

Ismet Öncü¹
Montessorilaan 10
6525 HR Nijmegen

Datum: Nijmegen, vrijdag 3 februari 2023

Betreft: Consultatie Wet digitale algemene vergadering privaatrechtelijke rechtspersonen

Inhoudsopgave

1	Inleiding	3
2	Grote aandachtspunten	3
2.1	Inspanningsverplichting: algemeen	3
2.2	Inspanningsverplichting: vereniging	4
2.3	Aantasting.....	5
2.4	Verbinding.....	6
2.5	Quorum	7
2.6	Storing	7
2.7	Risicosfeer	8
3	Middelgrote aandachtspunten	8
3.1	Identificatie.....	8
3.2	Digitale stem	12
3.3	Ontvangstbevestiging	8
3.4	Voorafgaand stemmen	9
4	Kleine aandachtspunten	12
4.1	Voorwaarden	12

¹ Promovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
Onderzoek: De digitale algemene vergadering binnen kapitaalvennootschappen.

4.2	Communicatiemiddel	13
4.3	Technische gebreken	13
4.4	Terminologie	14
4.5	Efficiëntie virtueel vergaderen	14
4.6	Voorzitter	14
4.7	Tekst art. 2:117a/227a BW	11
4.8	Toegang vergadering vereniging.....	11
4.9	Voorwaarden vereniging.....	12
4.10	Heling oproepingsgebreken.....	15
4.11	Plaats vergadering: bepalingen Wet financieel toezicht.....	15
4.12	Plaats vergadering: modernisering NV-recht	15
4.13	Rechten leden en aandeelhouders.....	16

1 Inleiding

Geachte heer Weerwind,

- 1.1 Graag maak ik op persoonlijke titel van de gelegenheid gebruik te reageren op de consultatie voor de Wet digitale algemene vergadering privaatrechtelijke rechtspersonen d.d. woensdag 7 december 2022.
- 1.2 Ik doe dit aan de hand van aandachtspunten waarbij ik een prioriteitsindeling hanteer van groot (paragraaf 2), middelgroot (paragraaf 3) en klein (paragraaf 4). De aandachtspunten zien op zowel het ambtelijk voorontwerp tot voorstel van wet alsmede de memorie van toelichting. Voor de leesbaarheid zijn de passages geciteerd waar de aandachtspunten op zien.
- 1.3 Alvorens met de reactie aan te vangen, wil ik de deugdelijkheid van het voorliggende voorontwerp en de memorie van toelichting benadrukken. Het is een fraai stuk geworden waar naar mijn mening op diverse vlakken de juiste keuzes zijn gemaakt. De hernieuwde hybride en met name de virtuele algemene vergadering zijn bovendien nuttige toevoegingen waar de praktijk mee uit de voeten kan. Het is voor nu slechts zaak een aantal punten correct uit te werken.

2 Grote aandachtspunten

2.1 Inspanningsverplichting: algemeen

2.1.1 Op pagina 16 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Het gaat hier, ook naar huidig recht, om een inspanningsverplichting. Dit betekent onder meer dat de rechtspersoon moet zorgen voor een adequate communicatieverbinding van zijn zijde en de door de rechtspersoon gebruikte software [onderstreping IÖ] geschikt moet zijn voor het houden van een digitale vergadering voor het aantal verwachte deelnemers.”

2.1.2 Ik merk op dat in de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen de volgende over dit onderwerp is geschreven:

“In het algemeen kan worden aangenomen dat aan het vereiste van een redelijke inspanning is voldaan wanneer de vennootschap ten behoeve van het aanbieden van moderne communicatietechnieken aan aandeelhouders gebruik maakt van een professionele partij [onderstreping IÖ], die elektronische stem- en vergaderfaciliteiten aanbiedt, welke geschikt zijn voor het langs elektronische weg deelnemen aan de algemene vergadering.”²

2.1.3 Ik zou willen vragen waarom de bovenstaande passage of een passage van soortgelijke strekking niet terugkeert in de voorliggende Memorie van Toelichting. Dit wekt verwarring. Is met het achterwege laten van de mogelijkheid dan wel de plicht een professionele partij in te schakelen, beoogt tot uitdrukking te brengen dat dit onder het voorliggende wetsvoorstel niet meer nodig is?³ Als dat het geval is, zou ik die benadering willen afwijzen. Het is namelijk, met name bij beursvennootschappen, staande praktijk dat een professionele partij wordt

² *Kamerstukken II* 2005/06, 30 019, nr. 7, p. 5. Zie tevens paragraaf 6.10.2.

³ Wordt bovendien beoogd tot uitdrukking te brengen dat als een rechtspersoon een professionele partij heeft ingeschakeld hij niet zonder meer aan de inspanningsverplichting heeft voldaan?

ingeschakeld om de hybride of virtuele algemene vergadering in goede banen te leiden.⁴ Dit gaf de praktijk zekerheid dat zij aan haar inspanningsverplichting had voldaan.⁵ Het ongedefinieerd dan wel oningevuld laten van de inspanningsverplichting in de voorliggende Memorie van Toelichting zal leiden tot de nodige onzekerheid omdat rechtspersonen niet precies weten wat zij ter naleving van deze verplichting moeten doen. De eis dat zij “alle maatregelen moeten treffen die redelijkerwijs gevegd kunnen worden om te voorkomen dat communicatieverbindingen tijdens de vergadering haperen of wegvallen” is onvoldoende precies.⁶ Ik zou daarom voor willen stellen aansluiting te zoeken bij de passages uit de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen omtrent de inschakeling van een professionele partij en in de voorliggende Memorie van Toelichting op te nemen dat de rechtspersoon ter naleving van de inspanningsverplichting een professionele partij dient in te schakelen.

2.2 Inspanningsverplichting: vereniging

2.2.1 Op pagina 25 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Gaat het om een grote(re) vereniging waar niet iedereen elkaar kent, dan is denkbaar dat een lid eerst inlogt in een soort digitale lobby, alwaar het lid wordt geïdentificeerd met een ledenpas of een identiteitskaart en vervolgens wordt toegelaten tot de vergadering.”

2.2.2 Ik zou in dit kader willen vragen of het de vereniging vrij staat zelfstandig een virtuele dan wel hybride algemene vergadering te organiseren. Of moet een vereniging – als alternatief – gebruikmaken van de diensten van een professionele partij (ter vervulling van de op haar rustende zorgplicht)?⁷ De eerste optie zou passen bij de laagdrempeligheid van de vereniging en zou bovendien in de kosten sparen. De inspanningsverplichting, zoals geformuleerd in de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen geldt echter in algemene zin, dus ten aanzien van alle rechtspersonen die hybride vergaderen.⁸ Indien ook verenigingen een professionele partij moeten inschakelen, dan zou die partij zorg kunnen dragen voor - onder meer - de identificatie van de leden en andere vergadergerechtigden, het ordentelijke verloop van de vergadering en de te treffen maatregelen in geval van storingen.

2.2.3 Gezien het persoonsgebonden karakter van de vereniging en het in de voorliggende Memorie van Toelichting uiteengezette streven verenigingen niet met te veel kosten te confronteren,⁹ stel ik voor in de Memorie van Toelichting een passage op te nemen dat verenigingen gebruik *kunnen* maken van de diensten van een professionele partij. Hieraan zou – ter nadere explicitering – toegevoegd kunnen worden dat verenigingen – ter naleving van de inspanningsverplichting – *niet verplicht* zijn een professionele partij in te schakelen.

⁴ Ik ben mij ervan bewust dat dit waarschijnlijk niet het geval zal zijn bij kleinschalige verenigingen en BV's.

⁵ Zie het citaat in par. 2.1.2.

⁶ Memorie van toelichting, p. 15.

⁷ Paragraaf 2.1

⁸ De Wet elektronische communicatiemiddelen faciliteert een virtuele vergadering niet. Om die reden heb ik het hier niet genoemd.

⁹ Memorie van toelichting, p. 12.

2.3 Aantasting

2.3.1 Op pagina 16-17 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Een besluit kan door de rechter worden vernietigd in een aantal in artikel 2:15 lid 1 BW opgesomde gevallen, bijvoorbeeld bij een schending van wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (lid 1 onderdeel a). Van een dergelijk totstandkomingsgebrek is ook sprake wanneer het besluit is genomen in een digitale of hybride algemene vergadering waarbij leden c.q. aandeelhouders niet in de gelegenheid zijn gesteld om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel aan de beraadslaging deel te nemen of het stemrecht uit te oefenen dan wel zij deze rechten niet hebben kunnen uitoefenen vanwege een aan de rechtspersoon toe te rekenen technische storing in de verbinding.”

2.3.2 Ik acht het allereerst een juiste keuze aan te sluiten bij art. 2:15 lid 1 sub a BW i.p.v. sub b, zoals is gedaan in de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen.¹⁰ Het gaat bij technisch falen namelijk om totstandkomingsgebreken (art. 2:15 lid 1 sub a BW) en in principe niet om strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 sub b BW).

2.3.3 Bij de laatste zin van het voorgaande citaat zou ik wel een kanttekening willen plaatsen. Ik lees hier namelijk dat zowel schending van het vergader- als stemrecht aanleiding kan geven tot een vernietigingsactie. Voor schending van het stemrecht geldt de regel uit Hoge Raad Curaçaose Chinese Club. In de woorden van de annotator Scholten: als vermijding van een bij het tot stand komen van een besluit van een rechtspersoon gemaakte fout geen verschil gemaakt zou hebben in de uitslag, is er geen reden tot nietigverklaring (thans: vernietiging) van het besluit.¹¹ Deze eis kleurt het vereiste redelijk belang (art. 2:15 lid 3 onder a BW).

2.3.4 Ik vraag mij af hoe de eis van het redelijke belang uitwerkt bij schending van het vergaderrecht. Aangenomen wordt dat schending van het vergaderrecht een totstandkomingsgebrek in de besluitvorming oplevert. De gevolgen kunnen echter verstrekkend zijn. Denk aan het geval dat binnen de hybride of virtuele algemene vergadering van een beursvennootschap de verbinding van enkele aandeelhouders wegvalt maar waarbij het overgrote merendeel wel correct heeft kunnen stemmen. Is het vereiste redelijke belang wegens schending van het vergaderrecht dan ook aanwezig? Kunnen aandeelhouders, anders gezegd, de tot stand gekomen besluitvorming vernietigen? Ik acht het bezwaarlijk deze vragen bevestigend te beantwoorden.

2.3.5 Om die reden stel ik voor in de Memorie van Toelichting uiteen te zetten dat de regel uit Hoge Raad Curaçaose Chinese Club in beginsel niet geldt bij schending van het vergaderrecht. Onder uitzonderlijke (lees: kwaadwillende) omstandigheden zou de regel kunnen worden toegepast. Denk in dat geval aan de situatie dat een aandeelhouder of diens vergaderechtigde zonder reden of sterker nog: kwaadwillend uit het digitale deel van de hybride of uit de virtuele vergadering wordt gezet. Onder dergelijke omstandigheden zou

¹⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 019, nr. C, p. 4.

¹¹ HR 6 juni 1969, *NJ* 1969, 317.

aangenomen kunnen worden dat een redelijk belang bij vernietiging wegens schending van het vergaderrecht aanwezig is hetgeen aanleiding kan geven voor een vernietigingsactie.

2.4 Verbinding

2.4.1 Op pagina 17 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Daarnaast kan een door de algemene vergadering genomen besluit onder omstandigheden vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 BW. Een besluit kan door de rechter worden vernietigd in een aantal in artikel 2:15 lid 1 BW opgesomde gevallen, bijvoorbeeld bij een schending van wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (lid 1 onderdeel a). Van een dergelijk totstandkomingsgebrek is ook sprake wanneer het besluit is genomen in een digitale of hybride algemene vergadering waarbij leden c.q. aandeelhouders niet in de gelegenheid zijn gesteld om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel aan de beraadslaging deel te nemen of het stemrecht uit te oefenen dan wel zij deze rechten niet hebben kunnen uitoefenen vanwege een aan de rechtspersoon toe te rekenen technische storing in de verbinding. Denk aan het uitvallen van de server van de rechtspersoon (of de server van de door de rechtspersoon ingeschakelde dienstverlener) waardoor de videoverbinding wegvalt.”

2.4.2 In de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen staat in dit kader het volgende:

“Onder bijzondere omstandigheden, waarbij er sprake is van een ernstige mate van nalatigheid [onderstreping IÖ] bij de inspanningsverplichtingen voor het voorkomen van het wegvallen van de elektronische verbinding, kunnen de redelijkheid en billijkheid verlangen dat een totstandgekomen besluit vernietigbaar is.”¹²

2.4.3 Ik zou willen vragen of de eis van een ernstige mate van nalatigheid onder het voorliggende voorstel ook geldt. Ik lees het niet terug in de concept Memorie van Toelichting. Ik acht het raadzaam omtrent dit punt duidelijkheid te bieden, temeer nu er twee van elkaar afwijkende toelichtingen zijn, zoals hierboven geciteerd.

2.4.4 Indien het streven is dat rechtspersonen “alle maatregelen (...) treffen die redelijkerwijs gevergd kunnen worden om te voorkomen dat communicatieverbindingen tijdens de vergadering haperen of wegvallen”¹³ dan zie ik niet in waarom additioneel sprake zou moeten zijn van “een ernstige mate van nalatigheid bij de inspanningsverplichtingen”.¹⁴ Ik stel voor in de voorliggende Memorie van Toelichting te expliciteren dat de eis van “een ernstige mate van nalatigheid” niet (meer) geldt om tot aantasting van besluitvorming te kunnen komen. De rechtspersoon moet alle maatregelen treffen om storingen te voorkomen. Indien dat niet (afdoende) is gedaan, dan kan dat aanleiding voor een vernietigingsactie opleveren.

¹² *Kamerstukken I* 2005/06, 30 019, nr. C, p. 4-5.

¹³ Memorie van toelichting, p. 15-16.

¹⁴ *Kamerstukken I* 2005/06, 30 019, nr. C, p. 4-5.

2.5 Quorum

2.5.1 Op pagina 15 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien het quorum bij de opening van de digitale vergadering wordt vastgesteld en een lid of aandeelhouder de vergadering daarna verlaat – al dan niet omdat zijn verbinding is verbroken – zal dit doorgaans geen effect hebben op het quorum. Indien de aandeelhouder na opening van de vergadering inlogt, zal deze niet meetellen voor het quorum. Dit is niet anders bij een fysieke vergadering, wanneer een aandeelhouder te laat binnenkomt of vroegtijdig de vergadering verlaat.”

2.5.2 Ik zou willen vragen hoe het voorgaande uitwerkt in het geval waarin de verbinding wegvalt door een fout vanaf de zijde van de rechtspersoon. In par. 3.2.4 van de Memorie van Toelichting wordt vermeld dat de voorzitter in dat geval de vergadering kan schorsen. Betekent dit dat na heropening van de vergadering het quorum opnieuw moet worden vastgesteld? Wat is bovendien rechtens indien de vergadering niet wordt geschorst? Deze vragen rijzen omdat de bovenstaande passage op het idee is gestoeld dat de aandeelhouder zelfstandig de vergadering verlaat “al dan niet omdat zijn verbinding is verbroken”. In het midden blijft door wiens fout de verbinding wordt verbroken: de rechtspersoon of de aandeelhouder? De voorliggende Memorie van Toelichting is bovendien nog steeds gestoeld op het idee van een risicoverdeling.¹⁵ Risico's aan de zijde van leden en aandeelhouders komen voor eigen rekening. Maar hoe werkt het quorum, zoals in de aangehaalde passage uiteengezet, indien een tijdelijk verbroken verbinding te wijten is aan de rechtspersoon, de rechtspersoon niet een aanwezigheidsquorum hanteert maar een quorum dat per stempunt vastgesteld dient te worden en de voorzitter niet besluit de vergadering te schorsen? Ik zou in dat geval menen dat de aandeelhouders wiens verbinding tijdelijk is weggefallen nog steeds mee blijven tellen voor de vaststelling van het quorum. Aan de hand van de presentielijst kan achterhaald worden hoeveel aandelen de aandeelhouders houden en welk deel van het geplaatste kapitaal zij vertegenwoordigen. Dit acht ik de meest wenselijke methode.

2.6 Storing

2.6.1 Op pagina 16-17 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Een besluit kan door de rechter worden vernietigd in een aantal in artikel 2:15 lid 1 BW opgesomde gevallen, bijvoorbeeld bij een schending van wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (lid 1 onderdeel a). Van een dergelijk totstandkomingsgebrek is ook sprake wanneer het besluit is genomen in een digitale of hybride algemene vergadering waarbij leden c.q. aandeelhouders niet in de gelegenheid zijn gesteld om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel aan de beraadslaging deel te nemen of het stemrecht uit te oefenen dan wel zij deze rechten niet hebben kunnen uitoefenen vanwege een aan de rechtspersoon toe te rekenen technische storing in de verbinding.”

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Memorie van Toelichting, p. 17: “Denk aan het uitvallen van de server van de rechtspersoon (of de server van de door de rechtspersoon ingeschakelde dienstverlener) waardoor de videoverbinding wegvalt. Indien de technische storing niet in de risicosfeer ligt van de rechtspersoon, maar in die van het lid of de aandeelhouder, dan is het besluit niet vernietigbaar.”

2.6.2 In het voorgaande citaat wordt gesproken over “een aan de rechtspersoon toe te rekenen technische storing”. Ik zou willen vragen hoe dit dient te worden vastgesteld. Moet er (tijdens de algemene vergadering) een onderzoek komen naar de oorzaak van het technische gebrek? Wie voert dit onderzoek uit? De vennootschap, de aandeelhouder, de ingeschakelde professionele partij? Het antwoord op deze vragen ligt naar mijn mening in de laatstgenoemde partij. Zij is het best geëquipeerd te achterhalen waar het technische gebrek is gelegen. De verantwoordelijkheid voor een dergelijk onderzoek ligt uiteindelijk bij de rechtspersoon.

2.7 Risicosfeer

2.7.1 Op pagina 17 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien de technische storing niet in de risicosfeer ligt van de rechtspersoon, maar in die van het lid of de aandeelhouder, dan is het besluit niet vernietigbaar.”

2.7.2 Ik zou hier wederom de zojuist gestelde vraag willen herhalen: hoe dient vastgesteld te worden of de technische storing in de risicosfeer van de rechtspersoon dan wel in dat van de aandeelhouder ligt?¹⁶ Ik benadruk mijn voorstel de verantwoordelijkheid hiervoor bij de rechtspersoon en de door haar ingeschakelde professionele partij neer te leggen. Ik stel om die reden voor een daartoe strekkende passage in de Memorie van Toelichting op te nemen.

3 **Middelgrote aandachtspunten**

3.1 Identificatie

3.1.1 Op pagina 14 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Net als bij een fysieke vergadering, moeten leden en aandeelhouders die langs elektronische weg deelnemen aan de vergadering kunnen worden geïdentificeerd om te kunnen controleren dat de vergadering wordt bijgewoond en het stemrecht wordt uitgeoefend door iemand die daartoe bevoegd is.”

3.1.2 Ik wijs in deze context op het verschil tussen identificatie (zeggen wie je bent) en authenticatie (bewijzen wie je bent).¹⁷ Dergelijke cyber security-onderwerpen zouden besproken moeten worden in de Memorie van Toelichting.¹⁸ Dit kan gedaan worden door in de context van het voorgestelde art. 2:38 lid 9, 117a/227a lid 3 BW te bespreken dat onder de identificatie van leden tevens diens authenticatie wordt verstaan. Geëxpliciteerd kan worden dat waar art. 2:38 lid 7, 117a/227a lid 2 BW spreken over de uitoefening van het stemrecht, kennisname van de verhandelingen en deelname aan de beraadslagingen hieronder de integere uitoefening van deze rechten wordt verstaan. Dit brengt tot uitdrukking dat deze rechten door de daartoe bevoegde leden en aandeelhouders worden uitgeoefend.

3.2 Ontvangstbevestiging

3.2.1 Op pagina 16-17 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

¹⁶ Paragraaf 3.3.

¹⁷ Nader: Jacobs, OO&R 2017, nr. 100, p. 239-243.

¹⁸ Over deze onderwerpen: I. Öncü e.a., in: P.T.J. Wolters, e.a., Digitalisering en conflictoplossing (Onderneming en recht nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

“Een besluit kan door de rechter worden vernietigd in een aantal in artikel 2:15 lid 1 BW opgesomde gevallen, bijvoorbeeld bij een schending van wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen (lid 1 onderdeel a). Van een dergelijk totstandkomingsgebrek is ook sprake wanneer het besluit is genomen in een digitale of hybride algemene vergadering waarbij leden c.q. aandeelhouders niet in de gelegenheid zijn gesteld om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel aan de beraadslaging deel te nemen of het stemrecht uit te oefenen dan wel zij deze rechten niet hebben kunnen uitoefenen vanwege een aan de rechtspersoon toe te rekenen technische storing in de verbinding.”

3.2.2 In dit citaat wordt gesproken over “niet in de gelegenheid zijn gesteld om via een tweezijdig elektronisch communicatiemiddel aan de beraadslaging deel te nemen of het stemrecht uit te oefenen”. Ik zou willen vragen of het feit dat geen ontvangstbevestiging (art. 2:117c BW) is verstuurd grond zou opleveren aan te nemen dat de stem niet is uitgebracht. In beginsel mag worden aangenomen dat de stem (correct) is verwerkt indien een aandeelhouder of diens gevolmachtigde een ontvangstbevestiging heeft gekregen. Ik zou in dit kader het idee willen aandragen dat bij achterwege blijven van een ontvangstbevestiging de rechtspersoon of de ingeschakelde professionele partij dient te achterhalen of de stem correct is doorgevoerd. Het oordeel van de voorzitter omtrent de stemmingsuitslag vormt enigszins een stok achter de deur indien de aandeelhouder aan de hand daarvan zou kunnen achterhalen of zijn stem correct is verwerkt.¹⁹

3.2.3 In dit kader zou ik tevens voor willen stellen de ontvangst- (art. 2:117b BW) en stembevestiging (art. 2:120 lid 6 BW) voor alle rechtspersonen te laten gelden die hybride dan wel virtueel vergaderen. De ontvangstbevestiging geldt thans enkel voor de NV en beursgenoteerde BV. De stembevestiging geldt voor beursgenoteerde NV's en BV's. De wortels van zowel de ontvangst- als stembevestiging zijn gelegen in de gewijzigde Aandeelhoudersrichtlijn. Om die reden zijn zij niet van toepassing verklaard op andere rechtspersonen. Omwille van een goed verloop van de vergadering en de correcte telling en registratie van de stemmen acht ik het raadzaam de ontvangst- en stembevestiging rechtspersoon-breed voor te schrijven. Het is thans niet te rechtvaardigen waarom alleen NV's en beurs-BV's een ontvangstbevestiging dienen te versturen en enkel beursvennootschappen een stembevestiging.

3.2.4 Ik erken wel dat voor de vereniging, vanwege het laagdrempelige karakter van deze rechtsvorm, een uitzondering dien te worden gemaakt.

3.3 Voorafgaand stemmen

3.3.1 Op pagina 25 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om vóór de vergadering al te stemmen, zal vanzelfsprekend voor dat betrokken lid geen mogelijkheid bestaan om alsnog het stemrecht uit te brengen. Dat doet geen afbreuk aan het recht van het lid om alsnog de vergadering bij te wonen.”

¹⁹ Dit zal met name mogelijk zijn in kleinschalige, persoonsgebonden verhoudingen waar slechts een beperkt aantal aandeelhouders stemmen.

- 3.3.2 Ik zou deze passage graag in breder perspectief willen plaatsen. In de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen stelt de minister voorop dat vooraf online stemmen een gerichte rechtshandeling betreft.²⁰ Deze rechtshandeling komt tot stand op het moment waarop de stem de rechtspersoon bereikt. Op grond van art. 2:117b lid 1/227b BW worden voorafgaande digitaal uitgebrachte stemmen gelijkgesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht. Een vooraf online uitgebrachte stem geldt derhalve als uitgebracht “in de vergadering”.²¹ Dit betekent volgens de minister dat met het vooraf online uitbrengen van de stem de uitoefening van het stemrecht op het betreffende aandeel is voltooid. Aandeelhouders die de vergadering online volgen dan wel fysiek bijwonen, kunnen niet meer terugkomen op hun stem. Tussentijdse wijziging en herroeping worden niet mogelijk geacht.
- 3.3.3 Dat laatste heeft tot de nodige kritiek geleid in de literatuur.²² Het was voorheen namelijk de vraag of de faciliteit van art. 2:117b/227b BW tot breed gebruik in de praktijk zou leiden gezien de onmogelijkheid om tussentijds naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen de vooraf uitgebrachte stem te herroepen en te wijzigen. Ervaring leert inmiddels dat deze kritiek gegrond is gebleken. Art. 2:117b/227b BW is in de praktijk weinig van de grond gekomen. Dit komt vermoedelijk door de onmogelijkheid tussentijds de uitgebrachte stem te herroepen en te wijzigen.
- 3.3.4 Ik zou om die reden voor willen stellen het standpunt dat een vooraf uitgebrachte stem niet meer kan worden herroepen te herzien. Bij het standpunt van de minister uit de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen dat de uitoefening van het stemrecht reeds voorafgaand aan de vergadering voltooid is, kunnen kanttekeningen worden geplaatst. Uitoefening van het stemrecht kan namelijk pas na sluiting van de stemming ter vergadering worden voltooid.²³ Het oordeel van de voorzitter is te dienaangaande beslissend.²⁴ Het standpunt van de minister dat met het vooraf online uitbrengen van de stem de uitoefening van het stemrecht op het betreffende aandeel is voltooid, schuurt op dit punt.²⁵ Om deze reden zou ik de minister willen uitnodigen zijn standpunt ten aanzien van de herroepingsmogelijkheden van vooraf uitgebrachte stemmen te herzien. Dit kan worden gedaan door een passage op te nemen in de voorliggende Memorie van Toelichting waarin wordt uitgelegd dat de stemgerechtigde tot de sluiting van de stemming ter vergadering zijn stem online kan herroepen, herzien en wijzigen. Het is in de huidige tijd goed denkbaar dat de rechtspersoon hiervoor een stemplatform opzet dat stemgerechtigden hiertoe in staat stelt. Een dergelijk stemplatform zou onderdeel moeten zijn van de faciliteit inzake voorafgaand stemmen.

²⁰ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 019, nr. 7, p. 8.

²¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 019, nr. 7, p. 8.

²² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/83 en Nowak, *Ondernemingsrecht* 2006/78.

²³ Behoudens gevallen van nietige stemmen (art. 2:13 BW).

²⁴ Art. 2:13 lid 3 BW.

²⁵ Nowak heeft bovendien aangevoerd dat iedere rechtshandeling voor herroeping vatbaar is tenzij de aard van de rechtshandeling zich daartegen verzet. Hij acht het standpunt van de minister dat herroeping niet mogelijk is simpelweg onjuist. Nowak, *Ondernemingsrecht* 2006/78.

3.4 Tekst art. 2:117a/227a BW

- 3.4.1 In het kader van art. 2:117a/227a lid 1 BW zou ik allereerst het voorstel willen onderstrepen dat hybride en virtueel vergaderen een statutaire grondslag vergt. Op deze manier krijgen aandeelhouders het recht hun zienswijze ten aanzien van de vormgeving van de aandeelhoudersvergadering te uiten. De eis van een statutaire grondslag strookt bovendien – in internationaal opzicht – met de Spaanse en Duitse regeling omtrent virtuele algemene vergaderingen.²⁶
- 3.4.2 Ik zou wel een vraag willen stellen over de van elkaar afwijkende formuleringen van art. 2:117a lid 2 en 227a lid 2 BW. In de voorgestelde tekst voor art. 2:117a lid 2 BW staat namelijk dat voor de toepassing van lid 1 vereist is dat de aandeelhouder kan worden geïdentificeerd, het stemrecht kan uitoefenen en via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering alsmede kan deelnemen aan de beraadslaging. De voorgestelde tekst voor art. 2:227a lid 2 BW luidt dat voor de toepassing van lid 1 is vereist dat de aandeelhouder *via het elektronisch communicatiemiddel* kan worden geïdentificeerd, het stemrecht kan uitoefenen en via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering alsmede kan deelnemen aan de beraadslaging. Ik vermoed dat het weglaten van de woorden “via het elektronisch communicatiemiddel” voorafgaand aan “kan worden geïdentificeerd, het stemrecht kan uitoefenen” in art. 2:117a lid 2 BW een omissie betreft. Ik stel voor art. 2:117a/227a lid 2 BW woordelijk met elkaar gelijk te trekken.
- 3.4.3 Ik merk eveneens op dat de woorden “via het elektronisch communicatiemiddel” evenmin in de voorgestelde wettekst voor art. 2:38 lid 7 BW terugkeren. Dit vormt een afwijking van het huidige art. 2:38 lid 7 BW waar is opgenomen dat de stemgerechtigde *via het elektronisch communicatiemiddel* kan worden geïdentificeerd, rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en het stemrecht kan uitoefenen. Ook hier stel ik voor art. 2:38 lid 7 BW te corrigeren en gelijk te stellen met art. 2:227a lid 2 BW.

3.5 Toegang vergadering vereniging

- 3.5.1 Het voorgestelde art. 2:38 lid 7 BW luidt:
- “Voor de toepassing van lid 6 is vereist dat de degene die toegang heeft tot de algemene vergadering kan worden geïdentificeerd, het stemrecht kan uitoefenen en via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering alsmede kan deelnemen aan de beraadslaging.”
- 3.5.2 Ik zou graag willen vragen waarom de woorden “degene die toegang heeft tot de vergadering” in het voorgestelde art. 2:38 lid 7 BW zijn opgenomen. Dergelijke bewoordingen keren niet terug in de voorgestelde wettekst voor art. 2:117a/227a lid 2 BW, welke simpelweg spreken over “de aandeelhouder”. Ik vermoed dat de gedachte achter opname van “degene die toegang heeft tot de vergadering” gelegen is in het feit dat art. 2:38 lid 3 BW de mogelijkheid kent stemrecht toe

²⁶ Artículo 182 bis Código de Derecho de Sociedades respectievelijk § 118a AktG. Wat betreft de Duitse regeling moet opgemerkt worden dat de statutaire grondslag virtueel te vergaderen slechts vijf jaar geldt. Zie § 118a (3) AktG.

te kennen aan anderen dan leden. Dit lees ik echter niet terug in de Memorie van Toelichting.²⁷
Ik stel voor dit punt hiermee aan te vullen.

- 3.5.3 Ik merk tevens op dat niet direct duidelijk is wat wordt bedoeld met “toegang heeft tot”. Is dit juridische toegang in die zin dat de personen vergadergerechtigd moeten zijn of impliceert de voorgestelde wettekst tevens feitelijke toegang? Ik vermoed dat juridische toegang is beoogd. Indien dat het geval is, stel ik voor dit te expliciteren.

3.6 Voorwaarden vereniging

- 3.6.1 Het voorgestelde art. 2:38 lid 9 BW luidt:

“Er kunnen voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel. Indien deze voorwaarden niet bij de statuten zijn gesteld, worden zij bij de oproeping bekend gemaakt.”

- 3.6.2 Ik zou voor willen stellen voor het voorgestelde art. 2:38 lid 9 BW aan te sluiten bij art. 2:227a lid 3 BW: “bij of krachtens de statuten kunnen voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel. Indien deze voorwaarden krachtens de statuten worden gesteld, worden deze bij de oproeping bekend gemaakt.” Dit zorgt voor gelijkloop in de wet.

4 **Kleine aandachtspunten**

4.1 Digitale stem

- 4.1.1 Op pagina 16 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien een deelnemer aan een digitale of hybride vergadering bij het uitbrengen van zijn stem digitale problemen ondervindt en vermoedt dat zijn stem niet is meegeteld in de door de voorzitter uitgesproken uitslag van de stemming, biedt artikel 2:13 lid 4 BW deze onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om in de vergadering aan te sturen op een nieuwe stemming.”

- 4.1.2 Hier zou de vraag op kunnen komen of een vermoeden dat de stem niet is meegeteld reeds voldoende is. Dit acht ik, gelet op wettekst van art. 2:13 lid 4 BW, het geval. Ik stel om die reden voor dit nader in de Memorie van Toelichting te expliciteren.

4.2 Voorwaarden

- 4.2.1 Op pagina 27 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven over art. 2:38 lid 9 BW:

“Het negende lid bevat de mogelijkheid om nadere regels te stellen aan het gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Het wordt aan de vereniging gelaten hoe daartoe wordt overgegaan. Deze voorwaarden kunnen in de statuten zijn opgenomen, in het huishoudelijk reglement of bij besluit van het tot het bijeenroepen van de vergadering bevoegde orgaan. Deze regels (voorwaarden) kunnen zien op de identificatie van de deelnemer en de betrouwbaarheid en veiligheid van de communicatie.”

²⁷ Zie Memorie van Toelichting, p. 5 en 25 waar deze terminologie wordt gebezigd.

4.2.2 Ik zou in dit kader willen vragen hoe de woorden “betrouwbaarheid en veiligheid van de communicatie” moeten worden uitgelegd. Moet hieronder ook de betrouwbaarheid en veiligheid van het stemmen worden begrepen?²⁸ Dat laatste zou ik een wenselijke uitleg achten omdat de beveiligingsvoorwaarden zowel op de uitoefening van het vergader- als stemrecht zouden moeten kunnen zien. Beveiliging van zowel het vergader- als stemrecht draagt bij aan een goed verloop (van het digitale deel) van een hybride en virtuele algemene vergadering. Ik stel voor een passage van dergelijke strekking in de Memorie van Toelichting op te nemen.

4.3 Communicatiemiddel

4.3.1 Op pagina 13 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Het is aan de rechtspersoon zelf om te bepalen welk tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel wordt gebruikt.”

4.3.2 In de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen wordt over het communicatiemiddel het volgende opgemerkt:

“In het algemeen kan worden aangenomen dat aan het vereiste van een redelijke inspanning is voldaan wanneer de vennootschap ten behoeve van het aanbieden van moderne communicatietechnieken aan aandeelhouders gebruik maakt van een professionele partij, die elektronische stem- en vergaderfaciliteiten aanbiedt, welke geschikt zijn voor het langs elektronische weg deelnemen aan de algemene vergadering.”²⁹

4.3.3 Geldt de eis dat het elektronische communicatiemiddel geschikt moet zijn voor het langs elektronische weg deelnemen aan de algemene vergadering ook voor het audiovisuele communicatiemiddel zoals in het voorliggende ambtelijke voorontwerp is voorgesteld? Ik neem aan van wel. Ik stel om die reden voor de aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen in de voorliggende Memorie van Toelichting op te nemen.

4.3.4 Dit gezegd hebbende, acht ik het over het algemeen gesproken een goed idee de voorliggende Memorie van Toelichting naast de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen te leggen en deze op elkaar af te stemmen.

4.4 Technische gebreken

4.4.1 Op pagina 15-16 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“De rechtspersoon die een volledige digitale vergadering houdt of digitale deelname aan de vergadering mogelijk maakt zal alle maatregelen moeten treffen die redelijkerwijs gevergd kunnen worden om te voorkomen dat communicatieverbindingen tijdens de vergadering haperen of wegvallen.”

²⁸ Nader: I. Öncü e.a., in: P.T.J. Wolters, e.a., Digitalisering en conflictoplossing (Onderneming en recht nr. 130), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

²⁹ Kamerstukken II 2005/06, 30 019, nr. 7, p. 5.

4.4.2 In de parlementaire geschiedenis van de Wet elektronische communicatiemiddelen wordt in deze context enkel geschreven over het “wegvallen” van de verbinding.³⁰ Haperen of wegvallen, is een verruiming. Graag zou ik willen vragen deze uitbreiding nader toe te lichten.

4.5 Terminologie

4.5.1 Op pagina 4 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Voor alle duidelijkheid wordt in de toelichting gesproken van “volledig digitale vergadering” wanneer alle deelnemers langs elektronische weg, via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel, deelnemen. In de wet wordt dan gesproken van ‘een vergadering uitsluitend langs elektronische weg’. Van een hybride vergadering wordt gesproken wanneer tenminste één deelnemer op de fysieke plaats van vergadering aan de vergadering deelneemt of kan deelnemen. In de wet wordt dit aangeduid als ‘een vergadering tevens langs elektronische weg’. Bij een fysieke vergadering nemen alle deelnemers fysiek deel, op een fysieke vergaderlocatie.

4.5.2 Bij deze passage zou ik willen vragen wat exact onder “deelnemer” moet worden verstaan. Zijn dit vergadergerechtigde leden, stemgerechtigde niet-leden, afgevaardigden, aandeelhouders, gevolmachtigden en statutair vergadergerechtigden (hetgeen ik de juiste zienswijze acht) of tevens bestuurders, commissarissen en andere personen die vanuit de rechtspersoon bij de algemene vergadering zijn betrokken (welke benadering ik zou willen afwijzen)?

4.6 Efficiëntie virtueel vergaderen

4.6.1 Op pagina 2 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven over de efficiëntie:

“Het houden van een volledig digitale vergadering kan ook een tijd- en kostenbesparing opleveren voor zowel de deelnemers aan de algemene vergadering als de rechtspersoon zelf. Deelnemers sparen reistijd en -kosten uit en rechtspersonen hoeven geen zaal te huren of cateringdiensten af te nemen met het oog op het organiseren van een fysieke bijeenkomst.”

4.6.2 Ik merk op dat de kostenefficiëntie in de bovenstaande passage als een potentieel voordeel (“kan” kostenbesparingen opleveren) is geformuleerd, waarbij dit onvoldoende is geconcretiseerd. Ik ben van mening dat concrete cijfers en/of schattingen een waardevolle toevoeging zijn voor het debat over virtueel en hybride vergaderen. Ik zou om die reden willen vragen of nader inzicht ten aanzien van dit punt zou kunnen worden geboden.

4.7 Voorzitter

4.7.1 Op pagina 16 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien daarvan sprake is – en het niet lijkt te gaan om een verstoring van de internetverbinding van de deelnemer zelf – ligt het in de rede dat de voorzitter de vergadering direct schorst of beëindigt.”

4.7.2 Ik zou willen vragen hoe vastgesteld moet worden dat het “niet lijkt te gaan om een verstoring van de internetverbinding van de deelnemer zelf”. Ik stel voor de plicht en verantwoordelijkheid

³⁰ *Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 8 en Kamerstukken I 2005/06, 30 019, nr. C, p. 4.*

hiervoor bij de rechtspersoon te leggen. De rechtspersoon kan daarbij ondersteund worden door de ingeschakelde professionele partij.

4.8 Heling oproepingsgebreken

4.8.1 Op pagina 29 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Indien een volledige of hybride digitale vergadering wordt gehouden, is de informatie in de oproeping dwingend voorgeschreven. Wordt hier niet aan voldaan, dan kan dit worden aangemerkt als een gebrekkige oproeping. Een op de vergadering genomen besluit kan dan, indien aan de overige wettelijke voorwaarden is voldaan, door de rechter worden vernietigd op grond van artikel 2:15 lid 1, onderdeel a, BW vanwege een schending van wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen.”

4.8.2 In dit kader ontbreekt de helingsmogelijkheid van art. 2:115 lid 1 en 225 BW. De woorden “heeft de oproeping niet plaats gehad” uit deze bepalingen moeten zo worden begrepen dat een gebrekkige oproeping, waarin bepaalde informatie niet (correct) is medegedeeld, er ook onder moet worden verstaan.³¹ Heling is in dat geval mogelijk. Ik stel voor dit in de bovenstaande passage op te nemen.

4.9 Plaats vergadering: bepalingen Wet financieel toezicht

4.9.1 Voor art. 2:116/226 BW wordt de volgende tekst voorgesteld:

“De algemene vergaderingen worden langs elektronische weg gehouden of gehouden in Nederland.”

4.9.2 Ik zou in dit kader voor willen stellen tevens art. 5:25k lid 4, 25ka lid 1 sub a Wft op de voorgestelde wettekst af te stemmen. In deze bepalingen wordt namelijk nog steeds gesproken over de plaats van de algemene vergadering als zijnde een fysieke vergaderplaats.

4.10 Plaats vergadering: modernisering NV-recht

4.10.1 Op pagina 30 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“In artikel 116 (voor de NV) en artikel 226 (voor de BV) wordt voor de voorgeschreven plaats van de vergadering verduidelijkt dat een vergadering van de rechtspersoon ook uitsluitend langs elektronische weg kan worden gehouden.”

4.10.2 In dit kader zou wellicht voorgesorteerd kunnen worden op de moderniseringsplannen voor het NV-recht. In deze plannen is voorgesteld art. 2:116 BW gelijk te trekken met art. 2:226 BW wat betreft de mogelijkheid voor NV's om in het buitenland te vergaderen.³² Indien mogelijk zou het een idee zijn art. 2:116 BW reeds met de Wet digitale algemene vergadering privaatrechtelijke rechtspersonen in de genoemde zin te wijzigen. Dit voorkomt dat art. 2:116 BW tweemaal wordt gewijzigd.

³¹ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-Ilb 2019/36 onder h en i.

³² Zie hiervoor de conceptregeling, p. 4 en de bijbehorende toelichting, p. 26. Te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl/nvenmv>.

4.11 Rechten leden en aandeelhouders

4.11.1 Op pagina 13 van de Memorie van Toelichting is het volgende geschreven:

“Daarom wordt verplicht gesteld dat de leden en aandeelhouders de vergadering rechtstreeks kunnen volgen met beeld en geluid én dat zij met beeld en geluid aan de beraadslaging kunnen deelnemen.”

4.11.2 Ik maak – om op een positieve toon te eindigen – graag van de gelegenheid gebruik dit streven te ondersteunen, welke bovendien in internationaal opzicht aansluit bij de regeling in Duitsland en Spanje.³³

³³ Artículo 182 bis (3) Código de Derecho de Sociedades respectievelijk §118a (7) AktG.