

Tijdelijke wet COVID-19 - vergaderen rondom het coronavirus

Ondernemingsrecht 2020/XX

De uitbraak van het coronavirus stelt vennootschappen en verenigingen voor diverse problemen. Een probleem van praktische aard is dat het vennootschapsrecht als uitgangspunt neemt dat vergaderingen in fysieke vorm plaatsvinden. Nu iedereen wordt opgeroepen thuis te blijven, is het houden van zulke vergaderingen onwenselijk. De minister heeft dit erkend en het wetsvoorstel 'Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid' (de "Spoedwet")² faciliteert dat aandeelhouders- en ledenvergaderingen (hierna: AV's) gehouden kunnen worden zonder fysieke deelname van de vergadergerechtigden.

De Spoedwet voorziet hiermee vooral in een behoefte aan rechtszekerheid. Ook voor de introductie van de Spoedwet troffen vennootschappen en verenigingen rondom hun AV's al maatregelen om verspreiding van het coronavirus tegen te gaan, maar zulke maatregelen brachten het risico mee dat de besluitvorming ongeldig zou zijn.³ Het is daarom toe te juichen dat verschillende regelingen in de Spoedwet terugwerkende kracht zullen hebben.

De Spoedwet voorziet ook in de mogelijkheid om bij bestuursbesluit de termijn voor het opmaken van de jaarrekening te verlengen en bepaalt daarnaast dat wanneer het bestuur er vanwege het coronavirus niet in slaagt de jaarrekening tijdig te deponeren dit op zichzelf niet zal leiden tot onbehoorlijk bestuur.

Het wetsvoorstel is tot stand gekomen op instigatie van de Vereniging voor Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO), VNO-NCW, Eumedion en de Vereniging voor Effectenbezitters (VEB). Dit komt in de Spoedwet tot uitdrukking. Niet alleen voorziet de Spoedwet in op de praktijk gerichte oplossingen, zij reflecteert ook een passende weging van de belangen van de verschillende stakeholders.

1. Inleiding

Om de uitbraak van het coronavirus succesvol te bestrijden, roept het RIVM iedereen op zoveel mogelijk thuis te blijven. Tegelijkertijd vereist de wet leden en aandeelhouders op te roepen voor een AV. Dat is moeilijk met elkaar te rijmen. De Spoedwet voorziet in oplossingen hiervoor.⁴ De Spoedwet faciliteert AV's zonder fysieke deelname van aandeelhouders of leden en zelfs volledig virtuele AV's. Bij een virtuele AV kunnen vergadergerechtigden uitsluitend via een elektronisch communicatiemiddel aan de vergadering deelnemen. Zo kunnen de AV's doorgaan en kunnen de vergadergerechtigden tegelijkertijd gehoor geven aan de oproep van het RIVM thuis te blijven. De Spoedwet biedt NV's daarnaast de mogelijkheid de AV uit te stellen tot de tweede helft van het jaar, wanneer de beperkingen hopelijk zijn verlicht.

In de praktijk zijn al verschillende manieren ontwikkeld om vergaderingen op verantwoorde wijze te laten plaatsvinden gedurende de coronacrisis. Bij verschillende AV's blijkt bijvoorbeeld dat leden en aandeelhouders gehoor geven aan de oproep niet naar de AV te komen en hun stem elektronisch of bij volmacht uit te brengen. Aan leden en aandeelhouders wordt dan vaak de mogelijkheid geboden voorafgaand aan de AV vragen in te dienen en de AV via een elektronisch communicatiemiddel te volgen.

De Spoedwet voorziet echter nog steeds in een behoefte. Zonder de Spoedwet kan onzekerheid bestaan over de rechtsgeldigheid van de besluitvorming in het licht van de maatregelen die genomen worden. Zo hebben vennootschappen na de oproeping van de AV de locatie van de vergadering moeten wijzigen omdat de oorspronkelijke locatie vanwege het coronavirus gesloten was. Ook is besloten aandeelhouders of leden de toegang tot de AV te ontzeggen vanwege het risico op besmetting. Onder normale omstandigheden zouden in die gevallen vraagtekens bij de geldigheid van de besluitvorming moeten worden gesteld. De omstandigheden zijn nu echter niet normaal en mede daarom mag worden aangenomen dat besluiten niet snel vatbaar zullen zijn voor vernietiging op de grond dat aan een of meer formaliteiten niet is vol-

1 Martin van Olffen is hoogleraar ondernemingsrecht te Nijmegen, notaris te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift, Casper Nagtegaal is kandidaat-notaris te Amsterdam. De definitieve versie van dit artikel zal verschijnen in het themanummer 'Ondernemingsrecht in tijden van corona'.

2 Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 2 als gewijzigd bij Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 7. Waar hierna artikelen worden aangehaald, zijn dat artikelen uit de Spoedwet tenzij anders aangegeven. Zie over de Spoedwet ook H. J. De Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, *NJB* 2020/956.

3 Zie hierover de bijdrage van Casper Nagtegaal 'Het coronavirus en de algemene vergadering' in dit themanummer.

4 De Spoedwet bestrijkt een scala aan onderwerpen variërend van een tijdelijke voorziening voor het langs elektronische weg verlijden van notariële aktes tot een regeling die toestaat dat in plaats van bloed, ook slijmvlies of sputum van een verdachte kan worden afgenomen. Wij beperken ons tot bepalingen die samenhangen met regelingen van Boek 2 BW. De regeling voor besluitvorming binnen een vereniging van eigenaren laten wij daarmee ook buiten beschouwing. Zie over de Spoedwet ook H.J. De Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, *NJB* 2020, 956.

daan met als doel verspreiding van het coronavirus te beperken. De redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW zullen daarin meewegen. Maar het is voor bestuurders, leden en aandeelhouders moeilijk te bepalen welke maatregelen zij mogen of moeten nemen, respectievelijk moeten aanvaarden. Het doel van de Spoedwet is deze onzekerheid weg te nemen en aanvullende mogelijkheden te bieden voor het houden van een AV zonder fysieke deelname door vergadergerechtigden, dan wel voor uitstel van de AV. Zo hoeven vennootschapsrechtelijke verplichtingen niet in de weg te staan aan de bestrijding van het coronavirus.⁵

De door de Spoedwet geboden rechtszekerheid kan essentieel zijn voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. Indien de vennootschap bijvoorbeeld haar eigen vermogen wil versterken door middel van een aandelenuitgifte, kan dit alleen indien de notaris er voldoende van overtuigd is dat de besluitvorming rondom die uitgifte geldig is.⁶ Indien aandeelhouders niet aan de vergadering konden deelnemen of de locatie van de AV op het laatste moment moest worden gewijzigd, zal de notaris mogelijk niet de akte van uitgifte van aandelen kunnen verlijden. In dit verband is het toe te juichen dat de Spoedwet ook eventuele gebreken heelt in de besluitvorming op AV's die voor de inwerkingtreding van de Spoedwet zijn gehouden.⁷

Met de Spoedwet volgt Nederland de internationale trend. Ook in onder meer Duitsland,⁸ Frankrijk,⁹ Luxemburg,¹⁰ Italië¹¹ en Spanje¹² voorziet een speciale regeling tijdelijk in de mogelijkheid virtuele AV's te houden of de AV uit te stellen. De toonaangevende proxy-advisors ISS en Glass Lewis steunen vennootschappen die vanwege het coronavirus besluiten een volledig virtuele AV te houden.¹³ De positie van institutionele beleggers in deze periode wordt besproken in de bijdrage van Rients Abma en Diana van Kleef in dit themanummer.

De problemen rondom AV's die samenhangen met het coronavirus worden door de Spoedwet efficiënt en pragma-

tisch geadresseerd. Het is onvermijdelijk dat op onderdeel blijkt dat het wetsvoorstel onder grote tijdsdruk en waarschijnlijk onder lastige logistieke omstandigheden tot stand is gebracht. De effectiviteit van de wet lijdt daar echter niet onder. De Spoedwet reflecteert een voor deze periode passende afweging tussen het belang dat AV's kunnen blijven plaatsvinden of juist kunnen worden uitgesteld, het belang dat leden en aandeelhouders een volwaardige rol kunnen blijven spelen in de *checks and balances* binnen de rechtspersoon en het belang dat fysieke bijeenkomsten zoveel als mogelijk worden beperkt.

2. Nieuwe vormen van vergaderen

De Spoedwet faciliteert op verschillende manieren dat vergaderingen kunnen plaatsvinden zonder of met beperkte fysieke deelname door vergadergerechtigden. Ook neemt de Spoedwet eventuele statutaire belemmeringen weg voor virtuele vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen.

2.1 Vergaderingen van het bestuur en de raad van commissarissen

Art. 5 lid 3 stelt statutaire bepalingen die zien op het fysiek bijeenkomen van het bestuur en de raad van commissarissen buiten werking. De Spoedwet lijkt hier als uitgangspunt te nemen dat vergaderingen van het bestuur of de raad van commissarissen virtueel kunnen plaatsvinden, tenzij de statuten dit niet toestaan. In de literatuur bestaat hierover verschil van inzicht, sommige auteurs stellen dat een virtuele vergadering een basis in de statuten of een reglement vereist.¹⁴ Voorwaarde is in elk geval dat alle deelnemers aan de vergadering elkaar gelijktijdig kunnen verstaan.¹⁵ Indien de statuten of een reglement niet voorzien in besluitvorming buiten een fysieke vergadering, verdient het vanwege de rechtszekerheid aanbeveling dat alle bestuurders of commissarissen instemmen met die wijze van besluitvorming, juist als zij niet aan de vergadering kunnen deelnemen.¹⁶ Art. 5 lid 4 laat bepalingen in een reglement onverlet. In de praktijk worden voorschriften over de wijze van besluitvorming juist vaak in een reglement opgenomen. Wij verwachten echter niet dat dit in de praktijk tot problemen leidt. Doorgaans zullen reglementen niet bepalen dat besluitvorming alleen kan plaatsvinden in een fysieke vergadering.

Art. 5 lid 4 ziet alleen op besluitvorming door het bestuur, de raad van commissarissen en de AV. Een verwijzing

⁵ Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 6-7.

⁶ Bij beursgenoteerde vennootschappen geldt niet het vereiste van een notariële akte van uitgifte maar zal de vennootschap doorgaans een *legal opinion* moeten aanleveren. Daarbij speelt dezelfde problematiek.

⁷ Op de aspecten van de besluitvorming en de terugwerkende kracht van de Spoedwet wordt uitgebreid stilgestaan in de bijdrage van Koen van Vught in dit themanummer.

⁸ Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14.

⁹ Journal Officiel de la république française, texte 46 sur 112 en texte 47 sur 112.

¹⁰ Journal Officiel du grand-duché de Luxembourg No. 171 du 20 mars 2020.

¹¹ Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana Serie generale n. 70.

¹² Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

¹³ Voor ISS komt dit tot uitdrukking in de *'Impact of the COVID-19 pandemic ISS policy guidance'* van 8 april 2020. Glass Lewis publiceerde de *'Immediate Glass Lewis Guidelines Update on Virtual-Only Meetings due to COVID-19 (Coronavirus)'* op 19 maart 2020.

¹⁴ J.B. Huizink, commentaar op art. 2:239 BW, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer, en H. Ten Voorde, 'De wet elektronische communicatiemiddelen rechtspersonen in de praktijk', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, 2007, afl. 1, p.15. De opvatting dat een statutaire basis vereist is lijkt bijvoorbeeld niet te worden gesteund in *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/204*.

¹⁵ *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/204*.

¹⁶ G. van Solinge en R.G.J. Nowak, 'Bestuursbesluiten na afschaffing van het preventief toezicht', *Ondernemingsrecht 2002*, p. 432

naar meer organen van de rechtspersonen had hier de voorkeur gehad. In het bijzonder voor vergaderingen met potentieel veel deelnemers kan het vereiste dat de vergadering in fysieke vorm moet plaatsvinden in deze tijd onwenselijk zijn. Hierbij kan gedacht worden aan een certificaathoudersvergadering of een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. Daar staat tegenover dat voor deze organen het enkel buiten werking stellen van bepalingen die een fysieke vergadering voorschrijven, vaak niet voldoende zou zijn om zorgvuldige besluitvorming in een virtuele vergadering te waarborgen als daarover niets is bepaald in de statuten of een reglement.¹⁷ Waar de Spoedwet geen oplossing biedt, zullen rechtspersonen zelf naar een oplossing moeten zoeken die recht doet aan de betrokken belangen. De Spoedwet kan richting geven bij de invulling van wat redelijkheid en billijk is jegens alle betrokkenen.

2.2 Aandeelhoudersvergaderingen, ledenvergaderingen en stichtingsvergaderingen

2.2.1 Fysieke AV zonder vergadergerechtigden of virtuele AV

Voor de BV, NV en de vereniging voorziet de Spoedwet in de mogelijkheid dat het bestuur de vergadergerechtigden de fysieke toegang tot de AV ontzegt.¹⁸ Wij begrijpen deze regeling zo dat er nog wel sprake is van een vergadering in fysieke vorm, maar dat het bestuur alle of bepaalde vergadergerechtigden de toegang kan ontzeggen. Het bestuur zou bijvoorbeeld kunnen toestaan dat bestuurders en commissarissen op de vergaderlocatie aanwezig mogen zijn, maar andere vergadergerechtigden geen toegang tot de AV hebben.

Waar vergadergerechtigden niet fysiek aan de vergadering deelnemen, kunnen vragen ontstaan over het al dan niet aanwezig zijn van een quorum. In het kader van deze bijdrage beperken wij ons tot de opvatting dat personen die (i) voorafgaand aan de vergadering hebben gestemd of (ii) een volmacht hebben verleend als vertegenwoordigd mogen gelden en dat voor de berekening mag worden uitgegaan van het aantal dat bij de aanvang van de vergadering (virtueel) aanwezig of vertegenwoordigd was.¹⁹

¹⁷ Vergelijk in dit kader art. 23 lid 2, waar de Spoedwet wel voorziet in een regeling voor besluitvorming in een bij de statuten gecreëerd orgaan zonder fysieke deelname door de vergadergerechtigden.

¹⁸ Art. 6, 11 en 18 Spoedwet.

¹⁹ Zie meer uitgebreid over de vragen die verband houden met een quorum T. Salemink en C.D.J. Bulten, 'De digitale algemene vergadering van aandeelhouders', In C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein., *Onderneming en digitalisering (Serie onderneming en recht, 116)*, p. 223-252. Deventer: Wolters Kluwer 2019 en G.J.C. Rensen en R.A. Hagens, 'Hybride AV heeft de toekomst', *Ondernemingsrecht* 2019, 88. Wij merken op dat art. 31 en 32 wel voorzien in een expliciete regeling op grond waarvan leden die op afstand deelnemen als ter vergadering aanwezig worden aangemerkt. Wij concluderen hier niet a contrario uit dat de hoofdregel anders is.

Voor de stichting waarbij de jaarrekening op grond van art. 2:300 lid 3 BW op grond van de statuten wordt vastgesteld door een ander orgaan dan het bestuur, bijvoorbeeld door een vergadering van aangeslotenen, geldt dezelfde regeling als voor een vereniging. Art. 23 lid 2 verklaart art. 6 en art. 2:38 lid 7 BW van overeenkomstige toepassing op een vergadering van een zodanig orgaan. De formulering van art. 23 lid 2 is daarbij onduidelijk waar wordt verwezen naar "het orgaan, bedoeld in art. 300 lid 3". Art. 2:300 lid 3 BW verwijst naar het volgens de statuten bevoegde orgaan, naar het bestuur en naar het toezichthoudende orgaan. Uit de toelichting begrijpen wij dat art. 23 lid 2 kan worden toegepast op elk orgaan behalve het bestuur.²⁰ Het bestuur kan gebruik maken van art. 5 lid 4.

2.2.2 Uitoefening van het vergaderrecht

Art. 6, 11 en 18 zetten uiteen aan welke vereisten de AV moet voldoen indien het bestuur vergadergerechtigden de toegang tot de AV heeft ontzegt, of de AV virtueel wordt gehouden.

Art. 5 bepaalt daarbij dat waar de Spoedwet afwijkt "*ten behoeve van leden of aandeelhouders*", daaronder mede alle andere vergadergerechtigden worden begrepen. De woorden "ten behoeve van" leiden hier tot onduidelijkheid. De mogelijkheid leden of aandeelhouders de toegang tot de AV te ontzeggen voorziet niet (primair) in hun behoefte. Leden en aandeelhouders waren immers niet verplicht te komen. De mogelijkheid tot het instellen van het verbod bestaat vooral in het maatschappelijk belang en in het belang van hen die anders ook op de AV aanwezig zouden moeten zijn om de leden en aandeelhouders te ontvangen zoals bestuurders, commissarissen en ondersteunend personeel. Het recht een vergadering langs elektronische weg te volgen en voorafgaand aan de vergadering vragen te stellen, strekt echter bijvoorbeeld wel ten behoeve van de leden en aandeelhouders.

Een letterlijke interpretatie van "ten behoeve van" zou meebrengen dat andere vergadergerechtigden niet de fysieke toegang tot de AV kan worden ontzegt, maar hen wel de gelegenheid moet worden geboden om voorafgaand aan de AV vragen te stellen. Dat kan de minister niet hebben bedoeld. De Spoedwet doet daarmee een beroep op de praktijk om de gelijkschakeling als voorzien in art. 5 lid 4 met gezond juridisch verstand toe te passen. Wij komen daar later op terug. Eerst bespreken we de voorwaarden waaraan moet worden voldaan als het bestuur vergadergerechtigden de fysieke toegang tot de AV wil ontzeggen of een virtuele AV wil houden.

In de eerste plaats moeten de vergadergerechtigden in de gelegenheid worden gesteld de AV langs elektronische weg te volgen. Uit de memorie van toelichting²¹ blijkt dat

²⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35434, nr. 6.

²¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35434, nr. 3, p. 7.

aan dit vereiste is voldaan indien de vergadering via een audio- of videoverbinding live kan worden gevolgd.²² Het gaat daarbij om eenzijdige communicatie, de vergadergerechtigden hoeven niet aan de vergadering te kunnen deelnemen.²³ De keuze niet bij wet de voorwaarde te stellen dat de vergadergerechtigden ook via het elektronisch communicatiemiddel kunnen deelnemen aan de beraadslaging komt overeen met de keuze die de wetgever heeft gemaakt bij de introductie van art. 2:117a BW. De wetgever overwoog toen dat het in bepaalde gevallen technisch te bezwaarlijk kan zijn en dat bovendien geen inbreuk wordt gemaakt op het spreekrecht van de aandeelhouder omdat die altijd nog naar de fysieke vergadering kan komen.²⁴ Hoewel de technische ontwikkelingen de afgelopen 15 jaar niet hebben stilgestaan²⁵ en onder de Spoedwet aandeelhouders niet de mogelijkheid hebben de AV fysiek bij te wonen, heeft de minister geen aanleiding gezien in de Spoedwet een andere benadering te kiezen. Mogelijk houdt hiermee verband dat de Spoedwet op korte termijn en eenvoudig toepasbaar moet zijn. Rechtspersonen hebben niet de gelegenheid nieuwe systemen zorgvuldig te testen.

In de tweede plaats moeten vergadergerechtigden tot 72 uur voorafgaand aan de AV in de gelegenheid worden gesteld schriftelijk of elektronisch vragen te stellen over de onderwerpen op de agenda. Deze vragen moeten voorafgaand aan of tijdens de AV worden beantwoord en de vragen en antwoorden moeten via een elektronisch communicatiemiddel uiterlijk tijdens de AV toegankelijk worden gemaakt.²⁶ De vragen mogen thematisch worden beantwoord.²⁷ Indien de rechtspersoon stemmen op afstand tij-

dens de vergadering niet faciliteert, kunnen aandeelhouders of leden bij het bepalen van hun stem geen rekening houden met antwoorden indien deze pas op de AV worden gegeven. Rechtspersonen zouden daarom bij voorkeur, waar dat mogelijk is, de antwoorden moeten geven voordat de termijn eindigt waarbinnen aandeelhouders of leden hun stem moeten bepalen. Verschillende beursvennootschappen hebben de deadline voor het geven van een stemvolmacht en -instructies in dat kader al verlaat tot twee dagen voorafgaand aan de AV.

In de derde plaats moeten leden of aandeelhouders in de gelegenheid worden gesteld tijdens de AV 'nadere' vragen te stellen. De minister stelt dat dit recht alleen toekomt aan leden of aandeelhouders die ook voorafgaand de AV vragen hebben ingediend.²⁸ Hij geeft hierop geen verdere toelichting. Deze opzet nodigt bepaalde aandeelhouders mogelijk uit in elk geval één vraag voorafgaand aan de AV in te dienen, om zo verzekerd te zijn van de mogelijkheid ook tijdens de AV een vraag te kunnen stellen. Om dat soort praktijken te voorkomen, zou een vennootschap kunnen overwegen in de oproeping te vermelden dat alle aandeelhouders vragen tijdens de AV kunnen stellen, maar dat kan ook logistieke uitdagingen geven. Bij dit alles helpt dat de tijdens de AV gestelde vragen moeten worden beantwoord tenzij dit "*in het licht van de omstandigheden van dat moment in redelijkheid niet kan worden gevergd*". De voorzitter van de vergadering kan 'een en ander' nader bepalen in het belang van de vergaderorde. Wij zien deze bepaling voornamelijk als een bevestiging van de bevoegdheden die de voorzitter ook in een normale vergadering zou hebben.²⁹

Voor de BV en de vereniging is de bepaling over het stellen van vragen tijdens de AV geformuleerd als een inspanningsplicht voor het bestuur, voor de NV is zij dwingender geformuleerd. Uit de toelichting blijkt niet waarom voor een verschillende benadering is gekozen. Nu de (beursgenoteerde) NV naar haar aard een groter aantal aandeelhouders heeft, lijkt het juist wenselijk bij de NV ruimte te bieden voor alternatieve oplossingen. De memorie van toelichting wijst ook in deze richting. De minister overweegt: "*Het ligt voor de hand dat de vennootschap die mogelijkheid om nadere vragen in te dienen, zal toekennen aan degene die aandeelhoudersorganisaties vertegenwoordigt (VEB, VBDO, Eumedion)*".³⁰ De tekst van de wet lijkt echter beperkt ruimte te bieden deze organisaties een voorkeursbehandeling te geven.³¹

De Spoedwet schrijft niet voor aan wie de vragen kunnen worden gesteld. In elk geval zal de mogelijkheid moeten

22 Het opzetten van de webcast vereist enige fysieke technische ondersteuning. Royal Dutch Shell PLC stelt mede om die reden ook geen webcast ter beschikking (Royal Dutch Shell PLC, 'Important AGM Information' 16 april 2020). Onder de Spoedwet kan die keuze niet worden gemaakt.

23 Art. 31 en 32 bevatten een uitzondering. Indien het bestuur van de Nederlandse beroepsorganisatie voor accountants of de Nederlandse orde van advocaten de fysieke toegang tot een AV niet toestaat, moet wel worden voorzien in de mogelijkheid deel te nemen door middel van een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel dat leden de gelegenheid geeft op afstand aan de vergadering deel te nemen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen.

24 *Kamerstukken II 2004/05, 30019, nr. 3, p. 8.*

25 In 2004 ontwierp Mark Zuckerberg de eerste code voor wat later Facebook zou worden. De eerst Skype video call zou twee jaar later plaatsvinden.

26 Aan dit vereiste wordt voldaan indien de antwoorden per audio- of video-stream, of via de website worden gegeven. Nu de AV ook langs elektronische weg gevolgd kan worden, is aan het openbaarmakingsvereiste voldaan als de vragen mondeling behandeld worden tijdens de AV. Dat niet alleen de antwoorden, maar ook de vragen openbaar moeten worden volgt uit de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 6*).

27 De Spoedwet volgt hier de benadering van Richtlijn 2007/36 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (de "Aandeelhoudersrichtlijn"). Onder de Aandeelhoudersrichtlijn is het recht vragen te stellen ook beperkt tot punten op de agenda en mogen vennootschappen één antwoord geven op vragen met gelijke inhoud. Ook mogen onder de Aandeelhoudersrichtlijn de vragen als beantwoord worden beschouwd wanneer de relevante informatie op de website van de vennootschap in de vorm van vraag en antwoord beschikbaar is.

28 *Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 9.*

29 Zie over de bevoegdheden die de voorzitter heeft om de vergaderorde te bewaren *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/68*.

30 *Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 9.*

31 Naast de Spoedwet, moet hierbij ook art. 2:92 lid 2 BW in acht worden genomen.

worden geboden vragen aan het bestuur en de raad van commissarissen te stellen.³² Daarnaast zouden vragen gericht kunnen worden aan voorgedragen bestuurders en commissarissen,³³ de accountant³⁴ en de afgevaardigde van de ondernemingsraad met spreekrecht.³⁵ De vennootschap zal erop moeten toezien dat deze vragen naar hen worden doorgeleid en dat de betrokkenen de gelegenheid hebben antwoord te geven. Het ligt in de rede dat de voorzitter van de AV de verantwoordelijkheid voor dit proces draagt.

Indien de vragen die vooraf of tijdens de AV worden gesteld niet worden beantwoord, tast dat de geldigheid van de besluitvorming niet aan. Uit de toelichting blijkt dat de minister wil voorkomen dat onzekerheid over de geldigheid van de besluitvorming ontstaat omdat de verbinding heeft gehaperd of een lid of aandeelhouder anderszins niet optimaal heeft kunnen deelnemen aan de elektronische vergadering.³⁶ *"Hiermee wordt voorkomen dat er onzekerheid bestaat over genomen besluiten afhankelijk van de invulling van de inspanningsverplichting van het bestuur"* aldus de minister. Hierbij valt op dat de verplichting de vragen te beantwoorden die voorafgaand aan de AV zijn geformuleerd, in art. 10/18 lid 2 niet als een inspanningsplicht is geformuleerd. Wij zien als doel van de regeling mogelijk logistieke problemen te ondervangen. Het is uiteraard geen vrijbrief in algemene zin voor het geheel onbeantwoord laten van vragen.³⁷

Art. 6, 11 en 18 brengen het vergaderrecht van aandeelhouders en leden terug tot het recht vragen te stellen over de onderwerpen op de agenda. Dat impliceert twee materiële inperkingen van het vergaderrecht.³⁸ In de eerste plaats kan een lid of aandeelhouder de behoefte hebben zijn eigen standpunt of zienswijze met de AV te delen.³⁹ In de tweede plaats is het recht vragen te stellen beperkt tot de onderwerpen die op de agenda staan. Voor een gewone AV geldt, als hiervoor vermeld, dat het bestuur en de raad van commissarissen in beginsel alle verlangende inlichtingen moeten geven, ongeacht of het onderwerp op de agenda staat. Hoewel de Spoedwet hier niet toe verplicht,

kunnen wij ons voorstellen dat vennootschappen besluiten gehoor te geven aan dit soort verzoeken voor zover de vergaderorde of een zwaarwegend belang van de rechtspersoon zich daar niet tegen verzet.⁴⁰

Voor andere vergadergerechtigden, zoals de accountant bij de NV, commissarissen en de vertegenwoordiger van de ondernemingsraad, is het recht vragen te stellen van beperkte waarde. Zij zullen eerder behoefte hebben hun zienswijze met de AV te delen. De Spoedwet laat het hier aan de praktijk om op een redelijke en billijke wijze invulling te geven aan hun vergaderrecht. De accountant kan bijvoorbeeld de mogelijkheid worden geboden een verslag van zijn werkzaamheden te publiceren op de website of een presentatie via de livecast te geven. Zo'n presentatie kan ook vooraf worden opgenomen. Bestuurders en commissarissen moet de gelegenheid worden geboden hun adviserende stem uit te oefenen.

2.2.3 Uitoefening van het stemrecht

De Spoedwet stelt niet zeker dat de stemgerechtigden hun stem kunnen uitbrengen. Het is primair aan het bestuur dit op gepaste wijze te faciliteren. De Spoedwet geeft het bestuur hiervoor extra mogelijkheden zoals uit onderstaand overzicht blijkt. Zie tabel op volgende pagina.

In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister verduidelijkt dat vennootschappen elektronisch stemmen tijdens de AV niet hoeven te faciliteren. De minister overweegt in dit kader dat de rechtspersoon er voor mag kiezen *uitsluitend* de mogelijkheid te bieden voorafgaand aan de vergadering een volmacht of steminstructie aan een daartoe door de rechtspersoon aangewezen gevolmachtigde te geven.⁴¹ Die gevolmachtigde moet dan vervolgens elektronisch of, bij de NV, per brief kunnen stemmen. Deze uitleg beperkt de stemgerechtigden in het kiezen van een gevolmachtigde en wij aarzelen of de Spoedwet zo ver strekt. De Spoedwet lijkt immers niet te voorzien in een beperking van het recht van de aandeelhouder zich te laten vertegenwoordigen door de gevolmachtigde van zijn keuze.⁴²

Uit de toelichting van de minister blijkt wel dat hij oog heeft voor de praktijk. Hij merkt terecht op dat bij beursvennootschappen slechts zeer beperkt ervaring is opgedaan met elektronisch stemmen voorafgaand aan en tijdens de

32 Art. 2:107 lid 2/2:217 lid 2 BW. De wet voorziet niet in een informatie-recht voor leden, hen zal echter in elk geval de informatie moeten worden verschaft die nodig is om geïnformeerd besluiten te nemen (P.L. Dijk, T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013 p. 134).

33 Vergelijk *best practice bepaling* 4.1.8 van de Corporate Governance Code.

34 Vergelijk *best practice bepaling* 4.1.9 van de Corporate Governance Code, zie ook art. 2:117 lid 5 BW.

35 Waaronder mede begrepen het recht op grond van art. 2:135a lid 3 BW.

36 *Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 3, p. 8.*

37 Zie over de geldigheid van de besluitvorming ook de bijdrage van Koen van Vught in dit themanummer.

38 In ieder geval van het vergaderrecht van aandeelhouders, zie voor de vereniging ook voetnoot 32.

39 Indien met medewerking van de vennootschap uitgeven certificaten worden verhandeld op een effectenbeurs, zal het bestuur van het administratiekantoor de gelegenheid moeten hebben een verklaring van het voorgenomen stemgedrag te geven (*Best practice bepaling* 4.4.4 van de Corporate Governance Code).

40 Hiermee geeft een vennootschap ook invulling aan principe 4.1 van de Corporate Governance Code op grond waarvan aandeelhouders op een volwaardige wijze moeten kunnen deelnemen aan de besluitvorming in de algemene vergadering.

41 *Kamerstukken II 2019/20, 35434, nr. 6.*

42 Art. 2:38 lid 4, 2:117 lid 1 3^e en 4^e zin, 2:117 lid 7 en 2:227 lid 5 BW. Vanzelfsprekend zou ook de bevoegdheid van het administratiekantoor om volmacht te verlenen aan certificaathouders overeenkomstig art. 2:118a BW niet beperkt moeten worden.

	Volmacht aan persoon die AV fysiek bijwoont met instemming bestuur	Elektronische stem voorafgaand aan de vergadering	Elektronische stem tijdens de vergadering	Bij brief voorafgaand aan de vergadering
BV	Ja, tenzij virtuele AV conform art. 17 of het bestuur conform art. 21 heeft besloten dat stemrecht uitsluitend elektronisch kan worden uitgeoefend	Ja. Conform art. 20 mits vermeld bij de oproeping, of op basis van statuten conform art. 2:227 BW.	Ja. Conform art. 19, of op basis van statuten conform 2:227a BW.	Nee
NV	Ja, tenzij virtuele AV conform art. 10 of het bestuur conform art. 14 heeft besloten dat stemrecht uitsluitend elektronisch kan worden uitgeoefend.	Ja. Conform art. 13, mits vermeld bij de oproeping, of bij switch naar virtuele AV, of op basis van de statuten conform art. 2:117b BW mits bij de oproeping vermeld. ¹	Ja. Conform art. 12, mits vermeld bij de oproeping of op basis van de statuten conform art. 2:117a BW, eventuele voorwaarden moeten bij de oproeping vermeld.	Ja. Conform art. 13, mits vermeld bij de oproeping of bij switch naar virtuele AV, of op basis van de statuten conform art. 2:117b BW mits bij de oproeping vermeld
Vereniging	Ja, tenzij het bestuur heeft besloten dat het stemrecht in de vergadering (slechts) elektronisch kan worden uitgeoefend (art 6 lid 5)	Ja. Conform art. 6 lid 6 of op basis van de statuten conform art. 2:38 lid 8 BW. Hoeft niet bij de oproeping vermeld.	Ja. Conform art. 6 lid 5 of op basis van de statuten conform Art. 2:38 lid 6 BW. Hoeft niet bij de oproeping vermeld.	Nee

¹ Op grond van art. 2:117b lid 4 BW moet bij de oproeping de dag van registratie worden vermeld, alsmede de wijze waarop de stem- of vergadergerechtigden zich kunnen laten registreren en de wijze waarop zij hun rechten kunnen uitoefenen. Art. 13 voorziet niet expliciet in een uitzondering op dit vereiste. Nu art. 13 lid 1 laatste zin een dode letter zou zijn indien art. 2:117b lid 4 BW onverminderd zou gelden, achten wij het verdedigbaar dat ook art. 2:117b lid 4 BW buiten toepassing blijft. Art. 13 lid 2 heeft beperkte waarde, nu dit tijdstip op grond van lid 3 hoe dan ook de 28^{ste} dag voor de dag van de AV is.

vergadering.⁴³ De door Nederlandse beursvennootschappen meest gebruikte online stemplatformen werken op basis van een elektronische volmacht met steminstructie die door de aandeelhouder aan een onafhankelijke derde wordt gegeven. Deze praktijk kan onder de Spoedwet worden voortgezet.

2.2.4 *Het wijzigen van de wijze van vergaderen of de vergaderlocatie na de oproeping*

Nadat een AV bij een NV/BV is opgeroepen kan een gewone AV worden gewijzigd in een virtuele AV. Dit geldt ook voor een AV die al voor invoering van de Spoedwet is opgeroepen.⁴⁴ Art. 13/17 lid 2 bepaalt dat het bestuur van een NV/BV tot 48 uur voorafgaand aan de vergadering kan besluiten dat de AV in virtuele vorm zal plaatsvinden. Wij lezen het voorschrift zo dat uiterlijk 48 uur van tevoren het besluit dat de AV in virtuele vorm zal worden gehouden, bekend gemaakt moet zijn.

⁴³ Dit neemt niet weg dat de uitbraak van het coronavirus ertoe heeft geleid dat meer vennootschappen dit jaar de mogelijkheid van stemmen op afstand tijdens de vergadering bieden. Zij geven hiermee ook invulling aan principe 4.3 van de Corporate Governance Code op grond waarvan de vennootschap haar aandeelhouders zoveel als mogelijk in de gelegenheid moet stellen op afstand te stemmen en met alle andere aandeelhouders te communiceren.

⁴⁴ Sommige beursvennootschappen doen dit al vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Spoedwet. Zo kondigde Aegon op 17 april onder verwijzing naar de Spoedwet aan dat de reeds opgeroepen AV zal worden voortgezet als een AV waar aandeelhouders niet fysiek aan kunnen deelnemen.

Bij de NV kan het bestuur op grond van de Spoedwet ervoor kiezen aandeelhouders dan alsnog voorafgaand aan de vergadering per brief of elektronisch stem te laten uitbrengen. De Spoedwet biedt de NV niet de mogelijkheid om alsnog toe te staan dat tijdens de vergadering elektronisch stem kan worden uitgebracht. Art. 2:117a BW biedt deze mogelijkheid wel, tenzij de NV genoteerd is aan een effectenbeurs in de Europese Unie.⁴⁵ Indien Art. 2:117a BW wordt toegepast na oproeping van de AV kunnen niet langer krachtens de statuten voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van het elektronische communicatiemiddel.⁴⁶ Naar de letter geeft de Spoedwet het bestuur ook niet in de bevoegdheid voorwaarden te stellen aan het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel. Om gebruik te maken van de mogelijkheden onder de Spoedwet, zal het bestuur toch enkele voorwaarden moet stellen, al was het maar ten aanzien van de software of het portal dat moet worden gebruikt.

Bij de BV is de benadering onder de Spoedwet omgekeerd aan de hierboven beschreven benadering bij de NV. De mogelijkheid om voorafgaand aan de AV van de BV elektronisch te stemmen moet bij de oproeping worden vermeld, maar de mogelijkheid om tijdens de vergadering elektronisch te stemmen kan wel na de oproeping worden

⁴⁵ Vanwege het vereiste van art. 2:114 lid 1 sub d. BW. Waar we spreken van een effectenbeurs in de Europese Unie bedoelen we een gereguleerde markt als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht.

⁴⁶ Art. 2:117a lid 3 BW.

opengesteld. Indien de statuten hierin voorzien, kan het bestuur wel op grond van art. 2:227b BW na de oproeping alsnog de mogelijkheid openstellen om elektronisch te stemmen voorafgaand aan de AV.

De Spoedwet voorziet niet in de virtuele AV voor de vereniging.⁴⁷ Ook voorziet de Spoedwet niet in een procedure die het bestuur van een BV, NV of vereniging kan volgen indien het vergadergerechtigden na de oproeping van een AV de toegang tot de AV wil ontzeggen. Voor deze situaties neemt de Spoedwet dus niet de onzekerheid weg over wat wel en niet mogelijk is in geval van gewijzigde omstandigheden. BV's en NV's zullen om die reden in onze verwachting doorgaans ervoor kiezen de procedure van art. 13/17 toe te passen en de AV als een virtuele AV te houden. De Spoedwet bevat voor de vereniging geen mogelijkheid na oproeping van een ledenvergadering te switchen naar een virtuele AV. Voor verenigingen lijkt de aangewezen weg de AV opnieuw op te roepen en daarbij te bepalen dat vergadergerechtigden geen toegang hebben tot de AV.

De Spoedwet staat ook toe dat een NV de plaats van de (fysieke) vergadering wijzigt tot 48 uur voorafgaand aan de AV.⁴⁸ Dit kan bijvoorbeeld wenselijk zijn indien de oorspronkelijke locatie gesloten is vanwege het coronavirus. Ook de nieuwe locatie zal in de plaats van de statutaire zetel of andere in de statuten genoemde plaats moeten zijn. De mogelijkheid tot het wijzigen van de vergaderlocatie bestaat niet bij de BV.⁴⁹ De reden voor dit verschil wordt niet toegelicht. Of het bestuur van de vereniging deze mogelijkheid heeft, hangt af van de statutaire regeling voor de oproeping van een AV.

Volledigheidshalve merken wij op dat voor vennootschappen die zijn genoteerd aan een effectenbeurs in de Europese Unie, ook art. 5:25k en 5:25:ka Wft voorschriften bevatten over bij de oproeping te vermelden informatie. Deze vereisten vloeien voort uit de Aandeelhoudersrichtlijn. Aan die bepalingen kan niet volledig worden voldaan indien de AV later in een virtuele AV wordt gewijzigd. Een vennootschap die deze bepalingen niet naleeft kan een aanwijzing van de AFM krijgen. Wij verwachten dat de AFM daar in dit licht niet toe zal over gaan.

3. **Mogelijke overwegingen bij besluitvorming over een al dan niet virtuele AV**

Met de (aanstaande) invoering van de Spoedwet zal in menig al dan niet virtuele boardroom de vraag opkomen wat nu te doen. Doorgaan met een fysieke of hybride AV en fysieke aanwezigheid ontmoedigen of de AV als een

virtuele AV houden. Deze vraag kan opkomen bij nog op te roepen AV's, maar ook in verband met de voor de NV en BV geboden mogelijkheid de virtuele AV toe te passen voor een al opgeroepen AV.⁵⁰ Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen organisaties die in het verleden al gebruik hebben gemaakt van elektronische hulpmiddelen, zoals beursgenoteerde vennootschappen en verenigingen met veel leden versus organisaties die daar geen of beperkte ervaring hebben.

Voor veel van de beursgenoteerde vennootschappen zal gelden dat zij al de mogelijkheid bieden langs elektronische wijze een volmacht in te dienen en de AV live via een webcast te volgen.⁵¹ Het aantal personen dat de AV (fysiek) bezoekt neemt al jaren af en het aantal aandeelhouders dat (elektronisch) voorafgaand aan de AV een stemvolmacht geeft neemt al jaren toe. Voor deze vennootschappen lijkt de stap naar een virtuele AV relatief klein. De contacten en contracten met de nodige serviceproviders zullen er voor een groot deel al zijn. Er zal nog wel een systeem moeten worden opgezet voor de participatie van bestuurders, commissarissen en bijvoorbeeld de accountant. Ook zal een proces moeten worden ontwikkeld voor de beantwoording van vragen voorafgaand aan en tijdens de AV en, indien gewenst, voor het elektronisch stemmen tijdens de AV.

Bij organisaties met een groot aantal vergadergerechtigden die geen of slechts een beperkte ervaring hebben met elektronisch vergaderen, zal het organiseren van een virtuele AV een grotere inspanning vragen. Ook daar moet het leven overigens niet nodeloos ingewikkeld worden gemaakt. Een vereniging met een paar honderd leden en een agenda zonder omstreden onderwerpen kan nog steeds een gewone AV organiseren en haar leden daarbij verzoecken de AV dit jaar niet te bezoeken en eventueel een volmacht te geven. In de praktijk blijkt dat leden en aandeelhouders doorgaans begrip hebben voor de situatie. Later in het jaar kan dan nog een bijeenkomst worden georganiseerd waarin discussie tussen leden en met het bestuur kan plaatsvinden, al dan niet gecombineerd met een sociaal programma.

Bij organisaties met een klein aantal vergadergerechtigden zal het vaak eenvoudiger zijn een virtuele AV op te zetten, ook als daar nog geen ervaring mee is opgedaan. Een conference call of virtuele meeting via de daarvoor beschikbare en veelal gratis software is snel opgezet en zal daar doorgaans wel toereikend zijn.

In de verdere afweging kan dan nog aandacht worden besteed aan gezondheidsrisico's bij de normale vorm van de

⁴⁷ De regeling voor de vereniging kent niet het equivalent van art. 10 en 17, art. 6 gaat uit van een fysieke vergadering en kent procedurevoorschriften die zien op het niet toelaten van vergadergerechtigden.

⁴⁸ Art. 10.

⁴⁹ Vergelijk art. 17.

⁵⁰ Zie art. 10/17 lid 2.

⁵¹ Zie hierover o.a. K. Bakker, 'Stemvolmacht en de rol van de notaris' *WPNR* 2019, 7226 en B. Bier, 'De stembevestiging en het "geheim" van de stemvolmacht en steminstructie' *WPNR* 2020, 7273.

AV, bij de hybride AV en bij de virtuele AV, waarbij vaak natuurlijk ook nog een vorm van interactie zal bestaan tussen de wel fysiek aanwezige bestuurders, commissarissen, accountant, adviseurs en logistieke ondersteuning. Ook moet worden stilgestaan bij veiligheidsrisico's bij een gewone of hybride AV versus een virtuele vergadering, waaronder integriteit van de stemmingen, het risico dat kwaadwillenden de AV proberen te verstoren, datalekken en andere problemen die aan een goed verlopen AV in de weg kunnen staan. Bij die afwegingen zal blijken dat iedere wijze van vergaderen voor- en nadelen heeft die mede afhankelijk zijn van de situatie van de vennootschap in kwestie. Er bestaat om die reden dan ook niet een wijze van vergaderen die onder de huidige omstandigheden als ideaalvorm geldt. Zoals wel vaker hangt het af van de omstandigheden en het bestuur moet op basis daarvan een keuze maken.

4. Uitstel van de AV

Art. 2:108 lid 2 BW schrijft voor dat de NV ieder jaar ten minste één AV houdt. Deze AV dient binnen zes maanden na het einde van het boekjaar gehouden te worden, tenzij de statuten een kortere termijn voorschrijven. Art. 9 staat toe dat het bestuur de termijn van zes maanden, of de kortere statutaire termijn, met ten hoogste vier maanden verlengt. Veel beursgenoteerde NV's hebben nu al hun AV uitgesteld tot eind juni. 29 en 30 juni beloven drukke dagen te worden voor het beleggend publiek. Voor de BV geldt dat tenminste één AV per jaar moet worden gehouden. Deze verplichting blijft onder de Spoedwet ongewijzigd.

Of uitstel van de AV bezwaarlijk is, zal vooral afhangen van de noodzaak van de onderwerpen die gepland waren voor een AV binnen de normale termijn. Indien vacatures moeten worden vervuld of de vennootschap een dividend wil betalen, kan uitstel bijvoorbeeld niet wenselijk zijn.⁵² Het niet kunnen betalen van een dividend op basis van een vastgestelde jaarrekening kan mogelijk ondervangen worden met de uitkering van een interim-dividend, maar niet alle vennootschappen kennen daarvoor bepalingen in hun statuten of de statuten bevatten geen bepalingen die aansluiten bij een nu mogelijk wenselijk interim stockdividend. Uitstel van de AV betekent ook dat de jaarrekening niet binnen zes maanden kan worden vastgesteld. De mogelijke gevolgen daarvan bespreken we hierna.

5. Uitstel opmaken jaarrekening. Beperking gevolgen verzuim tot openbaarmaking

De Spoedwet biedt het bestuur de mogelijkheid de termijn voor het opmaken van een jaarrekening te verlengen.⁵³

⁵² Eventueel kan invulling van de posities via de belet- en ontstentenis regeling een oplossing bieden; zie daarover de bijdrage van P. de Vries en M. van Uchelen in dit themanummer.

⁵³ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van jaarrekeningaspecten rondom het coronavirus de bijdrage van Hans Beckman in dit themanummer.

Voor de vereniging kan de normale termijn van zes maanden na het boekjaar worden verlengd met ten hoogste vier maanden.⁵⁴ Voor de NV en de BV is de verlenging ten hoogste vijf maanden.⁵⁵ Bij de stichting is de termijn ten hoogste vier maanden.⁵⁶ Indien de vennootschap aan een effectenbeurs in de Europese Unie genoteerd is, geldt onverminderd dat de jaarrekening binnen vier maanden moet worden opgemaakt en aan de AFM moeten worden gestuurd.⁵⁷

Het verlengen van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening zal betekenen dat de jaarrekening op een later moment zal moeten worden vastgesteld. Die latere vaststelling zal kunnen plaatsvinden op een overeenkomstig de Spoedwet uitgestelde AV, maar vaststelling kan ook op een bijzondere AV. Bij het verlengen van de termijn voor het opmaken van de jaarrekening kunnen bijzondere aandachtspunten spelen, waarvan wij er een aantal noemen. In veel financieringsdocumentatie is een voorwaarde opgenomen dat een opgestelde of vastgestelde jaarrekening binnen een aantal maanden na afloop van een boekjaar aan de financier moet worden verstrekt en dat overtreding van die bepaling tot opeisbaarheid van de financiering kan leiden.⁵⁸ Een ander aspect is dat bij het later opmaken van de jaarrekening er noodzakelijkerwijs een langere periode ligt tussen het einde van het boekjaar en het opmaken van de jaarrekening. Dit kan zeker onder de huidige omstandigheden vragen oproepen rondom mededelingen omtrent de continuïteit van de vennootschap en over de impact van belangrijke gebeurtenissen na de balansdatum op de waardering van de activa en passiva.⁵⁹

In art. 8 laatste zin is bepaald dat als het bestuur de termijn voor het opstellen van de jaarrekening verlengt, dit bij een NV niet in de weg staat aan de inkoop van aandelen.⁶⁰ Art. 2:98 lid 3 BW laatste zin is dan niet van toepassing. Deze bepaling staat inkoop van aandelen niet toe als meer dan zes maanden zijn verstreken zonder dat de jaarrekening is vastgesteld. De Spoedwet verduidelijkt niet voor welke periode de laatste zin van art. 2:98 lid 3 BW buiten toepassing blijft. Het lijkt verdedigbaar dat de bepaling buiten toepassing blijft gedurende de uitstelperiode. Wordt 2:98 lid 3 BW laatste zin weer van toepassing zodra de jaarrekening is opgemaakt? Als dat niet het geval

⁵⁴ Art. 7.

⁵⁵ Art. 8/16.

⁵⁶ Art. 23.

⁵⁷ De toelichting vermeldt dat de termijn van Art. 5:25c Wft niet wordt verlengd. De vier maanden termijn volgt ook uit. 2:101 lid 1 BW. De ESMA heeft Europese toezichthouders aanbevolen de regels minder strikt te hanteren wanneer de vertraging is veroorzaakt door het coronavirus, zie voor meer details 'Actions to mitigate the impact of COVID-19 on the EU financial markets regarding publication deadlines under the Transparency Directive' (ESMA 31-67742).

⁵⁸ Voor de jaarrekening zien wij als standaard dat binnen 120 tot 150 dagen "audited and consolidated financial statements" en binnen 60 tot 90 dagen kwartaal en halfjaarcijfers moeten worden aangeleverd.

⁵⁹ Zie art. 2:362, lid 6 en 2:380a BW. Hierover meer uitgebreid *RJ* 2019/160 en H. Beckman, *Compendium voor de jaarrekening*, 3.2.5.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35434, nr. 3, p. 9

is, kan dan ook tot uitstel worden besloten terwijl de jaarrekening al is opgemaakt, alleen om inkoop mogelijk te maken tot het moment dat de jaarrekening wordt vastgesteld? Nu overtreding van art. 2:98 BW in een nietige inkoop resulteert en de regeling vragen oproept, verwachten wij dat NV's zullen aarzelen om op de regeling te vertrouwen.

Een regeling dat inkoop mogelijk blijft als de vennootschap de AV uitstelt met toepassing van art. 9 had mogelijk tot meer bevredigende uitkomsten geleid. Nu kunnen NV's die de jaarrekening hebben opgemaakt en een goed inzicht hebben in hun financiële positie, maar om een bijdrage te leveren aan het tegengaan van de verspreiding van het coronavirus hun AV hebben uitgesteld niet langer aandelen inkopen, terwijl NV's die niet in staat zijn de jaarrekening op te maken dat wel kunnen blijven doen. Bovendien biedt de regeling geen oplossing voor vennootschappen met een notering aan een effectenbeurs in de Europese Unie. Zij kunnen de termijn voor het opmaken van de jaarrekening immers niet uitstellen.

De Spoedwet biedt een mitigerende regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 of art. 2:394 BW heeft het bij wet zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt daarnaast vermoed dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak was voor het faillissement.⁶¹ De Spoedwet bepaalt dat een verzuim tot openbaarmaking van de jaarrekening die betrekking heeft op het meest recent afgesloten boekjaar niet in aanmerking wordt genomen indien het verzuim te wijten is aan de gevolgen van de uitbraak van COVID-19.⁶² Een te late deponering leidt dan op zichzelf niet tot de conclusie van onbehoorlijk bestuur en er is geen wettelijk vermoeden als hiervoor bedoeld.⁶³ In de Nota naar aanleiding van het verslag noemt de minister als voorbeeld voor een niet verwijtbaar verzuim de situatie dat een bestuurder lijdt aan COVID-19 en daarom de jaarrekening niet heeft kunnen opstellen.⁶⁴ Het is echter ook denkbaar dat het opstellen van de jaarrekening vertraging oploopt vanwege de wereldwijd afgekondigde maatregelen om verdere verspreiding van het coronavirus te voorkomen.⁶⁵

Wij nemen aan dat via de diverse schakelbepalingen in Boek 2 BW de mitigerende werking ook geldt voor de (ondernemende) vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de (ondernemende) stichting.⁶⁶

⁶¹ Zie art. 2:138/248 lid 2 BW en art. 15/22.

⁶² Volledigheidshalve merken wij op dat de Spoedwet de verplichtingen van het bestuur op grond van art. 2:394 BW onverlet laat. Het niet voldoen aan art. 2:394 BW lid 3 vormt ook na inwerkingtreding van de Spoedwet een economisch delict onder de Wet Economische Delicten.

⁶³ Schending van art. 2:10 BW blijft onverminderd aanleiding voor onbehoorlijk bestuur.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35434, nr. 6, p. 17.

⁶⁵ Zie in dit kader ook voornoemde publicatie van de ESMA.

⁶⁶ Zie de art. 2:50a, 2:53a en 2:300a BW.

De Spoedwet bepaalt dit niet expliciet, maar dat geldt ook voor andere schakelbepalingen zoals art. 2:53a BW. De wetsgeschiedenis laat er echter geen onduidelijk over bestaan dat ook een coöperatie een AV kan houden zonder vergadergerechtigden daartoe fysieke toegang te verlenen.

De regeling in de Spoedwet bepaalt dat een verzuim van de verplichting uit art. 2:394 BW tot openbaarmaking van de jaarrekening die betrekking heeft "op het meest recent afgesloten boekjaar" niet in aanmerking wordt genomen. Art. 2:394 BW verplicht tot openbaarmaking van de jaarrekening binnen twaalf maanden na het einde van het boekjaar. Ten aanzien van boekjaar 2019, ontstaat het verzuim dus met ingang van 2021. Op dat moment is 2020 het laatst afgesloten boekjaar waarover een jaarrekening gepubliceerd moet worden. Dat zou betekenen dat een verzuim tot het openbaar maken van de jaarrekening over 2019 in die situatie nog wel tot onbehoorlijke taakvervulling zou leiden. Het zou ook betekenen dat de regeling van de Spoedwet feitelijk het aansprakelijkheidsrisico niet beperkt. Wij menen daarom dat het voorschrift zo moet worden gelezen dat het bestuur voor elke verslaggevingsperiode maximaal één boekjaar in verzuim mag zijn. Van onbehoorlijk bestuur is dan sprake wanneer de jaarrekening over 2019 niet voor 2022 openbaar is gemaakt.

De memorie van toelichting bij de Spoedwet verwijst op diverse plaatsen naar vertraging in de deponering omdat de jaarrekening niet kan worden vastgesteld of omdat geen accountantsverklaring kan worden verkregen. De wetsgeschiedenis kan daarmee indruk wekken dat een wettelijke verplichting bestaat binnen een bepaalde termijn een vastgestelde jaarrekening te deponeren. Die verplichting is er niet. Aan de openbaarmakingsplicht kan worden voldaan door deponering van de opgemaakte, maar niet vastgestelde jaarrekening.⁶⁷

6. Slot

De Spoedwet is voortvarend ter hand genomen. Het ontwerp werd bekend op 8 april en is op 16 april aangenomen door de Tweede Kamer, de datum waarop wij de kopij afsluiten. Naar verwachting zal de Eerste Kamer de Spoedwet op 21 april accorderen, waarna de Spoedwet in werking kan treden.

De Spoedwet vervalt op 1 september 2020, maar kan telkens met een periode van maximaal twee maanden worden verlengd bij Koninklijk Besluit.⁶⁸ Wij hopen dat die verlenging niet nodig zal zijn en de noodzaak voor de Spoedwet snel zal wegvallen.

⁶⁷ Art. 2:394 lid 2 en lid 3 BW.

⁶⁸ Voor sommige bepalingen uit de Spoedwet geldt een andere regeling, zie art. 35.