rol van open normen in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 5-6.

14 Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 m.nt. Van Schilfgaarde (KLM), r.o. 3.4.3 in verband met art. 2:8 BW.

15 Zie art. 2:92/201 lid 2 BW, waarover G.T.M.J. Raaijmakers, Gelijke behandeling van aandeelhouders en beleggers, in: P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers (red.), Handboek onderneming en aandeelhouder (VDHI nr. 69), Deventer: Kluwer 2012, p. 53.

16 Zie art. 3:13 BW, waarover B. Kemp, Het besluit als rechtshandeling: de verhouding tussen het Nederlandse rechtspersonen- en vermogensrecht, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), Bestuursbesluiten (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 62.

17 Zie art. 2:44 lid 3, 2:129/239 lid 5 en 2:291 lid 3 BW.

18 Zie HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1212, NJ 1994/436 m.nt. Maeijer (Verenigde Bootlieden), r.o. 4.3.1.

19 Vgl. HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5697, NJ 2006/639 m.nt. Maeijer (The Mill Resort).

ving ervan (en dus in staat is en niet ongenegen zal zijn om vernietiging te vorderen).²⁰

4 Vergaderfouten

Vaak gaat het niet mis op de inhoud, maar alleen met de gevolgde procedure. De besluitvorming is niet verlopen zoals de wet, de statuten of een reglement voorschrijft. Wie een besluit ongeldig acht vanwege zo'n procedurele fout wenst dat de besluitvorming opnieuw plaatsvindt – met hopelijk een andere, gunstigere uitkomst. Met het volgen van de voorgeschreven procedure is de kans groter dat de besluitvorming op zuivere wijze plaatsvindt, dat wil zeggen met een weging van de ter zake doende argumenten en belangen. In Boek 2 BW zijn bijna alleen procedureregels te vinden voor de algemene vergadering. De procedure in andere organen is vaak geregeld in de statuten of in een reglement. Als er niets is geregeld, is er altijd nog de redelijkheid en billijkheid.

Zonder uitzondering geldt de regel dat een lid van een orgaan een oproep moet ontvangen voor een vergadering; vrijwel steeds ook, dat bij de oproeping de te behandelen onderwerpen moeten worden aangegeven. De logica hierachter is helder: elk orgaanlid heeft het recht om goed voorbereid op de vergadering te verschijnen. Artikel 2:115/225 lid 1 BW zegt dat bij gebrek aan een (tijdige) oproeping 'geen wettige besluiten' kunnen worden genomen en suggereert daarmee dat genomen besluiten nietig zijn. Dat is onjuist.²¹ De oproeping ziet op het proces van *totstandkoming* van een besluit; zij valt daarmee onder artikel 2:15 lid 1 onder a BW. Regel 3 gaat op. Dit geldt evenzo voor bijvoorbeeld de agendering, de plaats van de vergadering (art. 2:116/226 BW; vaak bepalen ook de statuten of een reglement waar de vergadering moet plaatsvin-

den) en regels over het gebruikelijke tijdstip (vaak neergelegd in een reglement).

Nietigheid zou hier vreemd zijn. Als niemand is geschaad door het procedureel verzuim – het kan vaak prima mogelijk zijn om een onderwerp goed te behandelen zonder dat het op de agenda stond –, dan is er geen reden om het besluit voor ongeldig te houden. Voor zover er geen regels zijn, geldt als gezegd de redelijkheid en billijkheid en dus ook vernietigbaarheid (art. 2:15 lid 1 onder b BW). Als binnen het bestuur niet de eis geldt dat onderwerpen op de agenda moeten zijn aangekondigd, kan het onredelijk zijn om een ingrijpend besluit te nemen zonder dat alle bestuursleden zich daarop goed hebben kunnen beraden. En ook waar er wél regels zijn, kan de redelijkheid en billijkheid een strengere procedure voorschrijven. In de casus van het klassieke Mante-arrest was netjes tot de algemene vergadering opgeroepen met een advertentie in de krant. Dat was echter niet genoeg: het bestuur wist dat de weduwe Mante was geëmigreerd naar Australië en dat zij dus – we schrijven 1953 – geen kennis zou nemen van de oproeping. En dat terwijl een besluit tot statutenwijziging op de rol stond waarmee aan Mantes aandelen niet langer een feitelijk vetorecht zou zijn verbonden.²² Het besluit werd vernietigd. Vergelijkbare gevallen in de rechtspraak gaan vaak over een algemene vergadering die niet toevallig wordt gepland (en waartoe correct wordt opgeroepen) midden in de vakantie van een dwarszittende aandeelhouder.²³ Het is verder weinig redelijk om een ontslagbesluit er snel doorheen te jassen, als de bestuurder om wie het gaat vier minuten te laat is voor de vergadering.²⁴ Denk ook aan het afwikkelen van de agendapunten, terwijl een van de aandeelhouders een rechtspersoon is die het intern niet eens kan worden over hoe zijn stem moet luiden. Onder omstandigheden moet de voorzitter de vergadering dan schorsen, zodat onderling overleg (of een procedure) kan plaatsvinden.²⁵

Procedurefouten kunnen echter ook tot nietigheid leiden. Dit doet zich voor als een besluit genomen is door een *onbevoegd* orgaan. Als de wet zegt dat de algemene vergadering de bezoldiging van commissarissen vaststelt (art. 2:145/255 BW), dan is het aan het bestuur noch aan de raad van commissarissen

20 Zie in iets andere zin Van Schilfgaarde/Winter, Wezman & Schoonbrood 2022/96 onder 2, volgens wie strijd met het vennootschappelijk belang nu eens valt onder strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 onder b BW), dan weer onder strijd met de wet (art. 2:14 lid 1 BW). Zij merken op: 'Een besluit waardoor externe belangen onevenredig worden geschaad kan in strijd zijn met de openbare orde. Gelet op de verwijzing naar art. 2:8 aan het slot van [art. 2:15 lid 1 onder b BW] zal over het algemeen in dit soort gevallen strijd met de redelijkheid en billijkheid niet als vernietigingsgrond in aanmerking komen.' Ik zou deze redenering niet willen volgen. Ook als externe belangen worden geschaad, verdient analogische toepassing van art. 2:15 lid 1 onder b BW op strijd met het belang van de rechtspersoon de voorkeur, gelet op de open aard van de norm en het gegeven dat de jegens de derde te betrachten zorgvuldigheid uit zowel de redelijkheid en billijkheid als het belang van de rechtspersoon voortvloeit. Dat is nagenoeg eender. Vgl. in dit opzicht ook HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 (Cordial III), r.o. 3.4.5 over het betrekken van de belangen van minderheidsaandeelhouder Bab bij het belang van de vennootschappen Cordial en Turnham.

21 Dit gaat in de rechtspraak niet altijd goed. Zie bijv. Rb. Gelderland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4326, JOR 2022/7, r.o. 5.20 met kritische noot van Breukink. Vgl. verder die noot, nr. 3, waarin Breukink onderscheidt tussen het geval waarin *niet* is opgeroepen (nietigheid) en het geval waarin *niet tijdig* is opgeroepen (vernietigbaarheid). Naar mijn smaak hangt dit onderscheid sterk op een nogal letterlijke lezing van art. 2:115/225 lid 1 BW. Breukink lijkt over het hoofd te zien dat als niet is opgeroepen, er nog altijd wel een bijeenroeping is en dus een vergadering. Daar genomen besluiten zijn dan evengoed vernietigbaar, net als wanneer niet tijdig is opgeroepen.

22 HR 30 oktober 1964, ECLI:NL:HR:1964:AB6473, NJ 1965/107 m.nt. G.J. Scholten (Mante). Zie ook de verdere uitleg in mijn noot onder dit arrest, te vinden in JOR 2021/233.

23 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, ECLI:NL:GHSGR:1983:AC7891, NJ 1984/81 (Reynders/McKinney), Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7215, JOR 2012/246 (Emba), Rb. Amsterdam 18 maart 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2349 (Rotendo) en Rb. Overijssel 8 april 2020, ECLI:NL:ROVE:2020:1511 (JOUW).

24 Zie Hof Den Haag 9 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2335 (VVMZ), r.o. 5.5. Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:191, r.o. 4.13, waarin de vergadering te vroeg was begonnen en – vanwege het verstrijken van de vervalttermijn van art. 2:15 lid 5 BW – was aangevoerd dat daarmee sprake was van een fundamenteel totstandkomingsgebrek en dus nietigheid. Het hof overweegt terecht dat art. 2:15 lid 1 onder a BW toepasselijk is.

25 Zie Rb. Gelderland 18 mei 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2480, JOR 2022/278 m.nt. Van Vught (Chainpoint).

zelf om dat besluit te nemen. Het besluit is dan door een onbevoegd orgaan genomen. Het gaat dan niet om een gebrek in de totstandkoming, maar om iets wezenlijkers. De bevoegdheidsverdeling tussen de organen van de rechtspersoon staat in de wet of de statuten en moet op straffe van nietigheid (art. 2:14 lid 1 BW) worden gevolgd. Het gaat om een harde, duidelijke norm ten aanzien van de interne structuur van de rechtspersoon. In wezen zijn de gedachten van de *verkeerde* personen over een voorstel irrelevant. Als de *juiste* personen zich toch in die gedachten kunnen vinden, zou ik overigens willen aannemen dat zij – lees: het wél bevoegde orgaan – het genomen besluit alsnog rechtskracht kunnen verlenen. Deze visie is omstreden: vaak wordt juist aangenomen dat bekrachtiging in zo'n geval niet kan.²⁶

Nietigheid past daarnaast waar de vereiste meerderheid of een benodigd quorum niet wordt gehaald. Dit is een fundamenteel totstandkomingsgebrek. Ik kom hierop terug (par. 6.1). Hierna wordt bovendien uitvoerig ingegaan op fouten in de bijeenroeping, de digitale vergadering en besluitvorming buiten vergadering (par. 6.2 en 6.3).

5 Beïnvloedingsfouten

Elk lid van een orgaan moet in de gelegenheid zijn gesteld om aan het onderlinge overleg deel te nemen. Deze Wijsmuller-wijsheid geldt in onze polder zelfs breder.²⁷ Niet zelden is aan bepaalde betrokkenen, die geen lid zijn van het besluitnemend orgaan, het recht toegekend op inspraak, in de gedachte dat dat mogelijk de besluitvorming beïnvloedt en tot een ander, beter besluit leidt. Het werkt ook de andere kant op. Sommige invloed hoort juist niet thuis in een zuiver besluitvormingsproces.

Wordt de inspraakmogelijkheid ten onrechte niet gegeven, dan brengt dit meestal mee dat de genomen besluiten vernietigbaar zijn. Denk aan het verzuim om een bestuurder of commissaris een raadgevende stem (een advies) te laten uitbrengen, waarover veel rechtspraak bestaat.²⁸ Hetzelfde geldt voor een Wijsmuller-gebrek: een besluit is vernietigbaar als een orgaanlid bijvoorbeeld niet de gelegenheid heeft gehad om zijn inbreng te leveren. Als een vergadering te vroeg begint en het besluit al genomen is terwijl enkele leden nog buiten op de stoep staan, is dat besluit vernietigbaar; het lijdt aan een 'gewoon' totstandkomingsgebrek.²⁹ Tot slot staat in principe vernietigbaarheid als sanctie op gevallen waarin een bepaalde be-

trokkene niet de inspraakmogelijkheid heeft gehad waarop hij volgens de wet, de statuten of een reglement recht heeft. Ik noem de goedkeuring van de raad van commissarissen (voor zover die niet vooraf hoeft) en de toestemming van bijvoorbeeld het college van burgemeester en wethouders (vaak vereist in aan de gemeente verwante of door haar gefinancierde rechtspersonen).

Wederom zijn er uitzonderingen. Moet de goedkeuring van de raad van commissarissen worden verleend *voordat* het bestuur een bepaald besluit kan nemen, geldt er een bindende voordracht voor de benoeming van een bestuurder of kan een statutenwijziging alleen op voorstel van het bestuur, dan leidt het veronachtzamen van deze verplichting tot *nietigheid*.³⁰ De wetgever wil degene met het beïnvloedingsrecht de gang naar de rechter besparen; hij wil voorts voorkomen dat besluiten zonder deze voorafgaande invloed na één jaar zouden komen vast te staan.³¹ Vandaar artikel 2:14 lid 2 BW: de ander moet op straffe van nietigheid in de gelegenheid zijn om hem door de wet of de statuten gegeven, voorafgaande beïnvloedingsrechten uit te oefenen ten aanzien van specifieke besluiten. Let wel: goedkeuringen, handelingen of mededelingen *achteraf* vallen gewoon onder het regime van artikel 2:15 lid 1 onder a BW en leiden tot vernietigbaarheid. Als de statuten niet uitdrukkelijk zeggen dat bijvoorbeeld de goedkeuring van de raad van commissarissen vooraf moet, dan past geen nietigheid. Bovendien valt niet alles wat vooraf moet onder artikel 2:14 lid 2 BW. Denk aan de raadgevende stem. Deze moet worden gegeven voor elk besluit – dus niet voor een of enkele specifieke besluiten – en komt daarom onvoldoende gewicht toe om nietigheid te rechtvaardigen.³²

Wat het *uitschakelen* van invloed betreft moet vooral worden gedacht aan de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling.³³ Indien een geconflicteerde bestuurder of commissaris deelneemt aan de besluitvorming, zijn de genomen besluiten vernietigbaar nu ze aan een totstandkomingsgebrek lijden (art. 2:15 lid 1 onder a BW). Nietigheid geldt als *alle* bestuurders of commissarissen niet mochten deelnemen maar dat toch deden, in welk geval het besluit is genomen door het verkeerde orgaan. Intussen heeft de Ondernemingskamer een eigen tegenstrijdigbelangregeling ontwikkeld.³⁴ Ook daar geldt vernietigbaarheid als sanctie, omdat deze regeling voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Ik zie althans geen reden om de

26 Zie Van Vught 2020, p. 113-116 en in andere zin o.a. Asser/Kroeze 2-I 2021/324 en Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022/94, alwaar verdere verwijzingen.

27 HR 15 juli 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4232, NJ 1969/101 m.nt. G.J. Scholten (Wijsmuller).

28 Zie A-G Assink, conclusie vóór HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832, RvdW 2020/638, nr. 4.10 e.v., die uitvoerig ingaat op de raadgevende stem en concludeert dat een verzuim daaromtrent valt onder art. 2:15 lid 1 onder a BW (vernietigbaarheid) en niet onder art. 2:14 lid 2 BW (nietigheid).

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 januari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:191, r.o. 4.13.

30 Zie voor verdere voorbeelden Van Vught 2020, p. 102-104 en de conclusie van A-G Assink vóór HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832, RvdW 2020/638, nrs. 4.10-4.13.

31 Zie Van Vught 2020, p. 107.

32 Vgl. Kamerstukken I 2003/04, 28179, B, p. 22 en Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 14, alsmede de conclusie van A-G Assink vóór HR 8 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:832, RvdW 2020/638, nrs. 4.14-4.15.

33 Art. 2:44 lid 6, 2:47 lid 7, 2:129 lid 6, 2:140 lid 5, 2:239 lid 5, 2:250 lid 5, 2:291 lid 6 en 2:292a lid 7 BW.

34 Zie laatstelijk Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844, JOR 2023/182 (i3 Holding), r.o. 4.3 en Hof Amsterdam (OK) 8 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846, JOR 2023/183 m.nt. Leijten (Ergo Holdings), r.o. 3.5.

reikwijdte van deze regeling te beperken tot de enquêteprocedure. Immers, artikel 2:8 BW geldt evengoed daarbuiten. Een besluit kan kortom vernietigbaar zijn als een bestuurder niet zorgvuldig is omgegaan met het risico van belangenverstrengeling. De rechtspraak van de Ondernemingskamer is buiten de enquêteprocedure even relevant.

6 Drie moeilijke gevallen

6.1 Meerderheid en quorum

Uitgangspunt is dat een besluit tot stand komt als een meerderheid van de orgaanleden vóórstemt. Dit zogeheten meerderheidsbeginsel wordt gezien als ‘een basisprincipe in het vennootschapsrecht, dat waarborgt dat alle besluiten (...) gedragen worden door de meerderheid van degenen die hun stem hebben uitgebracht’.³⁵ In 1932 heeft de Hoge Raad al overwogen dat ‘in geen geval een besluit der algemeene vergadering (...) tot stand kan komen indien niet de helft der uitgebrachte stemmen zich daarvoor heeft verklaard’.³⁶ De Hoge Raad heeft dit vrij recent nog bevestigd met de overweging dat ‘[h]et ontbreken van een op grond van de wet of de statuten vereiste meerderheid van stemmen leidt tot een nietig besluit in de zin van artikel 2:14 lid 1 BW, en niet tot een besluit dat vernietigbaar is wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen als bedoeld in artikel 2:15 lid 1, aanhef en onder a, BW’.³⁷

Hier zit geen woord Spaans bij. Het aardige aan deze formulering is dat zij *elke* meerderheidseis onder artikel 2:14 lid 1 BW schaaft – zo ook de eis voor een verzwaarde meerderheid zoals in de casus die aan de Hoge Raad werd voorgelegd. Nietigheid kortom. De Hoge Raad gaat wijselijk niet in op de vraag hoe deze nietigheid in het systeem van artikel 2:14 en 2:15 BW past. Zoals hiervoor uiteengezet (regel 4), wordt het ontbreken van de vereiste meerderheid in de literatuur algemeen als *fundamenteel totstandkomingsgebrek* beschouwd. Het gaat dus wel om een fout in de totstandkoming, maar die fout is zó ernstig dat niets anders dan nietigheid kán volgen. Dogmatisch is nietigheid goed te motiveren. Wie vóórstemt drukt de wil uit dat een bepaald besluit wordt genomen. En die wil is een cruciaal element voor elke rechtshandeling, zo ook voor een besluit (art. 3:33 BW). Als de stemmen ontbreken en dus de wil, dan is er geen geldig besluit. Zo begrijp ik ook de wetsgeschiedenis waarnaar de Hoge Raad heeft verwezen. De minister

zegt daar dat artikel 2:15 BW alleen bedoeld is voor besluiten. Als er geen besluit is, dan is sprake van nietigheid.³⁸

Er zijn nog drie verdere argumenten te geven voor nietigheid. In de eerste plaats kan moeilijk worden verwacht dat men opkomt tegen een besluit dat niet steunt op de vereiste stemmenmeerderheid – zou dan steeds de stap naar de rechter moeten worden gezet, als de vereiste meerderheid niet is gehaald? Bovendien is het ongewenst dat een dergelijk besluit na verstrijken van de vervalltermijn van artikel 2:15 lid 5 BW als geldig zou komen vast te staan. In de tweede plaats bestaat zonder de vereiste meerderheid geen grond om tegenstemmende of afwezige orgaanleden (en andere betrokkenen in de rechtspersoon) tegen hun wil te binden aan een besluit; bij toetreding tot de rechtspersoon hebben zij aanvaard te worden gebonden door een zekere meerderheid, niet door een minderheid.³⁹ In de derde plaats geldt dat nietigheid als sanctie staat op minder ernstige gebreken, zoals de ‘beïnvloedingseisen’ van artikel 2:14 lid 2 BW – hierboven onder regel 5 gevat. Vernietigbaarheid ingeval de meerderheid ontbreekt, zou inconsequent zijn.

Als het ontbreken van de meerderheid nietigheid oplevert, dan moet hetzelfde gelden voor een quorumeis. Een quorum gaat vaak samen met de eis dat een bepaalde meerderheid vóórstemt. Daar zit logica in. Als een besluit tot ontbinding volgens de verenigingsstatuten met minimaal twee derde meerderheid moet worden genomen, dan is die eis er om te waarborgen dat zo’n ingrijpend besluit op voldoende draagvlak berust. Maar zonder quorumeis kan toch een klein deel van het ledenbestand tot ontbinding besluiten, als de vergadering toevallig slecht wordt bezocht. De quorumeis heeft dus dezelfde functie als de meerderheidseis. Het ligt dan voor de hand dat schending ervan hetzelfde wordt behandeld, namelijk met nietigheid. De lagere rechtspraak kiest deze lijn.⁴⁰

Wanneer het quorum ontbreekt, kan bijna altijd een tweede vergadering worden bijeengeroepen waarvoor het quorum niet geldt. Vaak stellen de statuten extra eisen voor deze tweede vergadering. Ten eerste staat er meestal dat de tweede vergadering niet meteen na de eerste kan plaatsvinden, maar dat een

³⁵ Kamerstukken I 2008/09, 31058, C, p. 24-25.

³⁶ HR 15 december 1932, ECLI:NL:HR:1932:264, NJ 1933/491 m.nt. Meijers (Leidsche Uitgevers Maatschappij).

³⁷ HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1275, JOR 2020/195 m.nt. Van Vught (Haagse ketel), r.o. 3.2.3.

³⁸ Parl. Gesch. Aanpassing BW (3, 5 en 6), p. 169 (MvT Inv): ‘De aanhef van [art. 2:15 lid 1 BW] veronderstelt dat er een geldig – zij het aantastbaar – besluit is. Tot de wettelijke en statutaire bepalingen die het tot standkomen van een besluit regelen in de zin van onderdeel a van artikel 15 behoren derhalve niet die, welke de vereisten voor de geldigheid van een besluit stellen, zoals een vereiste meerderheid van stemmen.’ Duidelijk is dit citaat verder niet, waarover hierna.

³⁹ Vgl. HR 17 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0242, NJ 1991/645 m.nt. Macijer (Lampe/Tonnema).

⁴⁰ Zie o.a. Rb. Midden-Nederland 7 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2113, r.o. 4.10, Rb. Den Haag 14 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1737, r.o. 4.3 en Rb. Midden-Nederland 15 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3890, r.o. 4.13.

bepaalde oproepingstermijn geldt.⁴¹ Ten tweede eisen de statuten vaak dat tot de tweede vergadering moet worden opgeroepen met de vermelding dat op die vergadering besluiten kunnen worden genomen zonder quorum.⁴² Stel dat deze eisen niet worden nageleefd. Zijn de genomen besluiten dan nietig of vernietigbaar? Hierover bestaat discussie.⁴³ Normaal gezien zijn de twee genoemde eisen te beschouwen als totstandkomingseis als bedoeld in artikel 2:15 lid 1 onder a BW. Maar hier moeten de twee eisen worden gezien in het licht van de quorumeis. In de eerste plaats bewerkstelligen ook deze eisen, net als het quorum zelf, dat het desbetreffende besluit op voldoende draagvlak berust. De leden of aandeelhouders worden er nochtans nadrukkelijk op gewezen dat in de tweede vergadering zonder quorum kan worden besloten. Als zij niettemin bewust afzien van het recht te verschijnen en tegen te stemmen, geven zij impliciet te kennen geen bezwaar te hebben tegen het voorgenomen besluit. In de tweede plaats kan het zo worden gezien, dat van de quorumeis slechts afstand wordt gedaan onder de voorwaarde dat de twee eisen in acht zijn genomen.⁴⁴ Is dat niet het geval, dan wordt er eigenlijk besloten zonder aanwezigheid van het vereiste quorum – en daarop staat nietigheid.

6.2 Bijeenroeping

Bijeenroeping en oproeping zijn twee verschillende dingen. De bijeenroeping is het besluit om de vergadering op een bepaald moment te houden. Meestal besluit het bestuur om de algemene vergadering bijeen te roepen. Daarna volgt de oproeping: het uitnodigen van de orgaanleden om aan de vergadering deel te nemen. Zoals we hebben gezien, maakt een oproepingsgebrek de genomen besluiten vernietigbaar (art. 2:15 lid 1 onder a BW). Maar hoe zit het, als geen besluit tot bijeenroeping is genomen of als dat besluit zelf nietig of vernietigd is?⁴⁵

Meestal wordt uitgegaan van nietigheid.⁴⁶ De redenering is als volgt. Als er geen (geldige) bijeenroeping is, dan is er ook geen vergadering. Is dan evenmin voldaan aan de vereisten voor besluitvorming buiten vergadering – ik kom daar zo meteen op –, dan mist de *bevoegdheid* om besluiten te nemen. Er is geen orgaan bijeen, wat nietige besluiten oplevert. Deze redenering is op zich goed te volgen. Er is ook een praktisch argument. Als een bijeenroepingsgebrek slechts tot vernietigbaarheid zou leiden, worden leden of aandeelhouders feitelijk gedwongen om toch naar de vergadering te komen – zij weten immers dan nog niet of de genomen besluiten vanwege dat gebrek zullen worden vernietigd en zullen het zekere voor het onzekere willen nemen. Dat is ongewenst. Zij zouden meer zekerheid hebben als meteen vaststaat dat eventuele besluiten nietig zijn.⁴⁷ Dit kan handig zijn in tweespaltige verenigingen, waar niet zelden voorkomt dat de strijdende kampen elk hun eigen algemene vergadering organiseren en daar elk hun eigen bestuur kiezen. Het is praktisch dat slechts één van de vergaderingen geldig is – meestal die van het bestuur – zonder dat de

41 Wat m.i. ook zou gelden zonder dat de statuten dit bepalen. Redelijkerwijs moet dan de gewone oproepingstermijn worden gehanteerd. Ook een ‘voorwaardelijke oproeping’ – waarbij al meteen wordt opgeroepen voor de tweede vergadering zonder quorum, vaak direct aansluitend op de eerste vergadering – strookt niet met (de strekking van) de quorumeis en is m.i. niet geoorloofd. Vgl. voor een geval Rb. Utrecht 29 juli 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AQ6763, JOR 2004/294 m.nt. Groffen (AFMP).

42 Zie ook art. 2:120/230 lid 3 BW, dat eveneens deze twee eisen stelt.

43 Dumoulin 1999/211 en 213, P.J. Dortmund, Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap, Deventer: Kluwer 2013/221 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/79 gaan uit van nietigheid, Asser/Maeijer 2-III 2000/276 en – zo lijkt – J.D.M. Schoonbrood & T.J.C. Klein Bronsvort, Stemrechten, meerderheden en quorums in de algemene vergadering (II, slot), WPNR 2017, afl. 7168, p. 827 van vernietigbaarheid op voet van art. 2:15 lid 1 onder a BW.

44 De wetsgeschiedenis kiest een vergelijkbare lijn voor de voorwaardelijke oproeping, waarover noot 41 hiervoor. Zie Parl. Gesch. Boek 2 BW, p. 618 (Handelingen I).

45 Zie voor het laatste bijv. Rb. ’s-Gravenhage 4 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW2533, JOR 2012/210 m.nt. Blanco Fernández (Manaco), r.o. 4.1 en Rb. Gelderland 11 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4326, JOR 2022/7 m.nt. Breukink, r.o. 5.20.

46 Zo o.a. Dumoulin 1999/186 en 138, C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg & W.J.M. van Veen, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 112, Asser/Rensen 2-III 2022/112 en A-G Assink, conclusie voor HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:221 (SIO), nrs. 3.20-3.29, die soms ook van non-existentie spreken (wat m.i. hetzelfde is als nietigheid). Asser/Kroeze 2-I 2021/304 ziet bepalingen over ‘de wijze van bijeenroeping’ wel als totstandkomingsvoorschriften in de zin van art. 2:15 lid 1 onder a BW, maar niet duidelijk is of hij daarmee doelt op het ontbreken van of ongeldig zijn van de bijeenroeping. Ook Dortmund 2013/205, Schwarz, in: GS Rechtspersonen, art. 2:109 BW, aant. 1 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/31 nemen geen duidelijk standpunt in. De rechtspraak gaat bijna eenstemmig van nietigheid uit. Zie de vindplaatsen in noot 45 en 49, waaraan toe te voegen Rb. Rotterdam 21 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AG8204, JOR 2003/9 m.nt. Blanco Fernández (LPF), r.o. 3.6, CBb 6 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:78, r.o. 7.2, CBb 3 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:394, r.o. 5.2.2, Rb. Den Haag 19 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1528 (moskeevereniging), r.o. 4.4, CBb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:325, r.o. 6.3 en Hof Amsterdam 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2995, JOR 2023/34 m.nt. Nolen (SIO), r.o. 3.4. Van vernietigbaarheid gaan slechts uit H.J. de Kluiver, LPF en besluitvorming: over (schijn)besturen en aanvechtbare besluiten, WPNR 2002, afl. 6509, p. 762 en Hof ’s-Hertogenbosch 11 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5207, JOR 2015/95 (Crescendo), r.o. 3.7.10 met op dit punt instemmende noot van Nowak. De Kluiver acht echter nietigheid c.q. non-existentie ook verdedigbaar, terwijl het Bossche arrest op een vergissing lijkt te berusten. Het betrof een *bijeenroeping* door een onbevoegde, maar het hof komt tot vernietigbaarheid wegens een *oproepingsgebrek* en verwijst daarbij naar literatuur over art. 2:225 BW. Zie over dit arrest A-G Assink, conclusie voor HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:221 (SIO), nr. 3.23.

47 Vgl. Rb. Rotterdam 21 november 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AG8204, JOR 2003/9 m.nt. Blanco Fernández (LPF), r.o. 3.7: ‘De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan de betreffende wettelijke en statutaire bepalingen, volgens het wettelijk systeem, strikt de hand dient te worden gehouden. Indien dit niet zou gebeuren, zou onder de leden van een vereniging onzekerheid kunnen bestaan over de vraag of aan een oproep tot het bijwonen van een algemene vergadering die niet overeenkomstig de wet en de statuten plaatsvindt, en de eventueel daar te nemen besluiten, al dan niet gevolgd zou moeten worden gegeven.’

gang naar de rechter moet worden gemaakt om dit vast te stellen.⁴⁸

Toch is er genoeg te zeggen voor vernietigbaarheid. De twee argumenten ogen niet sterk. Tegenover het dogmatische argument kan worden gezet dat een bijeenroepingsgebrek evengoed (of zelfs beter) kan worden geschaard onder de totstandkomingscategorie van artikel 2:15 lid 1 onder a BW. De afbakening tot de bevoegdheidscategorie is simpelweg weinig helder. Tegenover het praktische argument staat dat nietigheid vaak evenmin zekerheid biedt, omdat niet steeds duidelijk zal zijn of de bijeenroeping inderdaad ontbreekt of gebrekkig is. Bij de tweespaltige verenigingen wordt de ene vergadering bijeengeroepen door het bestuur en de andere vergadering door de leden, op grond van de statutaire bepaling dat bijvoorbeeld tien procent van hen daartoe kan overgaan nadat het bestuur dat heeft geweigerd. Over de vraag of is voldaan aan de voorwaarden van die statutaire bepaling valt *evengoed* te twisten. In zo'n geval zal het toch wel uitdraaien op een gang naar de rechter.⁴⁹

Het is moeilijk kiezen. In het ene geval oogt nietigheid te ver gaan; in het andere geval schiet juist vernietigbaarheid tekort. Te ver gaat dat de bestuurder wiens ontslag in de lucht hangt, zou kunnen betogen dat zijn ontslag nietig is als hij niet is uitgenodigd voor de bestuursvergadering waarin tot bijeenroeping is besloten. Er is alle reden om hem niet uit te nodigen: volgens de meeste rechtspraak kan de bestuurder zich immers ziek melden (met als doel ontslagbescherming) *totdat* de oproeping voor de algemene vergadering hem heeft bereikt. Vernietigbaarheid past beter, juist omdat van vernietiging kan worden afgezien als geen redelijk belang bestaat bij naleving van de geschonden norm (art. 2:15 lid 1 onder a BW).⁵⁰ Hetzelfde geldt wanneer de leden van het orgaan volgens de regels zijn opgeroepen en een bijeenkomst feitelijk in niets verschilt van een geldige vergadering, maar de bijeenroeping ontbreekt of gebrekkig is. Tekort schiet vernietigbaarheid wanneer volstrekt duidelijk is dat de algemene vergadering niet is bijeengeroepen door het bestuur of door het benodigde aantal leden of

aandeelhouders (al dan niet door de voorzieningenrechter gemachtigd daartoe). Het gaat niet aan dat de wél bevoegden dan gedwongen zijn om vernietiging te vorderen bij de rechter; ook bijvoorbeeld het voorlopig bestaan van twee besturen is hoogst onhandig.

Alles afwegende gaat het erom of de vergadering als zodanig moet worden aangemerkt wanneer de bijeenroeping gebrekkig is geweest. Met de heersende leer zou ik toch aannemen dat dit in de regel niet het geval zal zijn, waardoor dan geen geldige besluiten kunnen worden genomen en die besluiten nietig zijn.⁵¹ Bovendien past nietigheid uiteindelijk het best bij het geval dat blijkt de gepubliceerde rechtspraak het vaakst voorkomt, namelijk dat van de vereniging met twee kampen en twee vergaderingen. Nietigheid zet daar het bestuur in de *driver's seat*. Het bestuur is steeds en zonder voorwaarden tot bijeenroeping bevoegd en kan er dus van uitgaan dat op door hem bijeengeroepen vergaderingen in ieder geval geldige besluiten kunnen worden genomen, zonder dat het bestuur door de andere vergadering genomen besluiten hoeft aan te vechten bij de rechter. De uitgangssituatie is dan dat één groep besluiten geldig zijn, en de andere niet. En dat is beter dan een situatie waarbij twee groepen besluiten in de lucht hangen. Dat leidt tot chaos en hoe dan ook tot een gang naar de rechter, die met nietigheid wellicht nog kan worden vermeden. Ik wijs er, tot slot, nog op dat de redelijkheid en billijkheid van pas kan komen wanneer nietigheid te drastisch uitpakt of in geen verhouding staat tot de (futiele) aard van het bijeenroepingsgebrek. Zo kunnen ook enkele leden, die niet de statutair vereiste drempel halen om zelf tot bijeenroeping over te gaan, op grond van de redelijkheid en billijkheid daartoe toch bevoegd worden geacht. Het komt hierbij aan op de omstandigheden in het licht van wat in het belang van de rechtspersoon is – bijvoorbeeld het belang dat aan een situatie van stuurloosheid een einde komt door de benoeming van een nieuw bestuur.⁵²

48 Vgl. de situatie in Rb. Leeuwarden 14 april 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AT3878, JOR 2005/143 m.nt. Blanco Fernández (Friesch Paarden-Stamboek), r.o. 4: 'Naar het oordeel van de rechter is het twee maal kort na elkaar houden van een Algemene Ledenvergadering waarin scherpe tegenstellingen bestaan en die verdere escalaties tot gevolg kunnen hebben, niet bevorderlijk voor het hiervoor bedoelde doel. Een dergelijke situatie dient dan ook voorkomen te worden.'

49 Vgl. bijv. Rb. Arnhem 19 september 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ1023, JOR 2009/220 m.nt. Blanco Fernández (IHW), Hof Den Haag 16 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1211 (Vereniging Nederlandse Moslim Associatie Shaan-E-Islam), r.o. 4.3, Rb. Midden-Nederland 20 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2795 (De Groenen), r.o. 4.24 en Rb. Noord-Nederland 10 mei 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1930, RO 2023/53 (QATI Group), r.o. 4.6.

50 Er is nog een andere ontsnappingsroute, die ook bij nietigheid zou helpen. M.i. heeft de desbetreffende bestuurder een tegenstrijdig belang bij het bijeenroepingsbesluit en mag hij dus aan de beraadslagingen en stemming daaromtrent niet deelnemen. Een soortgelijk betoog is op stellingen verworpen door Rb. Noord-Nederland 10 mei 2023, ECLI:NL:RBNNE:2023:1930, RO 2023/53 (QATI Group), r.o. 4.6.

51 In dezelfde zin A-G Assink, conclusie voor HR 9 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:221 (SIO), nr. 3.20: 'Het ligt voor de hand dat als de persoon die de vergadering bijeenroept daartoe onbevoegd is, de "vergadering" die vervolgens plaatsvindt in beginsel rechtens niet geldt als een vergadering van een orgaan van een rechtspersoon. En, in het logische verlengde daarvan: dat als in die "vergadering" een besluit wordt genomen, er dan geen sprake kan zijn van een geldig in vergadering genomen besluit van het orgaan van de rechtspersoon. Waar er aldus geen sprake is van een geldig in vergadering genomen besluit van het orgaan van de rechtspersoon wordt ter zake evenmin toegekomen aan het schema van art. 2:15 BW, dat immers een op zich geldig besluit veronderstelt.' Merk op dat deze redenering – en de mijne evenzo – wat circulaire heeft: een besluit is nietig omdat het ongeldig is, en ongeldig omdat het nietig is. Dat geldt ook voor de wetsgeschiedenis (zie het citaat in noot 38 hierboven), waarin als criterium voor nietigheid is aangelegd dat sprake is van schending van een 'geldigheidsvereiste' – zonder uit te werken wanneer zo'n vereiste zich voordoet. We moeten het ermee doen, vrees ik.

52 Zie in deze zin Rb. Amsterdam 19 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:162, JIN 2022/28 m.nt. Bunt en Den Bieman (Amsterdamse amateurvoetbalvereniging), r.o. 4.4.

6.3 Buiten en digitale vergadering

De fysieke vergadering, waaraan een bijeenroeping en oproeping zijn voorafgegaan, is nog altijd de standaard. De andere besluitvormingsvarianten worden meestal gezien als afwijking daarvan. Zo kunnen aandeelhouders volgens artikel 2:128/238 BW besluiten nemen *anders dan in een vergadering* en wordt de digitale algemene vergadering naar komend recht een *optie* naast de traditionele variant.⁵³ Voor beide varianten van de algemene vergadering geeft de wet specifieke regels. Zo vereist digitaal vergaderen in de NV/BV een statutaire grondslag (art. 2:117a/227a lid 1 BW (voorstel)) en is voor besluitvorming buiten vergadering in de BV vereist dat elke vergadergerechtigde daarmee instemt (art. 2:238 lid 1 BW). De afbakening tussen nietigheid en vernietigbaarheid is hier lastig. Gezegd kan worden dat niet-naleving van de regels betekent dat digitaal of buiten vergadering geen besluiten kunnen worden genomen en dat dan de bevoegdheid ontbreekt – er is geen besluitvormend orgaan en dit resulteert steeds in nietigheid. Maar evengoed pleitbaar is dat het gaat om totstandkomingsvereisten in de zin van artikel 2:15 lid 1 onder a BW – met over de gehele linie vernietigbaarheid.

Het uitgangspunt moet zijn dat de gekozen vergadervariant niet uitmaakt. Artikel 2:14 en 2:15 BW zijn neutraal geformuleerd; er is kortom geen reden om deze bepalingen anders toe te passen wanneer besluitvorming digitaal of buiten vergadering plaatsvindt. Zeker voor de digitale vergadering geldt dat deze, gelet op de waarborgen die daarvoor gelden, volgens de wetgever gelijkstaat aan de klassieke vergadering.⁵⁴ Maar ook buiten vergadering komen uiteindelijk ‘gewoon’ besluiten tot stand, die zich niet van andere besluiten onderscheiden. Die vergadervariant is niet minderwaardig. Dat beide varianten als afwijkingen op de klassieke vergadering worden beschouwd en op die manier ook in Boek 2 BW zijn verwerkt, moet er voor de toepassing van artikel 2:14 en 2:15 BW niet toe doen. De vraag is steeds: gaat het *materieel* om een bevoegdheidsgebrek (nietigheid) of om een totstandkomingsgebrek (vernietigbaarheid)? Deze vraag moet per vereiste worden gesteld; schending van de regels leidt dus niet tot nietigheid of vernietigbaarheid *tout court*. Het kan behulpzaam zijn om een vergelijking te maken met de klassieke vergadering.

Ik werk dit uit. Eerst de gemakkelijke gevallen. Gaat het om een digitale vergadering, dan moet de oproeping vermelden hoe aan de vergadering kan worden deelgenomen en hoe een stem kan worden uitgebracht (art. 2:114 lid 1 onder c en

2:227a lid 1 BW-voorstel). In een vereniging geldt hetzelfde; daar moeten bovendien eventuele voorwaarden voor het gebruik van het digitale communicatiemiddel bekend worden gemaakt (art. 2:38 lid 9 en 10 BW). Gaat het om besluitvorming buiten vergadering, dan moeten de bestuurders en commissarissen van een NV/BV in staat worden gesteld om een raadgevende stem uit te brengen.⁵⁵ Zonder twijfel staat op schending van al deze voorschriften *vernietigbaarheid* als sanctie. Het gaat om regels voor de totstandkoming van een besluit (art. 2:15 lid 1 onder a BW).⁵⁶ De raadgevende stem en de inhoud van de oproeping vallen ook bij de klassieke vergadering in deze categorie.

Hoofdbreken zijn er evenmin bij het vereiste dat besluiten buiten vergadering alleen eenstemmig (in de vereniging) of met algemene stemmen (in de NV) kunnen worden genomen (art. 2:40 lid 2 en 2:128 lid 1 BW). Hier gaat het om een vereiste meerderheid. Dit is een fundamenteel totstandkomingsgebrek en levert dus nietigheid op (zie par. 6.1).⁵⁷ Het is weinig consequent om dit alleen buiten vergadering als procedureel totstandkomingsvoorschrift te zien.

Het wordt wat lastiger bij de eis dat een lid of aandeelhouder rechtstreeks moet kunnen deelnemen en kunnen stemmen wanneer de algemene vergadering digitaal plaatsvindt (art. 2:38 lid 7 en 117a/227a lid 2 BW). Dit heeft te maken met de formulering van de wet. Dat het lid of de aandeelhouder live kan deelnemen, is volgens de wet ‘vereist voor de toepassing van’ de mogelijkheid om een digitale vergadering te houden; het is kortom een *voorwaarde* om digitaal te kunnen vergaderen. Dit wijst op nietigheid: is aan de voorwaarde niet voldaan, dan is er zeggezegd geen vergadering en dus geen bevoegdheid om besluiten te nemen. Maar deze redenering is niet dwingend, al was het maar omdat de wetgever hier zelf aan vernietigbaarheid lijkt te denken.⁵⁸ Het gaat bovendien ver om de besluitvorming nietig te achten als een enkel lid of aandeelhouder door toedoen van de rechtspersoon⁵⁹ bijvoorbeeld niet kon inloggen en daardoor niet kon deelnemen. Veeleer gaat het om een totstandkomingsgebrek. Als iemand het lokaal niet kan vinden waar de fysieke vergadering plaatsvindt omdat het in de oproeping vermelde adres niet klopt, dan ligt nietigheid tenslotte evenmin voor de hand. Misschien moet hier anders over worden gedacht als een *groot deel* van de leden

53 Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 11. Tijdens de coronaperiode en tot 1 februari 2023 kon een algemene vergadering reeds volledig digitaal doorgang vinden; een wetsvoorstel om dit permanent mogelijk te maken ligt thans bij de Tweede Kamer. Zie over de (vrijwel gelijke) consultatieversie van dit voorstel O. Oost & K.A.M. van Vught, De digitale algemene vergadering. Hinweise aus Deutschland, Ondernemingsrecht 2023/46.

54 Zie Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 13, waar de wetgever het belang benadrukt van ‘volwaardige participatie’ en de digitale vergadering beschouwt als ‘zoveel mogelijk een afspiegeling van de fysieke vergadering’.

55 Voor de BV bepaalt art. 2:238 lid 2 BW dit uitdrukkelijk. Voor de NV moet worden aangenomen dat art. 2:117 lid 4 BW ook buiten vergadering van toepassing is. Zie HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1657, NJ 1995/595 m.nt. Maeijer (Janssen Pers) en HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK2001, JOR 2010/40 m.nt. Nowak (Hay Group), r.o. 3.4.

56 Zie wat de inhoud van de oproeping betreft in deze zin Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 36.

57 Zo ook o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/87 onder a en Lennarts, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:128 BW, aant. 3.

58 Vgl. Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 18 in verband met technische storingen.

59 Volgens Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 18 rust op de vennootschap slechts een inspanningsverplichting en maken storingen in de sfeer van de aandeelhouder besluiten niet vernietigbaar.

of aandeelhouders het juiste lokaal niet kan vinden of – bij een digitale vergadering – als de verbinding geheel wegvalt, al is zo'n uitzondering niet eenvoudig in artikel 2:14 lid 1 BW te plaatsen.⁶⁰

Het pleit voor nietigheid wint verder aan kracht als het gaat om het voorschrift dat de stemmen buiten vergadering schriftelijk of elektronisch moeten worden uitgebracht (art. 2:128 lid 1 en 2/238 lid 2 BW).⁶¹ Nu zijn rechtshandelingen die niet in de vereiste vorm zijn verricht – zoals dus een niet-schriftelijke stem – op grond van artikel 3:39 BW nietig. Zo'n stem valt weg. Voor de NV zou dit kunnen meebrengen dat niet langer is voldaan aan de eis van algemene stemmen; het besluit is daarom nietig.⁶² Dit hangt wel op de betekenis van 'algemene stemmen'. Soms wordt aangenomen dat slechts een *tegenstem* verhindert dat van algemene stemmen sprake is.⁶³ Een niet-schriftelijke, nietige stem is echter geen tegenstem, zodat in deze visie het besluit niet nietig is (wat alleen anders zou liggen als alle stemmen niet schriftelijk zijn uitgebracht). Juister dunkt mij de visie dat, zoals Dumoulin stelt, het erom gaat dat niemand zich tegen een besluit heeft verzet *of heeft willen verzetten*.⁶⁴ Dit strookt met de strekking van de eis van algemene stemmen in artikel 2:128 lid 1 BW: bedoeld is dat geen besluit buiten vergadering tot stand komt wanneer een van de aandeelhouders dat niet wenst. In deze visie maakt een niet-schriftelijke *tegenstem* wél dat het besluit niet met algemene stemmen is genomen en derhalve nietig is.

Voor de BV wordt eveneens vaak aangenomen dat het besluit buiten vergadering nietig is als niet alle stemmen schriftelijk zijn uitgebracht.⁶⁵ Hoe dit werkt, wordt echter niet uitgelegd. Algemene stemmen zijn in de BV niet langer vereist, zodat het daar niet aan kan liggen. De nietigheid van het besluit volgt evenmin noodzakelijkerwijs uit het wegvallen van de niet-schriftelijke (nietige) stemmen; als sommige stemmen wél schriftelijk zijn uitgebracht, zijn deze stemmen geldig en kunnen deze stemmen eigenstandig het besluit dragen. In dit laatste geval is het besluit gewoon geldig, als er onder de overblijvende stemmen tenminste nog steeds een meerderheid vóór is.⁶⁶ Kortom: op deze grond is het besluit in de BV hooguit

nietig indien alle stemmen niet schriftelijk zijn uitgebracht (en het besluit niet is vastgelegd).

Hoe dan ook zou ik met Van Solinge en Nieuwe Weme menen dat vernietigbaarheid van het besluit hier verdedigbaar is.⁶⁷ Ik zou zelfs zeggen: het juiste antwoord. Dat zit zo. Volgens artikel 3:39 BW is een rechtshandeling zoals een stem nietig, *tenzij uit de wet anders voortvloeit*. Deze tenzij-formule moet ruim worden begrepen. Blijkens de wetsgeschiedenis kan een ander gevolg dan nietigheid impliciet volgen uit een uitleg van de desbetreffende wet, uit de strekking daarvan of zelfs uit het stelsel van de wet.⁶⁸ Artikel 3:39 BW is niet als keiharde regel bedoeld en wordt onder civilisten zelfs gezien als exemplarisch voor de tendens om nietigheden zo veel mogelijk terug te dringen.⁶⁹ Welnu, de schriftelijkheidseis van artikel 2:128/238 BW strekt ertoe zeker te stellen dat kenbaar is (1) dat buiten vergadering besluiten zijn genomen en (2) op welke stemmen die besluiten berusten.⁷⁰ De eis dient geen doel op zichzelf; de stem is niet aan de schriftelijke vorm gebonden om bijvoorbeeld de stemmer zelf te beschermen dan wel om het stemmen moeilijker of meer nadenkend te maken. Geenszins is beoogd dat niet-schriftelijke stemmen niet moeten worden meegeteld – wat het besluit op zichzelf van kleur kan doen verschieten (het voorstel is wel of niet aangenomen) en wat als gevolg ongewenst is. Nietigheid van het besluit staat al helemaal in geen verhouding tot de kenbaarheidseis, indachtig ook dat schending van de algemene plicht om besluiten aan te tekenen überhaupt geen consequentie heeft⁷¹ en indachtig verder dat de eis van algemene stemmen (in de NV) en van de schriftelijke instemming aller vergadergerechtigden (in de BV) waarborgt dat het besluit op voldoende draagvlak steunt. Tot slot legt de kenbaarheid van wie wat heeft gestemd (zoals bedoeld onder 2 hiervoor) mijns inziens onvoldoende gewicht in de schaal. Al met al moet worden aangenomen dat schending van de schriftelijkheidseis het besluit buiten vergadering *vernietigbaar* maakt wegens een totstandkomingsgebrek (art. 2:15 lid 1 onder a BW).

Dieper in de sfeer van nietigheid ligt de eis dat de statuten de digitale vergadering mogelijk maken (art. 2:117a/227a lid 1 BW) dan wel dat de algemene vergadering hiertoe machtiging

60 Zie ook Oost & Van Vught 2023, p. 337.

61 Met 'elektronisch' is kennelijk bedoeld vastlegging van de stem c.q. het besluit in bijv. een e-mail. De statuten kunnen de elektronische weg uitsluiten. In de BV volstaat overigens ook de schriftelijke of elektronische vastlegging van het *besluit*, als daaruit blijkt hoe elk van de aandeelhouders heeft gestemd.

62 Zie in deze zin Dumoulin 1999/111.

63 Zie in deze zin Schoonbrood & Klein Bronsvooort 2017, p. 820, noot 53, Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2021/12.2.1 en Asser/Rensen 2-III 2022/200.

64 Dumoulin 1999/222 en naar het lijkt in soortgelijke zin Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/75 onder e.

65 Zie o.a. Klein Wassink 2012, p. 94-95, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/88, Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022/92 en Lennarts, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:238 BW, aant. 3. Asser/Kroeze 2-I 2021/284 meldt dat de stemmen nietig zijn, zonder iets te zeggen over het besluit.

66 Vgl. K.J. Bakker, Doorwerking van stemvolmachten met steminstructie, Ondernemingsrecht 2020/4, p. 30 en Asser/Kroeze 2-I 2021/287.

67 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/88.

68 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 189.

69 Zie W. Snijders, Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren, WPNR 2003, afl. 6547, p. 703, Van Kooten, in: GS Vermogensrecht, art. 3:39 BW, aant. 3, 4 en 6.1 alsook Asser/Sieburgh 6-III 2022/276.

70 Zie Dumoulin 1999/111. Het tweede stukje volgt uit het feit dat bij de vastlegging van het besluit op grond van art. 2:238 lid 2 BW tevens moet zijn vermeld hoe de stemmen van de aandeelhouders luidden. Dumoulin merkt overigens terecht op dat de schriftelijkheidseis, gelet op deze strekking ervan, niet alleen het belang van aandeelhouders dient, maar tevens dat van onder anderen de rechtspersoon. Dit mondt echter niet noodzakelijk uit in nietigheid, anders dan Dumoulin lijkt te menen (die in dit verband naar mijn smaak te strak vasthoudt aan de vermogensrechtelijke invulling van de tenzij-formule van art. 3:39 BW).

71 Art. 2:120/230 lid 4 BW. Zie H.E. Boschma, De eenpersoons-bv (diss. Groningen; IVOR nr. 28), Deventer: Kluwer 1997, p. 59-60, Assink/Slagter 2013 (deel 1), § 45.1, p. 829 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/69.

heeft verleend (art. 2:38 lid 6 BW).⁷² Zo ook het ontbreken van de statutaire grondslag zoals vereist voor besluitvorming buiten vergadering in de NV (art. 2:128 lid 1 BW).⁷³ Wat zijn hier de consequenties? Het ontbreken van die grondslag kan moeilijk als procedureel totstandkomingsvoorschrift worden gezien; het gaat om méér dan dat. Zonder die grondslag bestaat de bevoegdheid om besluiten te nemen niet en is uitgesloten dat digitaal of buiten vergadering besluiten worden genomen. In zo'n geval kan het instellen van een vernietigingsactie bezwaarlijk worden geveerd, want een aandeelhouder mag er zonder een statutaire voorziening op vertrouwen dat überhaupt geen besluitvorming via deze kanalen mogelijk is. Het heeft nog het meest weg van het klassieke geval waarin de vergadering niet is bijeengeroepen (zie par. 6.2). Overigens kan misschien anders worden aangenomen ten aanzien van de digitale vergadering. Gezegd kan worden dat de digitale vorm dichter bij de klassieke vorm staat, en daarvan niet zózeer afwijkt dat niet kan worden verlangd dat tijdig een vernietigingsactie wordt geëntameerd. Hopelijk biedt de wetgever hierover nog helderheid.

Om dezelfde reden valt ook veel te zeggen voor nietigheid wanneer besluitvorming buiten vergadering in de BV niet de instemming heeft van alle vergadergerechtigden (zoals art. 2:238 lid 1 BW vereist). In de wetsgeschiedenis staat dat deze eis bewerkstelligt dat 'minderheidsaandeelhouders en andere vergadergerechtigden niet tegen hun wil worden geconfronteerd met besluitvorming door de meerderheidsaandeelhouder(s) zonder dat overleg heeft plaatsgevonden in een algemene vergadering'.⁷⁴ Zo'n confronteren zou zich ook voordoen als het besluit ondanks het ontbreken van instemming slechts vernietigbaar zou zijn – een vernietigbaar besluit staat immers totdat het binnen de eenjarige vervaltermijn en met succes bij de rechter wordt aangevochten. De minister spreekt op dezelfde plaats bovendien van een 'vereiste voor geldige besluitvorming', wat wellicht ook – maar mijns inziens niet dwingend – op nietigheid wijst bij wijze van fundamenteel totstandkomingsvoorschrift.⁷⁵ Anderzijds kan worden betoogd dat de instemmingseis is bedoeld als versoepeling ten opzichte van de NV-regeling, zoals de verdedigers van vernie-

tigbaarheid doen.⁷⁶ Dit is geen sterk argument, nu de versoepeling blijkens de wetsgeschiedenis er vooral op zag besluitvorming buiten vergadering mogelijk te maken wanneer er naast de aandeelhouders nog andere vergadergerechtigden zijn.⁷⁷ Bovendien is de instemmingseis vooral bedoeld als lichtere variant van de algemene-stemmeneis in de NV, maar alleen in de zin dat instemming is vereist niet met het besluit maar met de wijze van besluitvorming. Overigens geldt dat het besluit *krachteloos* is zolang niet iedere vergadergerechtigde kleur heeft bekend; heeft een van hen zijn instemming onthouden, dan is het besluit *nietig*.⁷⁸ De instemming kan namelijk ook achteraf worden gegeven, althans zo pleegt te worden aangenomen.⁷⁹

7 Slot

Waarom zijn nietige en vernietigbare besluiten zo moeilijk uit elkaar te houden? Het is verleidelijk om dit te wijten aan de hoge abstractiegraad van artikel 2:14 en 2:15 BW. Vooral het verschil tussen gewone en fundamentele totstandkomingsgebreken is mistig, bij gebreke aan een duidelijk afbakeningscriterium. Wat meer duidelijkheid zou hier mooi zijn. Tegelijk mogen we best tevreden zijn met artikel 2:14 en 2:15 BW. De bepalingen vatten een groot aantal gevallen in een klein aantal ingenieus geformuleerde regels. Grote problemen zijn er volgens mij niet. De civilisten daarentegen, die zitten met het ondoorgrondelijke artikel 3:40 BW pas echt in de miserie.

72 De toelichting van het wetsvoorstel tot invoering van de digitale vergadering spreekt zich hierover niet uit. Wel wordt nietigheid gesuggereerd voor het geval dat op dit moment (dus ná corona en vóór de inwerking-treding van de nieuwe wet) digitaal wordt vergaderd, terwijl die mogelijkheid niet bestaat. Zie Kamerstukken II 2023/24, 36489, nr. 3, p. 40 en de overgangsregeling voor dat geval in art. IV lid 2.

73 Zie Dumoulin 1999/96 en Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022/95 onder 4.

74 Kamerstukken II 2006/07, 30058, nr. 3, p. 88-89. Zie ook Kamerstukken II 2008/09, 30058, nr. 6, p. 18: '[h]et ontbreken van de instemming [heeft] gevolgen voor de geldigheid van de buiten vergadering genomen besluiten'.

75 Zie in deze zin Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/87 onder b en Lennarts, in: T&C Burgerlijk Wetboek, art. 2:238 BW, aant. 2.

76 R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (diss. Maas-tricht; VDHI nr. 116), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 221. Vernietigbaarheid wordt – met wisselende stelligheid maar met consequent zuinige motivering – ook voorgestaan door o.a. H.J. de Kluiver, Het nieuwe BV-recht voor de praktijk, WPNR 2008, afl. 6768, p. 688, Dortmund 2013/229 en G.Á.C. Orbán, Uitoefening van aan verpande aandelen verbonden stemrechten: binnen of buiten vergadering?, WPNR 2017, afl. 7160, p. 580.

77 Zie Kamerstukken II 2006/07, 30058, nr. 3, p. 88.

78 Vgl. ook P.J. Dortmund, Toegang tot de algemene vergadering en besluiten buiten vergadering, Ondernemingsrecht 2010/45, par. 8, die vernietigbaarheid aanneemt in plaats van krachteloosheid.

79 Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/85 onder d, met ver-wijzingen.