

De Wet elektronische communicatiemiddelen: een overzicht en een blik op de toekomst

Inleiding

Op 1 januari 2007 is de wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen in werking getreden (hierna: de Wet). De Wet heeft als doel Boek 2 BW te wijzigen om het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders van naamloze vennootschappen (hierna: NV) en besloten vennootschappen (hierna: BV), alsmede in de algemene vergadering van verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen te bevorderen.¹ Bij elektronische communicatiemiddelen gaat het met name om e-mail en internet. De Wet beoogt een grotere betrokkenheid van de aandeelhouders en een (administratieve en financiële) lastenverlichting voor de vennootschappen. Ondanks dat vele schrijvers² zich kritisch hebben uitgelaten over de Wet, is eenieder overtuigd van het nut en de noodzaak van deze Wet. Belangrijk gevolg van deze codificatie is dat de onzekerheid over de rechtsgeldigheid van de toepassing van elektronische communicatiemiddelen wordt weggenomen. Deze bijdrage zal een overzicht geven van de situatie als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet en bevat derhalve slechts een enkele kritische kanttekening. In deze bijdrage zal geen specifieke aandacht worden besteed aan verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

Ten eerste wordt beknopt de inhoud van de Wet besproken. Daarna zal worden ingegaan op de gevolgen voor het bijwonen van de algemene vergadering, waarna zal worden stilgestaan bij het bijeenroepen van de algemene vergadering. Deze bijdrage wordt afgesloten met een blik op de toekomst en een conclusie.

De Wet

De Wet beoogt het Nederlandse vennootschapsrecht flexibel te houden en aantrekkelijker te maken door vennootschappen en aandeelhouders maximaal te laten profiteren van de voordelen en toepassing van moderne informatie- en communicatietechnologieën. De Wet biedt in dit ver-

band de juridische faciliteiten voor het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij het uitbrengen van een stem. Dat kan ook een grensoverschrijdende stem zijn, maar het kan tevens gaan om een aandeelhouder in Nederland die zijn stem wil uitbrengen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel over een besluit dat in een algemene vergadering van aandeelhouders aanhangig is. In het laatste geval is geen sprake van grensoverschrijdend stemmen. Dit onderscheid leidt er volgens de memorie van toelichting (hierna: MvT) toe dat de onderwerpen grensoverschrijdend stemmen en de toepassing van elektronische communicatiemiddelen zich afzonderlijk dienen te laten regelen.³ Het is (vooralnog) niet de bedoeling dat het gebruik van de elektronische communicatiemiddelen in de plaats zal treden van de klassieke communicatiemiddelen. Een van de uitgangspunten van deze wetswijziging is dan ook dat aandeelhouders, indien zij dat wensen, altijd gebruik moeten kunnen blijven maken van de klassieke communicatiemiddelen.⁴ De voornaamste reden hiervoor is dat nog niet iedereen toegang heeft tot elektronische communicatiemiddelen. Hoofdzakelijk faciliteert de Wet de toepassing van de (1) elektronische oproeping, (2) elektronische deelname, en (3) elektronische stemuitbrenging buiten vergadering.

Bijwonen algemene vergadering (art. 2:117/227, 2:117a/227a en 2:117b/227b BW)

Iedere aandeelhouder is bevoegd om de algemene vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen (art. 2:117/227 BW). Deze oorspronkelijke regeling in Boek 2 met betrekking tot de algemene vergadering gaat uit van een fysieke bijeenkomst, waarbij bestuurders, commissarissen en aandeelhouders elkaar persoonlijk ontmoeten, rechtstreeks verantwoording afleggen over het gevoerde beleid en voorstellen verdedigen.⁵ De algemene vergadering is hierdoor bij uitstek de plek waar beraadslaging, gedachte- en besluitvorming plaats kunnen vinden. Deze waarborgen zijn dan ook de reden voor de wetgever om in de Wet vast te houden aan het bestaan van de fysieke vergadering. Dit neemt echter niet weg dat de aandeelhouders die daar gebruik van wensen te maken, de mogelijkheid moeten kunnen hebben om deel te nemen aan de algemene vergadering door middel van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen. De Wet beoogt, zoals gezegd, hierin te voorzien. Het is daarbij uitdrukkelijk de bedoeling dat de aandeelhouder die via een elektronisch communicatiemiddel aan de algemene vergadering deelneemt, zo veel mogelijk in dezelfde positie wordt gebracht als de aandeelhouder die fysiek bij de vergadering aanwezig is.⁶

1. Kamerstukken II 2004/2005, 30 019, nr. 3, p. 1.

2. Zie o.a. R.G.J. Nowak, *Het wetsvoorstel elektronische communicatiemiddelen, Ondernemingsrecht 2005*, p. 227-231; T.J. van der Ploeg, *Elektronica in de relatie tussen stemgerechtigden en de rechtspersoon; naar een wettelijke regeling*, NTBR 2006, p. 154-162; H.M. Vletter van Dort, *De invloed van de elektronische stemmen op de besluitvorming*, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 545-560.

3. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 4.

4. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 12.

5. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 6.

6. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 7.

De Wet introduceert vier nieuwe artikelen (art. 2:117a/227a en 2:117b/227b BW) met betrekking tot het bijwonen van de algemene vergadering. Artikel 2:217a en 227a BW zijn vrijwel identiek en maken het mogelijk dat de aandeelhouder in persoon of bij schriftelijk gevolmachtigde – aan de eis van schriftelijkheid wordt voldaan indien de volmacht elektronisch is vastgelegd (art. 2:117 lid 6, 227 lid 5, 117a lid 5 en 227a lid 5 BW) – door middel van een elektronisch communicatiemiddel aan de algemene vergadering deelneemt, daarin het woord voert en het stemrecht uitoefent (stemmen op afstand). Bij een eventueel gebruik van een elektronisch communicatiemiddel is het vereist dat de aandeelhouder (gevolmachtigde) via het elektronische communicatiemiddel geïdentificeerd kan worden. Het elektronische communicatiemiddel moet de mogelijkheid bieden om rechtstreeks kennis te nemen van de verhandelingen ter vergadering en het stemrecht uit te oefenen. Verder kan in de statuten worden bepaald dat deelname aan de beraadslaging (lees: het woord voeren in de vergadering⁷) via het elektronische communicatiemiddel mogelijk moet zijn. Het elektronische communicatiemiddel hoeft derhalve niet per definitie deelname aan de eigenlijke beraadslaging mogelijk te maken. Deze wettelijke verplichting is hier bewust achterwege gelaten, aangezien het in de praktijk bezwaarlijk zou kunnen zijn om alle aandeelhouders tegelijkertijd de mogelijkheid te bieden langs elektronische weg deel te nemen aan de beraadslaging. De vergaderorde zou immers in het gedrang kunnen komen wanneer grote groepen aandeelhouders van deze mogelijkheid gebruik zouden willen maken. Aan het recht om het woord te voeren in de vergadering wordt volgens de wetgever echter geen afbreuk gedaan, aangezien de aandeelhouder altijd de mogelijkheid blijft houden om deel te nemen aan de fysieke vergadering en aldaar het woord te voeren.

Om een flexibel optreden van de vennootschap te waarborgen bepalen de artikelen 2:117a/227a lid 3 BW dat bij statuten voorwaarden kunnen worden gesteld aan het gebruik van een elektronisch communicatiemiddel. Denkbaar voorwaarden kunnen zijn het voorschrijven van bepaalde software, het gebruikmaken van een elektronische handtekening en het betalen van een eigen bijdrage aan de kosten die de vennootschap moet maken voor het mogelijk maken van de elektronische weg. De voorwaarden moeten bij de oproeping van de algemene vergadering bekend worden gemaakt, tenzij deze reeds expliciet in de statuten zijn opgenomen.

Op grond van artikel 2:117a/227a lid 4 BW zijn de hiervoor omschreven elektronische communicatiemiddelenregelingen ook van toepassing op de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen ('bewilligde certificaten').

7. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 8.

Artikel 2:117b/227b BW bepalen dat in de statuten kan worden opgenomen dat stemmen die voorafgaand aan de algemene vergadering via een elektronisch communicatiemiddel worden uitgebracht, gelijk worden gesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht. Dit heeft tot gevolg dat een eenmaal langs elektronische weg uitgebrachte stem niet meer kan worden herroepen op een later moment. Dit is in strijd met vaste jurisprudentie dat een besluit tot stand dient te komen 'als een vrucht van onderling overleg'.⁸ De tegenstemmende aandeelhouder moet in de gelegenheid worden gesteld om zijn medeaandeelhouders van zijn afwijkende zienswijze te overtuigen.⁹ Immers, een voorafgaand aan de algemene vergadering uitgebrachte stem kan op geen enkele manier meer worden beïnvloed. De functie van de algemene vergadering als plaats van besluitvorming op grond van onderling overleg kan hierdoor in het gedrang komen. Een mogelijke (gedeeltelijke) oplossing voor dit probleem is het installeren van een webboard¹⁰ of chatroom op de website van de vennootschap, waarop de bestuurders, raad van commissarissen en aandeelhouders hun opvattingen kunnen ventileren. De besluitvormingsfase wordt hierdoor evenwel naar voren gehaald.

Artikel 2:117b BW regelt voor de NV het gebruik van een registratiedatum, waardoor de als stem- of vergadergerechtigden gelden zij die bij een bijeenroeping van de algemene vergadering te bepalen tijdstip die rechten hebben en als zodanig zijn ingeschreven in een door het bestuur aangegeven register, ongeacht wie ten tijde van de algemene vergadering de rechthebbende op de aandelen is. Door de registratiedatum is het mogelijk dat de vennootschap kort voorafgaand aan de algemene vergadering kan nagaan welke aandeelhouders stemgerechtigd zijn dan wel gerechtigd zijn een volmacht te geven. De registratiedatum moet liggen binnen een periode van dertig dagen vóór de algemene vergadering. Deze dwingende regeling is niet opgenomen voor de BV, aangezien dit niet past binnen de flexibele structuur van deze rechtsvorm. Uiteraard kan een dergelijke regeling vrijwillig in de statuten van de BV worden opgenomen.

Besluitvorming buiten de vergadering – indien toegestaan in de statuten – is ook mogelijk langs de elektronische weg, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:128/238 BW).

Elektronische storing

Een van de grote nadelen aan elektronische deelname aan de algemene vergadering is dat de techniek het zou kunnen laten afweten. Het is dan ook van belang dat aandeelhouders zich bewust zijn van het risico dat zij lopen op het moment dat zij kiezen voor elektronische deelname aan de

8. HR 15 juni 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller). Zie tevens de mening van de Raad van State: Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 5, p. 2.

9. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 5, p. 2.

10. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 5, p. 3.

algemene vergadering. Op de bestuurders van de vennootschap rust in dit verband een inspanningsverplichting om de maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hen gevergd kunnen worden om te voorkomen dat elektronische communicatieverbindingen tijdens de vergadering wegvallen. Mijns inziens is terecht in de literatuur geopperd dat bij het elektronisch vergaderen en stemmen een onafhankelijke computerdeskundige ingeschakeld zou moeten worden, dan wel hierbij aanwezig zou moeten zijn om aan deze inspanningsverplichting te voldoen.¹¹ Valt de verbinding ondanks deze inspanningsverplichting toch weg, dan zijn de gevolgen voor risico van de aandeelhouder. De aandeelhouder heeft immers bewust de keuze tot elektronische deelname aan de algemene vergadering gemaakt en hij heeft de daarbij behorende risico's aanvaard. In de MvT wordt daarnaast geadviseerd om nadere bepalingen op te nemen in de statuten om onduidelijkheden en interpretatieverschillen bij technische storingen te voorkomen.¹²

Indien een technische storing optreedt ten tijde van het stemmen in de algemene vergadering, geldt als uitgangspunt dat, tenzij de statuten anders bepalen, het uitgesproken oordeel van de voorzitter van de algemene vergadering omtrent de uitslag van de stemming beslissend is (art. 2:13 lid 3 BW). De achterliggende gedachte is dat er geen onzekerheid zou mogen bestaan over de uitkomst van de stemming.

De Raad van State heeft waarborgen gevraagd met betrekking tot eventuele technische storingen bij het nemen van (wettelijke/statutaire) besluiten waarvoor een quorumver-eiste geldt. Volgens de Raad van State moet met een aandeelhouder die door een elektronische storing de algemene vergadering 'verlaat', op dezelfde manier worden omgegaan als met een aandeelhouder die voortijdig de vergadering verlaat.¹³ Uit praktisch oogpunt is dit begrijpelijk. In mijn optiek is er echter een groot verschil tussen een fysiek aanwezige aandeelhouder die een prioriteitsafweging maakt en de vergadering verlaat, én een elektronisch aanwezige aandeelhouder die volledig tegen zijn wil de vergadering 'verlaat' als gevolg van technische problemen. Om potentiële quorumproblemen te voorkomen kan een digitale presentielijst worden geïntroduceerd, die voor het begin van de algemene vergadering digitaal zal moeten worden ondertekend, bijvoorbeeld met behulp van een unieke toegangscode of een digitale handtekening.

Bijeenroeping algemene vergadering (art. 2:109/219 BW)/ oproepingsbrieven (art. 2:113/223 BW)

De bevoegdheid tot het bijeenroepen van de algemene vergadering van de BV en de NV ligt bij het bestuur en de raad van commissarissen. De statuten kunnen bepalen dat deze bevoegdheid ook aan anderen toekomt. De algemene ver-

gadering van een NV wordt bijeengeroepen door een aankondiging in een landelijk dagblad. De statuten van de NV kunnen bepalen dat de houders van aandelen op naam kunnen worden opgeroepen door middel van oproepingsbrieven. Deze oproepingsbrieven moeten dan worden gericht aan de adressen van die aandeelhouders, zoals deze vermeld zijn in het aandeelhoudersregister. De oproeping tot een algemene vergadering van aandeelhouders van een BV geschiedt door middel van oproepingsbrieven, gericht aan de adressen van de aandeelhouders, zoals deze vermeld zijn in het aandeelhoudersregister. Zijn door de BV certificaten uitgegeven, dan worden de houders daarvan opgeroepen door aankondiging in een landelijk verspreid dagblad, tenzij de statuten anders regelen. De oproeping door middel van dagbladadvertenties en oproepingsbrieven kosten, volgens berekeningen van SIRA Consulting, de NV's en de BV's jaarlijks zo'n 90 miljoen euro. Als gevolg van de introductie van de elektronische oproepingsmogelijkheden zou mogelijk 69 miljoen euro kunnen worden bespaard.¹⁴

De elektronische oproeping op grond van de Wet komt erop neer dat de NV en de BV met (uitsluitend) aandelen op naam hun aandeelhouders en houders van certificaten van aandelen, die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen oproepen met behulp van een aan hen gericht leesbaar en reproduceerbaar elektronisch bericht, wanneer deze aandeelhouders/certificaathouders daarmee instemmen. Er is hiervoor dus geen statutenwijziging vereist. In de praktijk blijkt echter vaak dat de statuten expliciet vermelden dat oproeping door middel van schriftelijke oproepingsbrieven dient te geschieden. In dit laatste geval zullen de statuten mijns inziens wel moeten worden gewijzigd. De NV's met aandelen aan toonder kunnen, indien de statuten dit bepalen, de aandeelhouders en certificaathouders oproepen door middel van het plaatsen van een bericht op hun website. Hierdoor is de oproeping via de website van de vennootschap zonder uitdrukkelijke bevoegdheid hiertoe in de statuten niet mogelijk. Verder moet deze langs de elektronische weg openbaar gemaakte aankondiging bij de NV met toonderaandelen rechtstreeks en permanent toegankelijk zijn tot aan de algemene vergadering.¹⁵ Dit komt erop neer dat de aankondiging moet worden gepubliceerd op een afzonderlijk en als zodanig herkenbaar (lees: gescheiden van commerciële informatie) gedeelte van de website van de vennootschap.

De informatievoorziening ten behoeve van de algemene vergadering zal naar alle waarschijnlijkheid ook verder elektroniseren. Het is echter op grond van de wet niet verplicht om informatie ten behoeve van de algemene vergadering toe te zenden aan de aandeelhouders. Wel kennen we bepalingen in de wet als 'ter inzage leggen ten kantore

11. Van der Ploeg 2006, p. 160.

12. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 8.

13. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 5, p. 4.

14. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 6.

15. Kamerstukken II 2005/06, 30 019, nr. 7, p. 3.

van de vennootschap' en 'verkrijgen van een afschrift' (art. 2:114/224, 2:120/230 lid 4 en 2:123/223 BW). Dit zijn techniekneutrale termen.¹⁶ De wet staat er dan ook niet aan in de weg dat de vereiste informatie uitsluitend via een elektronische weg openbaar wordt gemaakt, indien de gerechtigden met deze wijze van openbaarmaking instemmen. Een specifieke wetswijziging op dit punt is volgens de wetgever dan ook niet noodzakelijk. Wel is er in de literatuur gesteld dat als gevolg van de invoering van elektronische communicatiemiddelen er een zwaardere informatieplicht komt te rusten op het bestuur en de commissarissen. Volgens Vletter-van Dort kan worden betoogd dat bestuurders en commissarissen zich pas naar behoren van de op hen rustende plicht tot informatieverstrekking kwijten, als zij ervoor zorg dragen dat aandeelhouders de voor de algemene vergadering van belang zijnde informatie ook daadwerkelijk kunnen verwerken.¹⁷ Als aandeelhouders derhalve de mogelijkheid wordt geboden om elektronisch te stemmen, dan zou hun tevens de mogelijkheid moeten worden geboden om tijdig toegang tot de relevante informatie te krijgen.

De toekomst

Het nut en de noodzaak van deze wetswijziging lijken evident. Het is daarbij van grote waarde dat de wetgever geen specifieke communicatiemiddelen heeft opgesomd en daarmee ruimte laat aan de snelle ontwikkeling van informatietechnologieën. Het gebruik en het succes van de elektronische communicatiemiddelen zijn echter in grote mate afhankelijk gemaakt van het instemmen van de aandeelhouders dan wel het wijzigen van de statuten van de vennootschappen. Er wordt, zo lijkt het, bijna krampachtig vastgehouden aan de oude, vertrouwde papieren communicatiemiddelen. Zo behoudt elke individuele aandeelhouder zijn recht op de traditionele communicatiemiddelen. De vraag is of dit reëel is.

Het lijkt aannemelijk dat in toenemende mate aandeelhouders gebruik zullen gaan maken van elektronische communicatiemiddelen. Het is dan ook maar zeer de vraag of de fysieke aandeelhoudersvergadering in de toekomst noodzakelijk of gewenst zal blijven. Het argument, zoals verwoord in de MvT,¹⁸ dat niet iedereen de beschikking heeft over een eigen internetaansluiting, zal over een aantal jaar niet snel meer opgaan. Nederland kent nu al wereldwijd een van de hoogste percentages internetaansluitingen, waarvan er de nodige openbaar zijn, denk bijvoorbeeld aan openbare bibliotheken en internetcafés. Daarbij is moeilijk voorstelbaar dat aandeelhoudend Nederland, waarvoor deze elektronische communicatiemogelijkheden worden gecreëerd, niet nu al, laat staan over een aantal jaren, over een internetaansluiting beschikt. Dit wil overigens geens-

zins zeggen dat het nut van een fysieke vergadering er niet meer is, maar dat het 'effect' ervan in de toekomst via elektronische communicatiemiddelen kan worden geëvenaard.

Deze Wet is dan ook te zien als een overgang naar een verdere digitalisering van onze samenleving, een proces dat onomkeerbaar lijkt te zijn. Tien tot vijftien jaar geleden waren er amper mobiele telefoons en nu heeft iedereen er minimaal één. Hetzelfde geldt, zij het in mindere mate, voor de *BlackBerry*, maar hoe lang zal dat nog duren? Het Financieele Dagblad publiceerde laatstelijk het artikel 'De terreur van de CrackBerry'¹⁹ over de opmars en de verslavende werking van deze *wireless handheld computer*. Het lijkt onvermijdelijk dat daar waar we 'schriftelijk' in de wet lezen, steeds vaker ook 'elektronisch' zullen moeten/mogen lezen. De wetgever zal de door hem ingeslagen weg moeten vervolgen, wil de Nederlandse wetgeving bij de tijd blijven. Waarborgen zal de wetgever waarschijnlijk steeds vaker moeten gaan zoeken in de vorm van elektronische handtekeningen, unieke toegangscode's, vingerafdrukken en irisscans. Elektronische communicatiemiddelen hebben de toekomst en het is de vraag hoe lang het nog duurt voordat in *Second Life*²⁰ een rechtsgeldige aandeelhoudersvergadering kan worden gehouden.

Conclusie

Met de Wet is een goede stap voorwaarts gemaakt om het Nederlandse vennootschapsrecht te flexibiliseren en te moderniseren. Na deze officiële introductie van de elektronische communicatiemiddelen in ons vennootschapsrecht zal de onzekerheid over de rechtsgeldige toepassing van elektronische communicatiemiddelen bij algemene vergaderingen grotendeels zijn weggenomen. De wetgever dient echter de vinger aan de pols te blijven houden, want elektronische communicatiemiddelen zijn niet alleen de toekomst, maar blijven qua ontwikkeling evenmin stilstaan.

*Mr. M.Ph.M. Wiggers
Loyens & Loeff*

16. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 12.

17. Vletter-van Dort 2006, p. 558-559.

18. Kamerstukken II 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 12.

19. De terreur van de CrackBerry, Het Financieele Dagblad 6 maart 2007. Zie: www.fd.nl/ShowRedactieNieuws.asp?Context=N%7C7&DocumentId=32589.

20. *Second Life* is een virtuele 3D-wereld die helemaal gebouwd en beheerd wordt door haar inwoners. Sinds de opening voor publiek in 2003 heeft *Second Life* een explosieve groei doorgemaakt en wordt nu bewoond door 3.131.375 mensen afkomstig uit verschillende landen. Zie: www.secondlife.nl.