

Vergaderjaar 2004–2005

30 019

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen

Nr. 5

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 6 december 2004 en het nader rapport d.d. 1 maart 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 2 september 2004, no.04 003366, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van moderne communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel beoogt het gebruik van moderne communicatiemiddelen bij de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders van een naamloze vennootschap (hierna: NV) en een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BV) alsmede in de algemene vergadering van een vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij te bevorderen. De Raad onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over het gebruik van elektronische communicatiemiddelen en de functie van de aandeelhoudersvergadering en elektronisch stemmen bij verenigingen. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 2 september 2004, nr. 04 003366, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 december 2004, nr. W03.04 0427/I, bied ik U hierbij aan.

1. Gebruik van elektronische communicatiemiddelen en de functie van de aandeelhoudersvergadering

Het wetsvoorstel beoogt het mogelijk te maken in de statuten van de NV en de BV te bepalen dat iedere aandeelhouder bevoegd is om, in persoon of bij een schriftelijk gevolmachtigde, door middel van een elektronisch communicatiemiddel aan de algemene vergadering deel te nemen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen (voorgestelde artikelen 117a, eerste lid en 227a, eerste lid, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, hierna: BW). Blijkens het tweede lid van de artikelen 117a en 227a is voor de toepassing van het eerste lid vereist dat de aandeelhouder via het elektronisch communicatiemiddel kan worden geïdentificeerd en het stemrecht kan uitoefenen. De statuten kunnen tevens bepalen dat is vereist dat de aandeelhouders via het

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

elektronisch communicatiemiddel rechtstreeks kunnen kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en kunnen deelnemen aan de beraadslaging. Krachtens de voorgestelde artikelen 117b en 227b van Boek 2 BW kunnen de statuten bovendien bepalen dat stemmen die maximaal zeven dagen voorafgaand aan de algemene vergadering via een elektronisch communicatiemiddel worden uitgebracht worden gelijkgesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht. Als gevolg van deze bepaling hebben aandeelhouders de mogelijkheid hun stem uit te brengen zonder dat zij (of hun gevolmachtigden) in persoon aan de algemene vergadering deelnemen. De Raad plaatst daarbij de volgende kanttekeningen:

a. De memorie van toelichting stelt terecht dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet alleen dient voor het uitbrengen van stemmen maar ook tot functie heeft het zijn van een plaats van discussie, verantwoording en besluitvorming, en dat derhalve een fysieke bijeenkomst van belang is.¹ Het is vaste jurisprudentie dat een besluit tot stand dient te komen als «vrucht van onderling overleg»: de tegenstemmende aandeelhouder moet in de gelegenheid zijn gesteld zijn mede-aandeelhouders van zijn afwijkende zienswijze te overtuigen.²

Het onderhavige wetsvoorstel kan ertoe leiden dat de statuten aandeelhouders in de gelegenheid stellen hun stemrecht uit te oefenen voorafgaand aan de vergadering, en dientengevolge zonder kennis te nemen van de verhandelingen ter vergadering en zonder deel te nemen aan de beraadslaging. De uitkomst van de stemming kan daardoor bovendien in feite al vòòr aan de vergadering vaststaan indien een meerderheid vroegtijdig elektronisch stemt. De functie van de algemene vergadering van aandeelhouders als plaats van overleg en discussie kan aldus in het gedrang komen, wanneer het in feite onmogelijk wordt aandeelhouders nadat zij vooraf hun stem hebben uitgebracht te overtuigen op hun initiële standpunt terug te komen. De Raad acht dit een aanmerkelijk bezwaar en vraagt om een fundamentele beschouwing van de rol van de algemene vergadering van aandeelhouders in een situatie waarbij de feitelijke totstandkoming van een besluit door het voorafgaand aan de fysieke vergadering uitbrengen van stemmen verschuift naar de voorfase van de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit kan onder meer problemen opleveren bij het uitoefenen van het recht van amendement. Daarnaast merkt de Raad op dat de keuzevrijheid bij kleinere NV's en BV's een bijzondere rechtvaardiging verdient in het licht van de bescherming van minderheidsaandeelhouders, omdat het voorafgaand stemmen afbreuk doet aan het belang van de fysieke vergadering als plaats van overleg tussen meerderheids- en minderheidsaandeelhouders. De Raad beveelt aan hier een nadere regeling voor te treffen.

b. In de memorie van toelichting³ wordt erop gewezen dat een nadeel van het deelnemen aan een vergadering via een elektronisch communicatiemiddel is dat niet is uitgesloten dat de techniek het op een bepaald moment laat afweten. Vennootschappen hebben een inspanningsverplichting om de maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hen gevergd kunnen worden om te voorkomen dat communicatieverbindingen tijdens de vergadering wegvallen. Wanneer ondanks deze inspanningen de verbinding wegvalt, bijvoorbeeld als gevolg van een storing bij een elektriciteitscentrale, zijn de gevolgen daarvan voor risico van de betreffende aandeelhouder. De Raad is het met het voorgaande eens, maar adviseert onder meer met het oog op de berekening van het quorum en de rechtsgeldigheid van de totstandkoming van besluiten in dergelijke situaties, bij wet te voorzien in een nadere regeling van de juridische consequenties van het niet of onvoldoende functioneren van de techniek.

c. De tweede volzin van het tweede lid van de artikelen 117a en 227a stelt dat bij toepassing van het eerste lid, de statuten kunnen bepalen dat bovendien vereist is dat de aandeelhouders via het elektronisch communicatiemiddel rechtstreeks kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en deelnemen aan de beraadslaging. De Raad merkt op dat het eerste lid al voorziet in het deelnemen aan de vergadering en hiervoor kennisneming van de verhandelingen ter vergadering en deelname aan de beraadslaging vereist is. De Raad beveelt aan deze volzin nader toe te lichten of te herzien.

¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, artikelen 38, 117a, 117b, 227b van Boek 2, tweede alinea.

² Wijsmuller-arrest, Hoge Raad 15 juni 1968, NJ 1969, 101, Janssen Pers, Hoge Raad 10 maart 1995, NJ 1995, 595.

³ Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting, achtste alinea.

1. Gebruik van elektronische communicatiemiddelen en de functie van de aandeelhoudersvergadering

a. De mogelijkheid voor aandeelhouders om hun stemgedrag al in een fase voorafgaand aan de algemene vergadering vast te leggen is niet nieuw. Hoewel het huidige recht niet de mogelijkheid biedt om een stem voorafgaand aan de algemene vergadering uit te brengen, kan op dit moment wel bewerkstelligd worden dat ter vergadering een stem uitgebracht wordt, die op een eerder moment is bepaald. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van een stemvolmacht of een stemovereenkomst. Bij het verlenen van de stemvolmacht (vergelijk de artikelen 117 en 227 van Boek 2 BW), met name wanneer het gaat om een gesloten volmacht, bepaalt de aandeelhouder zijn stemgedrag feitelijk al voor de algemene vergadering, derhalve voordat hij kennis draagt van hetgeen door anderen tijdens de vergadering naar voren gebracht zal worden. Bij een stemovereenkomst verbindt een aandeelhouder zich om in de algemene vergadering op een in de overeenkomst voorgescreven wijze te stemmen. De Hoge Raad heeft in een aantal arresten de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten in beginsel erkend (Wennex-arrest, 30 juni 1944, NJ 1944/45, 465; Distilleerderij-arrest, 13 november 1959, NJ 1960, 472; en Aurora-arrest 19 februari 1960, NJ 1960, 473). In deze jurisprudentie gaf de Hoge Raad aan dat het de aandeelhouder in beginsel vrijstaat om naar goeddunken gebruik te maken van zijn bevoegdheid om de algemene vergadering bij te wonen, het stemrecht in de algemene vergadering uit te oefenen, en om te besluiten op een bepaalde wijze te stemmen voordat hij weet wat ter vergadering door anderen zal worden aangevoerd. Het wetsvoorstel voegt aan de bestaande praktijk de mogelijkheid toe om de reeds bepaalde stem al vóór de algemene vergadering uit te brengen. Ook in de nieuwe situatie moeten aandeelhouders in de gelegenheid worden gesteld om, indien zij dat wensen, aan de fysieke algemene vergadering deel te nemen en hun stemgedrag te laten beïnvloeden door het beraad tijdens de vergadering. Het is aan henzelf om te af te wegen of door middel van het vooraf uitbrengen van de stem hun eigen belangen het beste worden gediend. In de praktijk zal de bereidheid van aandeelhouders om voorafgaand aan de algemene vergadering te stemmen mede afhangen van de informatie die door het bestuur en de Raad van Commissarissen is verstrekt over de beslispunten. In de Code Tabaksblad (de Nederlandse corporate governance code; vergelijk het Besluit van 23 december 2004, Stb. 747) is in dat verband in paragraaf IV.1 aangegeven dat de vennootschap de aandeelhouders, voorzover het in haar mogelijkheden ligt, in de gelegenheid stelt om op afstand te stemmen en om met alle (andere) aandeelhouders te communiceren. Daarbij kan gedacht worden aan de mogelijkheid om op de website van de vennootschap, waar de aandeelhouder zijn stem kan uitbrengen en mogelijk ook de stukken van de vergadering kan raadplegen, tevens een webboard open te stellen, waarop andere aandeelhouders, bestuurders en commissarissen hun opvattingen of toelichtingen bij bepaalde agenda- en beslispunten kunnen plaatsen. Gelet op het voorgaande wordt het bezwaar dat de Raad ziet in het openstellen van de mogelijkheid om voorafgaand aan de algemene vergadering langs elektronische weg te stemmen, niet gedeeld. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld. In het licht van het bovenstaande is er evenmin aanleiding om in de regeling een onderscheid te maken tussen grote en kleinere NV's en BV's. In de praktijk zal met name bij beursgenoteerde vennootschappen behoefte bestaan aan de mogelijkheid om gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen bij besluitvorming. Dat sluit niet uit dat ook bij andere vennootschappen deze behoefte in bepaalde gevallen kan bestaan. Daarom wordt deze mogelijkheid ook aan deze andere vennootschappen geboden. Het blijft in alle gevallen gaan om een faciliteit. In zijn advies refereerde de Raad aan het recht van amendement. Op grond van artikel 114 lid 2 van Boek 2 BW kan omtrent onderwerpen waarvan de behandeling niet tijdig bij de oproeping is aangekondigd, niet wettig worden besloten, tenzij het besluit met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is. Dat betekent dat de agenda niet tijdens de algemene vergadering kan worden gewijzigd, tenzij elke aandeelhouder daarmee heeft ingestemd. Indien een vooraf uitgebrachte stem betrekking heeft op een ander agendapunt dan uiteindelijk in stemming is gebracht, kan de betreffende aandeelhouder niet geacht worden ten aanzien van het nieuwe agendapunt te hebben ingestemd.

b. Het wettelijke uitgangspunt is dat voor de geldigheid van besluiten geen quorumvereiste geldt (artikelen 120 en 230 lid 2 van Boek 2 BW). Op bepaalde plaatsen in de wet komen uitzonderingen op deze hoofdregel voor. Ook de statuten kunnen een quorum voorschrijven. De inhoud van de statuten bepaalt dan aan welke voorschriften de besluitvorming moet voldoen. Dit geeft vennootschappen de nodige flexibiliteit. Doorgaans zal de voorzitter van de algemene vergadering vaststellen of aan een bepaalde quorumeis wordt voldaan. De praktijk kan hiermee uit de voeten. Wanneer voor de stemming gebruik wordt gemaakt van elektronische communicatiemiddelen, kan het tussentijds wegvallen van de verbinding consequenties hebben voor de berekening van het voor besluitvorming vereiste quorum. Deze situatie verschilt feitelijk niet van de situatie dat gedurende de vergadering een (groot)aandeelhouder – om wat voor reden dan ook – voortijdig de bijeenkomst verlaat. Wanneer als gevolg van het wegvallen van een elektronische verbinding een deel van de aandeelhouders feitelijk de vergadering «verlaat», zal daar op dezelfde wijze mee moeten worden omgegaan. De wet laat dit nu al over aan de praktijk. Het ligt niet voor de hand hiervoor wel een regeling te treffen in het geval van het wegvallen van elektronische verbindingen. Het niet behalen van het quorum heeft tot gevolg dat het betreffende besluit niet kan worden genomen. Vennootschappen die de mogelijkheid van elektronische deelname aan de algemene vergadering openstellen, moeten zich ervan bewust zijn dat het tussentijds wegvallen van de verbinding er toe kan leiden dat vanaf dat moment bepaalde besluiten niet meer kunnen worden genomen. Om deze besluiten wel te kunnen nemen, zal een nieuwe vergadering moeten worden bijeengeroepen, waarbij toepassing kan worden gegeven aan het bepaalde in de artikelen 120 en 230, lid 3, van Boek 2 BW.

c. Naar aanleiding van het advies van de Raad is lid 2 van de artikelen 117a en 227a, alsmede lid 7 van artikel 38 herzien. Tevens is de memorie van toelichting op dit punt aangepast.

2. Elektronisch stemmen bij verenigingen

Het wetsvoorstel ziet ook op de algemene vergaderingen van verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Gezien het feitelijk niet primair zakelijke karakter van de verenigingsverhoudingen, de coöperatieve vereniging daargelaten, en de veelheid aan verenigingsverschijningsvormen, is overleg en discussie in persoon of bij gevolmachtigde vertegenwoordiger om te komen tot besluitvorming gericht op consensus veelal van groot belang. De memorie van toelichting is geconcentreerd op de NV en de BV maar laat na het voorstel ten aanzien van de vereniging te voorzien van een specifieke dragende motivering. De Raad beveelt aan deze regeling alsnog te voorzien van een afzonderlijke en toereikende motivering, waarbij de Raad het van belang acht dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen de doorsnee en de grote vereniging. Gezien het specifieke karakter van de vereniging acht de Raad het minder wenselijk de mogelijkheid tot voorafgaand stemmen te introduceren. Het niet bieden van de mogelijkheid van stemmen voorafgaand aan de algemene ledenvergadering laat onverlet de mogelijkheid van ledenraadpleging waarbij geen besluiten worden genomen. Het college beveelt aan de wenselijkheid van het voorafgaand aan de ledenvergadering stemmen bij verenigingen nader te bezien.

2. Elektronisch stemmen bij verenigingen

De Raad wijst er terecht op dat er een grote verscheidenheid aan verenigingen bestaat. Het varieert van de «besloten» vereniging, die slechts de belangen van de leden beoogt te behartigen, tot grote commerciële verenigingen met een onderneming. Het wetsvoorstel introduceert geen verplichting voor verenigingen om elektronisch stemmen mogelijk te maken, maar maakt het uitsluitend voor verenigingen mogelijk om daartoe te beslissen. Het is dus uiteindelijk aan de leden van de vereniging zelf om te besluiten of zij van de faciliteit gebruik willen maken. Het ligt voor de hand dat met name grote commerciële verenigingen ervan gebruik willen maken. Er is dan ook geen reden hen deze faciliteit te onzeggen. Maar omgekeerd geldt evenzeer dat het ieder lid vrijstaat zijn stemrecht op zodanige wijze uit te oefenen als hij dienstig acht ter behartiging van zijn eigen belang (vergelijk: Asser – Van der Grinten – Maeijer 2 III, nr. 305; J.D.A. den Tonkelaar, Stichting & Vereniging, 1991, pag. 131; en S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, diss. Gronin-

gen, 1999, nr. 315). In het voorstel is daarom de mogelijkheid van elektronisch stemmen bij verenigingen gehandhaafd. De toelichting is in deze zin aangevuld.

3. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

3. Met redactionele kanttekeningen van de Raad is rekening gehouden.

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele redactionele verbeteringen in de memorie van toelichting aan te brengen. Tevens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om een wijziging voor te stellen van de artikelen 158 en 268 lid 9 van Boek 2 BW. Hiermee wordt invulling gegeven aan de toezegging die ik aan de Eerste Kamer heb gedaan tijdens het plenaire debat over de wijziging van de structuurregeling, op 6 juli 2004 (Handelingen I, 2003/04, blz. 2087–2141).

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W03.04.0427/I met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- In opschrift en aanhef van de regeling alsook in de memorie van toelichting het woord «moderne» vervangen door: elektronische.
- In de voorgestelde artikelen 117a, tweede lid en 227a, tweede lid, de woorden «het stemrecht kan uitoefenen» vervangen door: bevoegd is het stemrecht uit te oefenen.
- Artikel 119, eerste lid, van Boek 2 BW verwijst nu alleen naar artikel 117, eerste en tweede lid. Het wetsvoorstel bevat geen wijziging ten aanzien van artikel 119 in verband met het voorgestelde artikel 117a; de Raad beveelt aan het wetsvoorstel aan te vullen met een wijziging van artikel 119, eerste lid, waarbij ook naar het voorgestelde artikel 117a wordt verwezen.