

De digitale algemene vergadering. Hinweise aus Deutschland

Ondernemingsrecht 2023/46

Ook na corona kan de algemene vergadering plaatsvinden in digitale vorm. Een hiertoe strekkend voorstel is eind 2022 in consultatie gegaan. Volgens dit voorstel kunnen de statuten bepalen dat algemene vergaderingen digitaal worden gehouden. Voorwaarde is dat de digitale vergadering een afspiegeling vormt van haar fysieke pendant. Zo moeten aandeelhouders kunnen deelnemen aan de beraadslagingen en kunnen stemmen.

Al in de zomer van 2022 is in Duitsland een soortgelijke regeling tot stand gebracht. Ook daar is een statutaire verankering nodig om digitaal te kunnen vergaderen en moeten aandeelhouders hun rechten 'ebenso und weitestgehend vergleichbar' kunnen uitoefenen als ware het een fysieke vergadering. Maar er zijn ook verschillen. Deze bijdrage legt de Duitse en de Nederlandse regeling naast elkaar. Op welke punten kan daaruit lering worden getrokken? En waar juist niet? Slotsom is dat het Nederlandse voorstel er best behoorlijk uitziet. Wel is op enkele punten een verbetering of verduidelijking nodig.

1. Inleiding

Overall in Europa buigen wetgevers zich over de toekomst van de algemene vergadering. Moet digitaal vergaderen permanent worden verankerd, nu de tijdelijke coronamaatregelen op hun einde lopen? De Duitse wetgever zit in de kopgroep. Hij heeft afgelopen zomer al een permanente regeling tot stand gebracht.² De aandeelhouders van een Aktiengesellschaft (AG) kunnen digitaal vergaderen indien de statuten de mogelijkheid daartoe openen.³ Ook voor de Genossenschaft (coöperatie) en de Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) is de digitale al-

gemene vergadering inmiddels in de wet neergelegd.⁴ Twee wetsvoorstellen beogen hetzelfde voor de Verein (vereniging).⁵

De Nederlandse wetgever volgt. In december is een wetsvoorstel in consultatie gegaan dat voorziet in een volledig digitale algemene vergadering.⁶ Volgens dit voorstel kan de algemene vergadering van een NV en BV digitaal samenkomen als deze mogelijkheid in de statuten is geopend (art. 2:117a/227a lid 1 BW-voorstel). Hetzelfde geldt in de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.⁷ In de vereniging is geen statutaire verankering nodig, maar kan de algemene vergadering het bestuur machtigen om de algemene vergadering digitaal bijeen te roepen (art. 2:38 lid 1 BW-voorstel). Voor alle rechtspersonen is vereist is dat de aandeelhouder of het lid kan deelnemen aan de beraadslagingen en kan stemmen. Daarnaast moderniseert het voorstel de oproeping en trekt het de regels voor hybride gelijk aan de regels voor volledig digitaal.

Deze bijdrage legt het Nederlandse consultatievoorstel naast de Duitse wet. Op welke punten kan daaruit lering worden getrokken? En waar juist niet? De Duitse regeling is uitvoeriger en op punten meer uitgesproken dan het consultatievoorstel, wat een vergelijking zinvol maakt. De bijdrage beziet vier onderwerpen in detail; daar waar de voornaamste vragen, keuzes en moeilijkheden liggen. Dan gaat het allereerst om het openen van de mogelijkheid om een digitale vergadering te houden en het benutten daarvan (par. 2). Ook het verloop van de digitale vergadering (par. 3) en specifiek de rechten van aandeelhouders (par. 4) komen aan de orde. Bijzondere aandacht gaat uit naar de (on)geldigheid van besluiten wanneer zich een technische storing voordoet (par. 5). De bijdrage beschouwt tot slot de meer fundamentele keuzes die aan de Duitse wet en het Nederlandse voorstel ten grondslag liggen (par. 6).

Wat Duitsland betreft beperkt de bijdrage zich tot de AG. De andere, weinig uitgewerkte regelingen voor de GmbH en de Genossenschaft lenen zich minder voor een vergelijking.⁸ Wat Nederland betreft staan de NV en BV centraal. Veel van het opgemerkte geldt ook voor de overige rechts-

1 Mr. O. (Olivier) Oost is docent en promovendus aan de Erasmus School of Law en verbonden aan De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam en de VEUO. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. Mr. K.A.M. (Koen) van Vught is universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is op 10 april 2023 afgerond. Online bronnen zijn op die datum voor het laatst geraadpleegd.

2 Zie het overzicht in ICLEG, *Report on virtual shareholder meetings and efficient shareholder communication* (augustus 2022), te raadplegen via <http://www.tara.tcd.ie/handle/2262/101334>.

3 Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften vom 20.7.2022, *BGBI.* I, p. 1126.

4 Voor de Genossenschaft is dat ingevoerd bij dezelfde, in de vorige noot genoemde wet. Voor de GmbH gaat om aanpassingen in § 48 I GmbHG, aangebracht door het Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 15.07.2022, *BGBI.* I, p. 1146.

5 *BT-Drucks.* 20/2532 en 20/4318.

6 Voorstel van Wet digitale algemene vergadering privaatrechtelijke rechtspersonen, te raadplegen via internetconsultatie.nl/digiava.

7 Art. 2:53a lid 1 en 3 BW-voorstel verklaart art. 2:227a BW van toepassing.

8 Zie § 48 I GmbH respectievelijk § 43b GenG.

personen, al was het maar omdat het consultatievoorstel daarvoor goeddeels dezelfde regels geeft.

2. Invoeren mogelijkheid en toepassen daarvan

2.1 Duitsland

§ 118a I AktG vereist een statutaire grondslag voor het houden van een digitale algemene vergadering.⁹ De statuten kunnen (i) bepalen dat de vergadering digitaal wordt gehouden of (ii) het bestuur machtigen dit te bepalen. Bijzonder daarbij is dat de statutaire grondslag in de tijd beperkt moet zijn. De bepaling dat de vergadering digitaal wordt gehouden of de machtiging aan het bestuur om dit te bepalen mag een maximale werkingsduur van vijf jaren hebben. Dit volgt uit § 118a III-V AktG. Binnen die vijf jaren moet de vergadering daadwerkelijk zijn gehouden en niet slechts zijn bijeengeroepen. De gedachte achter deze tijdslimitering is dat de algemene vergadering zich in ieder geval elke vijf jaar moet uitspreken over het digitaal plaatsvinden van de vergadering.¹⁰ Het is onduidelijk of een verlenging van de voorziening een nieuwe statutenwijziging behoeft of dat een bevestigingsbesluit van de algemene vergadering volstaat. De wettekst lijkt uit te gaan van het eerste, waar de toelichting hint op het laatste.¹¹ Hoe dan ook kan tot een eventuele 'verlenging' worden besloten in een digitale algemene vergadering, zolang die maar binnen de vijfjaarstermijn wordt gehouden.¹²

Het is niet mogelijk om de mogelijkheid van een digitale algemene vergadering in de statuten te beperken tot bepaalde onderwerpen. In een eerder ontwerp was hierin wel voorzien, vanuit de gedachte dat dit voor meer flexibiliteit zou zorgen.¹³ Uiteindelijk is de mogelijkheid geschrapt na kritiek dat de digitale vergadering zou worden gedegradeerd tot een 'tweederangsvergadering'.¹⁴

Op grond van § 122 AktG hebben aandeelhouders die tenminste 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen het recht om het bestuur te verzoeken een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen. Het bestuur moet hieraan gehoor geven, zelfs wanneer het bestuur meent dat zulks schadelijk kan zijn voor de vennootschap.¹⁵ Hoewel de wet hierover zwijgt, ligt het voor de hand dat het bestuur dan als bijeenroeper ook bepaalt of de vergadering

digitaal zal plaatsvinden (indien de statuten een machtiging hiertoe bevatten). Als aan het verzoek echter geen gehoor wordt gegeven, kan de rechtbank de verzoekende aandeelhouders toestemming geven de algemene vergadering bijeen te roepen (§ 122 III AktG). Dan zijn die aandeelhouders degenen die de vergadering bijeenroepen. De wet regelt niet of zij dan ook bevoegd zijn om te bepalen dat die digitaal kan plaatsvinden.

In het geval van een volledig digitale algemene vergadering moet in de oproeping worden vermeld dat fysieke aanwezigheid bij de vergadering niet mogelijk is. Bovendien moet de oproeping vermelden hoe aandeelhouders elektronisch aan de vergadering kunnen deelnemen (§ 121 IV b AktG).

Naast de nieuw ingevoerde regeling voor een volledig digitale algemene vergadering, blijft het mogelijk een 'hybride' vergadering te organiseren waarbij aandeelhouders ervoor kunnen kiezen fysiek aanwezig te zijn of elektronisch deel te nemen. Ook daarvoor is een statutaire voorziening vereist (§ 118 I AktG).

2.2 Nederland

Ook de voorgestelde Nederlandse regeling vereist een statutaire grondslag voor het digitaal of hybride vergaderen (art. 2:117a lid 1 BW-voorstel). Een tijdsbeperking is niet vereist, maar in het algemeen kan een statutaire bepaling aan een tijdsbeperking zijn onderworpen.¹⁶ Deze flexibiliteit is in onze ogen te prefereren. Het voorgestelde art. 2:117a lid 2 BW waarborgt immers dat digitale deelname door de aandeelhouders geen materieel verlies van hun bevoegdheden met zich brengt.¹⁷ In dat licht zien wij geen reden om voor te schrijven dat de algemene vergadering herbevestigd waarmee zij eerder al akkoord ging. Ook zien we geen grond om een zwaardere meerderheid te vereisen, wat in Duitsland evenmin gebeurt.¹⁸

De voorgestelde regeling biedt veel ruimte om de digitale of hybride vergadering naar eigen inzicht in te richten. Zo is het, anders dan in Duitsland, mogelijk om digitaal vergaderen voor bepaalde besluiten uit te sluiten.¹⁹ Voorts laat de regeling toe om statutair te bepalen dat het bestuur bevoegd is te beslissen of de vergadering digitaal, hybride of fysiek zal plaatsvinden, en onder welke voor-

9 De wetsgeschiedenis (*BT-Drucks.* 20/1738, p. 23) zinspeelt op het vervangen van deze 'opt-in' voor een 'opt-out', mocht de praktijk zich zodanig ontwikkelen dat de digitale vergadering de norm wordt.

10 Zie instemmend o.a. J. Imsameh & W. Sturm, 'Zum Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen', *NZG* 2022, p. 1328.

11 Vgl. G. Reger & T. Gaßner, 'Die neue virtuelle Hauptversammlung – ein Überblick', *RDi* 2022, p. 398; T. Tröger, *Kölnher Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln: Heymanns 2023 § 118a Rn. 19; N. Paschos, *Beck-Grosskommentar*, München: Beck 2023 § 118a Rn. 36.

12 Zoals ook voor voorgaande mogelijkheden betreffende bijvoorbeeld elektronisch stemmen het geval was. D. Kubis, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München: Beck 2022 § 118 Rn. 91.

13 Vgl. *BT-Drucks.* 20/1738, p. 5-6 (voorgestelde bepaling) en p. 23 (toelichting).

14 Zie *BT-Drucks.* 20/2653, p. 34 en ook Reger & Gaßner, 2022, p. 403.

15 Vgl. *MüKoAktG/Kubis* 2022 § 122 Rn. 36, met (rechtspraak)verwijzingen.

16 Art. 2:96 lid 1 BW gaat zelfs expliciet uit van de mogelijkheid om een statutaire bepaling aan een tijdsbeperking te onderwerpen waar het de delegatie van de emissiebevoegdheid aan het bestuur betreft. Zo ook I. Öncü, 'De virtuele algemene vergadering. Duitse inspiratie?', *Ondernemingsrecht* 2023/26, p. 192.

17 Zie ook de concept-MvT, p. 13, die uitgaat van het uitgangspunt 'dat een digitale algemene vergadering zoveel mogelijk een afspiegeling is van de fysieke vergadering en dat een digitale vergadering moet voldoen aan dezelfde c.q. materieel equivalente randvoorwaarden als een fysieke vergadering'.

18 Zo ook Öncü 2023, p. 192. Anders: de consultatiereactie van Eumedion, p. 6, waarin een verzwaarde meerderheid van 75 procent van de uitgebrachte stemmen wordt bepleit. Zie www.eumedion.nl/actueel/eumedion-aandeelhouders-moeten-releinspraak-hebben-op-de-wijze-van-vergaderen.html.

19 Zie uitdrukkelijk concept-MvT, p. 12.

waarden.²⁰ Evenals in Duitsland kan in dat geval onduidelijk zijn wie bevoegd is dit te beslissen wanneer aandeelhouders de vergadering bijeenroepen op de voet van art. 2:110/220 BW.²¹ De voorzieningenrechter die de aandeelhouders daartoe machtigt, lijkt dit niet te kunnen beslissen. Art. 2:111/221 BW beperkt zich tot de oproeping en het voorzitterschap.²² In de praktijk zal het onzes inziens op uitleg van de statuten aankomen. Als die erin voorzien dat het bestuur bepaalt of een vergadering digitaal, hybride of fysiek plaatsvindt, zouden wij willen aannemen dat zulks ook geldt voor vergaderingen die door aandeelhouders bijeen worden geroepen. Dat ligt ook voor de hand, gelet op de logistiek van de organisatie van de vergadering. In de statuten kan uiteraard een andere voorziening worden getroffen. Het zou goed zijn als de wetgever dit een en ander in de toelichting bevestigt.

3. Verloop van digitale vergadering

3.1 Duitsland

Vooropstaat dat aandeelhouders hun rechten in een digitale vergadering zo veel mogelijk op vergelijkbare wijze kunnen uitoefenen als in een fysieke vergadering.²³ § 118a I-II AktG bevat daartoe een aantal regels over het verloop van de vergadering. Zo moet de hele vergadering met beeld en geluid worden uitgezonden (§ 118a I (1) AktG) en hebben aandeelhouders het recht via videocommunicatie moties in te dienen (§ 118a I (3) AktG), vragen te stellen over antwoorden die het bestuur op vragen heeft gegeven (§ 118a I (4) AktG jo. § 131 Id AktG²⁴) en het woord te voeren (§ 118a I (7) AktG). Voorts moeten aandeelhouders middels elektronische communicatie kunnen stemmen (§ 118a I (2) AktG). De Duitse wetgever lijkt hiermee in zijn opzet geslaagd. De regeling nadert die voor de fysieke

vergadering.²⁵ Zie wel onze kanttekeningen bij de rechten van aandeelhouders in par. 5 hierna.

De wettekst is techniekneutraal geformuleerd en spreekt van het uitzenden van de vergadering middels 'beeld en geluid' en het uitoefenen door aandeelhouders van hun spreekrecht of hun recht om moties in te dienen door 'videocommunicatie'. Opvallend is dat de regeling – behalve voor het spreek- en motierecht – geen tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel voorschrijft.²⁶ Stemmen vindt plaats via elektronische communicatie, nader uitgewerkt als 'elektronische deelname of elektronisch stemmen per post'.

Ten slotte moeten de voorzitter van de vergadering en de leden van bestuur ter plaatse deelnemen aan de vergadering, dus niet digitaal (§ 118a II AktG). Commissarissen kunnen digitaal deelnemen indien de statuten daarin voorzien (vgl. § 118 III AktG).

3.2 Nederland

Ook hier is de Duitse regeling gedetailleerder dan de voorgestelde Nederlandse regeling. Het consultatievoorstel vermeldt slechts dat vereist is dat de aandeelhouder kan worden geïdentificeerd, zijn stemrecht kan uitoefenen en via een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen alsook kan deelnemen aan de beraadslaging (art. 2:117a/227a lid 2 BW-voorstel).²⁷ Volgens de toelichting kan het uitgangspunt dat de algemene vergadering altijd fysiek toegankelijk moet zijn voor aandeelhouders worden losgelaten, omdat het voorstel voorwaarden stelt 'om te waarborgen dat leden en aandeelhouders langs elektronische weg volwaardig kunnen deelnemen aan de vergadering'.²⁸

Als gezegd moet volgens het consultatievoorstel steeds sprake zijn van een tweezijdige audiovisuele verbinding. Hierin gaat het voorstel verder dan de Duitse regeling. Evenwel is ook volgens die regeling vereist dat aandeelhouders via beeld en geluid het woord kunnen voeren, zodat het verschil in de praktijk gering is. Bovendien vermeldt de toelichting op art. 2:38 BW-voorstel dat het voorschrift van een tweezijdig audiovisueel communicatiemiddel niet betekent dat het lid ook met beeld en geluid aanwezig moet zijn tijdens de gehele vergadering.²⁹ Hoewel dit niet terugkomt in de toelichting op het voorgestelde art. 2:117a/227a BW, ligt niet voor de hand dat daar

20 Vgl. concept-MvT, p. 12.

21 De concept-MvT vermeldt (p. 31) dat 'in het geval aandeelhouders op grond van artikel 2:110 BW zich tot de voorzieningenrechter wenden voor een machtiging tot het bijeenroepen van een vergadering, zij gelden als "degene die de vergadering bijeenroept". Wat met deze passage wordt beoogd, is ons niet duidelijk, nu de wet bij een NV nergens bevoegdheden of verplichtingen legt bij 'degene die de vergadering bijeenroept'. Wellicht beoogt het consultatievoorstel aan te sluiten bij het voorstel van M.A.J. Cremers, S. Rietveld & L.E. Stroeve, 'De digitale algemene vergadering', in: H.J. de Kluiver (red.), *De digitale vennootschap en digitaal handelsrecht* (preadv. Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Paris 2022, p. 143, die wensen aan te sluiten bij het begrip 'degene die bevoegd is tot bijeenroeping'. Zij lijken te bedoelen dat de gemachtigde aandeelhouder kan bepalen dat de vergadering digitaal plaatsvindt, mits een statutaire voorziening voorhanden is.

22 G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Saleminck), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/34 noemen als bevoegdheden van de voorzieningenrechter slechts diens bevoegdheden met betrekking tot de oproeping voor de vergadering en het aanwijzen van een voorzitter voor de vergadering zelf. Wellicht anders C.A. Schwarz, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, art. 2:111 BW, aant. 1, die de voorzieningenrechter een vrijere rol toedicht.

23 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 2 en 15.

24 Zie nader hieronder in par. 5 over het recht om vragen te stellen.

25 Aldus ook o.a. Reger/Gaßner 2022, p. 403. M. Klein, 'Der Referentenentwurf des Gesetzes für virtuelle Hauptversammlungen', *NZG* 2022, p. 491 typeert de regeling als 'sehr aktionärsfreundlich'.

26 Dit is bewust. Zie nader Wetsontwerp van 10 mei 2022, *BT-Drucks.* 20/1738, p. 16. De betekenis hiervan is uiteraard betrekkelijk nu de tweezijdigheid van de verbinding louter relevant op het moment dat de aandeelhouder inbreng heeft in de vergadering.

27 Waarbij art. 2:227a lid 2 BW-voorstel spreekt van het identificeren 'via het elektronisch communicatiemiddel', waar art. 2:117a lid 2 BW-voorstel meer algemeen spreekt van kunnen identificeren. Uit de toelichting blijkt niet dat een verschillende behandeling is beoogd.

28 Concept-MvT, p. 11.

29 Concept-MvT, p. 26.

iets anders zou gelden.³⁰ De aandeelhouder mag dus zijn camera en/of microfoon uitzetten. Wel ligt het in de rede, aldus de toelichting, dat de betrokkene zijn camera aanzet wanneer deze het woord wil nemen, 'omdat dit doorgaans noodzakelijk is voor de identificatie van het lid of de aandeelhouder'. Deze passage is thans wat vrijblijvend geformuleerd – is het nu noodzakelijk dat een aandeelhouder die het woord wil nemen zijn camera aanzet, of niet?

Over aandeelhoudersrechten spreekt het consultatievoorstel weinig, anders dan de Duitse toelichting. Het recht van de aandeelhouder om de algemene vergadering bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen (vgl. art. 2:117/227 BW) wordt niet specifiek 'omgeschreven' naar de digitale AV. Dat is op zich ook niet nodig, gelet op de neutrale formulering van deze rechten. Ook het recht op informatie en daarmee het recht om vragen te stellen³¹ (art. 2:107/217 lid 2 BW) kent geen digitale pendant.

Het consultatievoorstel verplicht niet dat (in ieder geval) het bestuur 'fysiek' op de vergadering aanwezig is. Wij volgen niet dat – zoals de Duitse toelichting stelt³² – aandeelhouders er belang bij zouden hebben het bestuur gezamenlijk zittend op een podium voor zich te zien. Zóver hoeft de gelijkenis met de fysieke vergadering niet te gaan. En als een podium gewenst is, kan dat vast ook digitaal.

4. Vraag- en spreekrecht van aandeelhouders

4.1 Duitsland – informatierecht

Ook digitaal is de hoofdregel dat een aandeelhouder ter vergadering een vraag kan stellen en dat het bestuur de gevraagde informatie dient te verstrekken als die informatie nodig is voor een goede beoordeling van een agenda-punt (§ 131 I AktG).³³ Opvallend is echter dat het recht om vragen te stellen ter vergadering kan worden beperkt. Conform § 131 I a AktG kan het bestuur bepalen dat aandeelhouders hun vragen slechts digitaal kunnen indienen, met een deadline van drie dagen vóór de vergadering. Het bestuur maakt de geldig gestelde vragen inclusief beantwoording uiterlijk één dag voorafgaand aan de vergadering bekend aan alle aandeelhouders (§ 131 I c AktG). Beursvennootschappen moeten de antwoorden op de website van de vennootschap publiceren. In de literatuur

was publicatie op het aandeelhoudersportaal bepleit.³⁴ De gedachte leeft dat verplichte publicatie op de openbare website van de vennootschap tot ingewikkelde afwegingen zal leiden over welke informatie in het kader van de beantwoording kan worden verstrekt, nu bijvoorbeeld de pers er kennis van kan nemen.³⁵ Het is uiteraard de vraag of dit werkelijk zo'n groot verschil is, nu het (ook voor de pers) zeer eenvoudig is zich toegang te verschaffen tot de algemene vergadering en/of het aandeelhoudersportaal door één aandeel te kopen. Hoe dan ook is gekozen voor verplichte publicatie op de openbare website.

Aan deze regeling van voordiening van vragen ligt de gedachte ten grondslag dat de digitale vergadering naar verwachting zal leiden tot een toename in het aantal deelnemers aan de vergadering. De ervaringen onder de coronanoodwetgeving leren bovendien dat in een digitale vergadering een aanzienlijk groter aantal vragen moet worden behandeld dan tijdens een fysieke vergadering.³⁶ Kennelijk bestaat in Duitsland de vrees voor een onwerkbaar stortvloed als vragen tijdens de vergadering zonder meer worden toegestaan. In de literatuur wordt verder verwacht dat de regeling de kwaliteit van de beantwoording ten goede zal komen, omdat antwoorden niet meer ter plekke behoeven te worden geformuleerd.³⁷ Overigens is van belang dat de hiervoor al genoemde § 131 I d AktG aandeelhouders het recht toekent om vervolgvragen te stellen over de door het bestuur gegeven antwoorden op vooraf ingediende vragen, ongeacht of dat antwoord vóór of op de vergadering is verstrekt. Voorts biedt § 131 I e AktG het recht om ter vergadering vragen te stellen over omstandigheden die zich eerst hebben voorgedaan na het verstrijken van de deadline om vooraf vragen in te dienen.

Voor vragen op de vergadering zelf kan de voorzitter bepalen dat die uitsluitend via videocommunicatie (en dus niet bijvoorbeeld schriftelijk via een chatfunctie of e-mail) kunnen worden gesteld.³⁸ Aldus kan de voorzitter ter vergadering beoordelen of de vergadering meer op een fysieke vergadering moet lijken of juist op een meer schriftelijke exercitie.³⁹

4.2 Duitsland – spreekrecht

Aandeelhouders moeten het recht hebben *Stellungnahmen* langs elektronische weg in te dienen (§ 118a I (6) jo. § 130a I-IV AktG). De opmerkingen moeten uiterlijk vijf dagen voor de vergadering worden ingediend (§ 130a II AktG), waarbij de ingediende verklaringen uiterlijk vier dagen voor de vergadering aan alle aandeelhouders ter beschik-

30 Temeer daar in de zin *direct* erna in de toelichting wordt gesproken van 'het lid of de aandeelhouder'. Bij art. 2:117a/227a BW-voorstel wordt bovendien verwezen naar de toelichting op art. 2:38 BW-voorstel. Zie concept-MvT, p. 31.

31 Waarvan wordt aangenomen dat ook de individuele aandeelhouder dat ter vergadering heeft. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544, m.nt. Van Schilfgaarde (ASMI), r.o. 4.6.

32 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 26. Vgl. ook KK-AktG/Tröger 2023 § 118a Rn. 62, die suggereert dat het er wellicht om gaat dat aandeelhouders de non-verbale reactie van bestuurders kunnen zien.

33 Zie § 131 III AktG voor de afwijzingsgronden, waarover o.a. MüKoAktG/Kubis 2022, § 131 Rn. 114-151, met verwijzingen.

34 Chr.H. Seibt & Chr. Danwerth, 'Referentenentwurf des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen. Eine kritische Analyse', AG 2022, p. 183-184.

35 Vgl. Reger & Gaßner 2022, p. 400.

36 Vgl. *BT-Drucks.* 20/1738, p. 33.

37 Zie o.a. Imsameh & Sturm 2022, p. 1330; Reger & Gaßner 2022, p. 400 e.v.

38 § 131 I f AktG. Zie nader o.a. Reger & Gaßner 2022, p. 401.

39 Zo ook *BT-Drucks.* 20/1738, p. 35-36.

king worden gesteld (§ 130a III AktG).⁴⁰ De vooraf ingediende opmerkingen kunnen, afhankelijk van de mogelijkheden die de vennootschap biedt, in de vorm van tekst of in de vorm van bijvoorbeeld een videobijdrage worden ingediend. Naast dit recht op voordiening van opmerkingen hebben aandeelhouders het recht de vergadering toe te spreken middels videocommunicatie (§ 118a I (7) AktG jo. § 130a V-VI AktG). Dan kunnen ook moties worden ingediend of (vervolg)vragen worden gesteld (§ 130a V AktG). Aandeelhouders kunnen via de 'virtueller Meldetisch' een verzoek om spreektijd op de algemene vergadering doen.⁴¹

De statuten of het reglement van de algemene vergadering kunnen de voorzitter van de vergadering machtigen het recht van de aandeelhouder om vragen te stellen of het spreekrecht uit te oefenen redelijkerwijs te beperken, bijvoorbeeld in de tijd.⁴² Dit recht geldt op grond van de schakelbepaling in § 130a V AktG ook bij een digitale algemene vergadering. De voorzitter streeft naar een redelijke duur van de vergadering. In de literatuur wordt een maximumduur van zes uren genoemd.⁴³ Suggestie A.7 van de Duitse Corporate Governance Kodex spreekt van een na te streven vergaderduur van vier tot zes uur.

4.3 Duitsland – recht van amendement

Aandeelhouders hebben verder het recht om ter vergadering amendementen op bestuursvoorstellen in te dienen. Om te voorkomen dat medeaandeelhouders (of hun gevolmachtigden) ter vergadering door het voorgestelde amendement worden verrast, hebben aandeelhouders de mogelijkheid hen daarover te laten inlichten door de vennootschap (§ 126 AktG).⁴⁴ Het te 'agerenderen' amendement moet hiertoe minimaal 14 dagen voor de vergadering met een toelichting worden gezonden aan het adres hiervoor in de oproeping vermeld. De vennootschap moet de aandeelhouders vervolgens inzage bieden in de ingezonden agendapunten (zie nader § 125 AktG). Beursvennootschappen moeten de agendapunten publiceren op de website van de vennootschap. De innovatie is hier dat bij de digitale vergadering, anders dan in de fysieke vergadering, op aangekondigde amendementen meteen, dus vóór de vergadering, kan worden gestemd (§ 126 IV AktG).⁴⁵

4.4 Nederland

De zojuist beschreven Duitse regeling bevat enkele nieuwigheden die het Nederlandse consultatievoorstel niet biedt. Het verst gaat de mogelijkheid om aandeelhouders

te verplichten vragen te stellen vóór in plaats van tijdens de algemene vergadering. Deze innovatie is overgeleverd uit de coronaregeling, waarin ze was neergelegd uit vrees voor een *Fragenflut* en als gevolg daarvan lange, foutgevoelige vergaderingen.⁴⁶ Het is de vraag of zo'n vrees voor de Nederlandse praktijk gerechtvaardigd zou zijn. Zo bedroeg de gemiddelde vergaderduur in AEX- en AMX-genoemde vennootschappen vóór corona (in 2019) slechts 2 uur en 56 minuten.⁴⁷ De digitale ervaringen tijdens corona wijzen ook niet op een vragenvloed. De Nederlandse vergadercultuur geeft onzes inziens geen aanleiding om het bestuur de vrijheid te geven vragen vooraf te verplichten.

Uiteraard bestaat geen bezwaar tegen het (door het bestuur/de vennootschap) bieden van de *vrijwillige* mogelijkheid om vragen vooraf in te dienen, die dan ook reeds vóór de vergadering worden beantwoord. Om een goede beraadslaging mogelijk te maken ligt dan voor de hand dat de antwoorden aan de aan de vergadering deelnemende aandeelhouders ter beschikking worden gesteld. De wetgever kan deze mogelijkheid uitdrukkelijk faciliteren door hem in de toelichting bij deze regeling te noemen. Het kan de gedachtewisseling ter vergadering bevorderen. Het zal de aandeelhouder dan wel steeds toegestaan moeten zijn om – binnen de grenzen van art. 2:8 BW – vervolgvragen te stellen ter vergadering.

Evenzo zien wij geen reden om, zoals in Duitsland, het indienen van opmerkingen vooraf als mogelijkheid te verplichten. Vennootschappen kunnen die mogelijkheid nu al bieden, zelfs zonder wettelijke voorziening. Zolang fundamentele beginselen als de gelijkheid van aandeelhouders niet worden geschonden, verzet immers Boek 2 BW zich niet tegen het bieden van aanvullende voorzieningen (bovenop het wettelijke minimum). De wetgever kan ook dit wel faciliteren door deze optie in de toelichting te noemen, maar een verplichting gaat wat ver.

Wat stelliger zouden we willen zijn over het recht van amendement. Ook in Nederland wordt dit recht erkend,⁴⁸ hoewel discussie bestaat over de vraag of amenderen bij Nederlandse beursvennootschappen mogelijk is.⁴⁹ Nederland kent echter geen pendant van § 126 AktG die het mogelijk maakt een voornemen om een amendement in te dienen kenbaar te laten maken aan andere aandeelhouders. Het indienen vooraf maakt het mogelijk om dan al te

40 Waarbij voor beursvennootschappen geldt dat de opmerkingen in beginsel op de website van de onderneming worden gepubliceerd. Zie nader het vervolg van § 130a III AktG voor ook een uitzondering.

41 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 32.

42 § 131 II AktG. Vgl. over beperking van het spreekrecht naar (deels oud) Duits recht en Nederlands recht A.G.H. Klaassen, 'Handreiking voor de voorzitter tot beperking van het spreekrecht van aandeelhouders', *Ondernemingsrecht* 2011/14.

43 Aldus Reger & Gaßner 2022, p. 402-403.

44 *MüKoAktG/Kubis* 2022, § 126 Rn. 1.

45 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 29.

46 Zie daarover par. 5.1 hierna.

47 R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2020', *Ondernemingsrecht* 2020/143, p. 785, nt. 13. Cijfers voor andere vennootschappen zijn ons niet bekend.

48 P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013/345; Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIIb* 2019/71; E.J. Breukink, *De agenda en het agenderingsrecht bij kapitaalvennootschappen (Serie Van der Heijden Instituut nr. 176)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 82.

49 Zie S.H.M.A. Dumoulin, 'Het recht van amendement', in: H. Boschma e.a. (red.), *IT*, Deventer: Kluwer 2003, p. 53-66, par. 9, die betoogt dat het verlies van het recht tot amendement de prijs is voor het terugdringen van aandeelhoudersabsenteïsme door het mogelijk maken van stemmen op afstand.

stemmen op amendementen en daarvoor steun te verzamelen en bevordert het debat over de amendementen ter vergadering. Het gaat het bestek van de invoering van de digitale AV wellicht te buiten, maar invoering van een regel als die van § 126 AktG is het overwegen waard, waarbij het voor de hand ligt dan het vooraf stemmen over het amendement gelijk § 126 IV AktG mogelijk te maken. Overigens wordt de aandeelhouder dan niet verplicht om een amendement al vooraf in te dienen. Dit zou waarschijnlijk in strijd zijn met de Aandeelhoudersrichtlijn.⁵⁰

5. Aantasting van besluiten

5.1 Duitsland

Besluiten zijn in Duitsland al snel vernietigbaar. Zo vat de rechtspraak daar het recht op informatie streng op. Als het bestuur vragen ter vergadering niet, onvolledig of onjuist beantwoordt, dan staan daaraan verwante besluiten aan vernietiging bloot.⁵¹ Gevreesd worden nog altijd de 'Berufskläger' en 'räuberische Aktionäre' die tot enkele jaren geleden algemene vergaderingen afstruinden om het bestuur met een doelbewust vragenvuur te bestoken.⁵² De digitale vergadering vergemakkelijkt zulk misbruik en kent daarnaast de nodige technische risico's. Na de uitbraak van corona vreesde de Duitse wetgever dan ook dat vennootschappen uit 'Anfechtungsangst' niet tot digitaal vergaderen zouden overgaan.⁵³ Hij heeft de vernietiging van besluiten toen vergaand beperkt. Volgens de tijdelijke regeling moest de klager *opzet* bij de vennootschap aantonen. Dit gold niet alleen ingeval van een technische storing, maar wat betreft alle gebreken in het verloop van de digitale algemene vergadering, het vragenrecht inbegrepen.⁵⁴

Ook de permanente regeling begrenst de vernietiging van besluiten. Nog steeds vreesde de wetgever dat vennootschappen vanwege 'Anfechtungsrisiken' van digitaal vergaderen afzien.⁵⁵ Maar de regeling gaat minder ver. Ingevolge de herziene § 243 III AktG kan vernietiging vanwege een technische storing slechts plaatsvinden, als de vennootschap opzet of grove schuld treft. De nieuwe bepaling beperkt zich dus tot een technische storing en is met precisie afgebakend: het gaat om gevallen waarin als gevolg

van een storing een aandeelhouder zijn rechten niet kon uitoefenen (stemrecht, vraagrecht, spreekrecht, etc.) dan wel het beeld of geluid is weggefallen.⁵⁶ Daarbuiten is vernietiging gewoon mogelijk. Wordt bijvoorbeeld niet voldaan aan de voorwaarden voor een digitale algemene vergadering, dan zijn de genomen besluiten vernietigbaar.⁵⁷

De nieuwe regeling strekt daarnaast minder ver, omdat nu ook grove schuld volstaat. De statuten kunnen bovendien een lagere maatstaf kiezen. Dit biedt meer ruimte voor vernietiging als de storing door derden is veroorzaakt (met een DDoS-aanval bijvoorbeeld) en de vennootschap te verwijten valt dat zij onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen. Wel merkt de toelichting op dat van opzet of grove schuld niet kan worden uitgegaan indien de techniek in handen is gelegd van een professionele partij.⁵⁸ De verruiming van de schuldmaatstaf stelt in de praktijk dus niet veel voor: alle grote vennootschappen schakelen een professionele partij in⁵⁹ en lijken dan gevrijwaard te zijn. Bovendien blijft de bewijslast bij de klager. Degene die vernietiging vordert, moet dus aantonen dat de vennootschap blaam treft van de storing. Dat zal niet gemakkelijk zijn, omdat alleen de vennootschap inzicht zal hebben in de technische gegevens. In de literatuur wordt dan ook toepassing bepleit van de 'domeinleer'. Dit komt erop neer dat de vennootschap inzicht moet geven in de relevante technische gegevens, voor zover zij (of de professionele partij) daarover beschikt. De vennootschap moet laten zien hoe zij de techniek heeft geregeld en welke maatregelen zij heeft getroffen.⁶⁰

5.2 Nederland

Het consultatievoorstel behandelt de materie in de toelichting.⁶¹ Daar wordt vooropgesteld dat op de vennootschap (slechts) een 'inspanningsverplichting' rust om de digitale vergadering technisch goed te laten verlopen en dat de vennootschap ter zake alle redelijke maatregelen moet treffen. Technische storingen maken besluiten volgens de toelichting vernietigbaar wegens een totstandkomingsgebrek, maar alleen als de storing in de risicosfeer van de vennootschap ligt. Verder is ook sprake van een totstandkomingsgebrek als aandeelhouders geen gelegenheid is gegeven om aan de vergadering deel te nemen of te stemmen. Volgens de toelichting levert dat dus vernietigbaarheid op, geen nietigheid.

50 Zie uitvoerig Breukink 2022, p. 84-86. Anders: Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/71.

51 J. Koch, *Empfielt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?*, München: Beck 2018, p. 56; MüKoAktG/Schäfer 2021, § 243 Rn. 38; MüKoAktG/Kubis 2022, § 131 Rn. 179; G. Franzmann & S. Rothweiler, 'Das Auskunfts- und Rederecht nach dem Gesetz zur dauerhaften Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften', *AG* 2022, p. 811 en 818.

52 Zie daarover bijv. P. Dornbach, *Die aktienrechtliche Anfechtungsklage zwischen subjektivem Rechtsschutz und objektiver Rechtskontrolle*, Köln: Heymann 2013, p. 54 e.v.

53 *BT-Drucks.* 19/18110, p. 27. Die terughoudendheid deed zich al voor bij de al eerder bestaande hybride mogelijkheid. Zie J. Lieder, 'Die Bedeutung des Vertrauensschutzes für die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts', *NZG* 2020, p. 90.

54 MüKoAktG/Schäfer 2021, § 243 Rn. 113a; BeckOGK AktG/Drescher 2022, § 243 Rn. 242.

55 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 37. Zie ook Franzmann & Rothweiler 2022, p. 818.

56 Zie de lastig leesbare opsomming in § 243 III slot jo. § 118a I (2) AktG.

57 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 37.

58 *BT-Drucks.* 20/1738, p. 37, waarover kritisch Sturm & Imsameh 2022, p. 1322.

59 Dit gold in het seizoen 2021 althans voor alle DAX-vennootschappen, waar vier professionele partijen het leeuwendeel van de algemene vergadering technisch opzetten. Zie Chr. Danwerth, 'Die zweite Saison der virtuellen Hauptversammlung der Unternehmen der DAX-Indexfamilie', *AG* 2021, p. 626.

60 Zie Sturm & Imsameh 2022, p. 1322 en J.E. Schirmer, 'Virtuelle Hauptversammlung: Dreifacher Ausbesserungsbedarf', *AG* 2023, p. 23, die liever zelfs een omkering van de bewijslast hadden gezien.

61 Concept-MvT, p. 15-17.

Anders dan in Duitsland bevat het consultatievoorstel geen specifieke voorziening voor de vernietiging van besluiten. Volgens de toelichting is dat niet nodig, omdat art. 2:14 en 2:15 BW techniekneutraal zijn geformuleerd.⁶² Dit laatste is wel juist, maar het beoogde stelsel lijkt toch moeilijk te passen in het systeem van art. 2:14 en 2:15 BW. In de eerste plaats valt daar niets te lezen over een inspanningsverplichting. Ingevolge art. 2:15 lid 1 onder a BW vormt de enkele schending van een totstandkomingsvoorschrift grond voor vernietiging; de rechter heeft niet de ruimte om daarvan af te zien.⁶³ Dat kan wél als *de eiser* geen redelijk belang heeft, maar dat heeft weinig van doen met het voldoen aan een inspanningsverplichting door *de vennootschap*. De inspanningsverplichting zou wel kunnen worden ingelesen in het totstandkomingsvoorschrift zelf – dus in het voorgestelde art. 2:117a/227a lid 2 BW – maar dat blijkt niet uit de toelichting en strookt niet met het uitgangspunt dat de digitale vergadering aandeelhouders gelijkwaardige rechten biedt als de fysieke vergadering.⁶⁴ Moet de inspanningsverplichting niet in de wet, zoals in Duitsland?⁶⁵

In de tweede plaats bestaat discussie over de vraag of het echt bij vernietigbaarheid blijft als aandeelhouders hun rechten niet hebben kunnen uitoefenen. Het voorgestelde art. 2:117a/227a BW is zo geformuleerd dat de gelegenheid tot uitoefening van die rechten een voorwaarde is om een digitale vergadering te houden. Bij besluiten buiten vergadering (art. 2:128/238 BW) wordt wel betoogd dat dan eigenlijk sprake is van nietigheid: de vergadering kan niet als zodanig gelden⁶⁶ dan wel er doet zich een fundamenteel totstandkomingsgebrek voor.⁶⁷ Dit betoog wint aan kracht als het leeuwendeel van de aandeelhouders niet kon deelnemen of stemmen. Over deze kwestie wordt verschillend gedacht.⁶⁸ Wij zouden deze strenge leer ook niet willen volgen waar het de vereisten voor een digitale vergadering betreft. Bij bijvoorbeeld de bepaling dat de alge-

mene vergadering van een NV binnen Nederland ter plaatse bij de statuten vermeld of ter woonplaats van de vennootschap moet worden gehouden (het huidige art. 2:116 BW) wordt aangenomen dat schending van dat voorschrift tot vernietigbaarheid van besluitvorming leidt.⁶⁹ De bedoeling van de wetgever lijkt ook te zijn dat schending van de regels van art. 2:117a/227a BW-voorstel tot vernietigbaarheid leidt.⁷⁰ Gelet op het voorgaande achten wij een uitdrukkelijke bepaling in de wet of een uitvoeriger toelichting aan te raden. Dit temeer in het licht van de door het consultatievoorstel beoogde rechtszekerheid.

Wat geldt overigens als de aandeelhouders niet zijn geïdentificeerd, zodat niet zeker is of slechts aandeelhouders aan de stemming hebben deelgenomen? En welk gevolg heeft het ontbreken van een statutaire grondslag voor een digitale algemene vergadering? De toelichting gaat hierop niet in. Zeker in het laatste geval heeft nietigheid goede papieren. Als de statutaire grondslag mist, kan betoogd worden dat in het geheel geen vergadering heeft plaatsgevonden en dat aldus geen (of althans nietige) besluiten zijn genomen. Wij zouden niettemin ook hier neigen naar een totstandkomingsgebrek en dus naar vernietigbaarheid: de digitale *vorm* van de vergadering is niet zó wezenlijk anders dat niet verlangd kan worden dat men daarover binnen het jaar klaagt bij de rechter (zoals art. 2:15 BW voorschrijft).⁷¹ Duidelijkheid op dit punt is geboden.

Hoe dan ook: met het benadrukken van de inspanningsplicht beoogt de toelichting klaarblijkelijk om de ruimte voor vernietiging van besluiten in te perken. Dit komt in de buurt van de Duitse regeling. Ook in Nederland moet de vennootschap kennelijk enige schuld treffen, nu wordt vereist dat zij haar inspanningsplicht heeft verzaakt. Het verschil met Duitsland is dat de inspanningsplicht hier weinig is uitgewerkt. De toelichting verwijst wel naar de wetsgeschiedenis wat betreft de invoering van hybride vergaderen, maar veel houvast is daar niet te vinden.⁷² In die wetsgeschiedenis – zij het in een ander parlementair stuk dan waarnaar de toelichting verwijst – staat dat de te verwachten mate van inspanning afhangt van de stand van de techniek en dat het stellen van specifieke eisen niet kan aangezien deze eisen snel achterhaald zouden worden.⁷³ Daarnaast is aldaar opgemerkt: ‘In het algemeen kan worden aangenomen dat aan het vereiste van een redelijke inspanning is voldaan wanneer de vennootschap (...) gebruik maakt van een professionele partij, die elektronische stem- en vergaderfaciliteiten aanbiedt.’⁷⁴

62 Concept-MvT, p. 16.

63 Zie K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon (Serie Van der Heijden Instituut nr. 162)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 142.

64 Zie concept-MvT, p. 13.

65 In die zin ook de oproep van de Raad van State bij de invoering van hybride vergaderen: *Kamerstukken II 2004/05*, 30 019, nr. 5, p. 2.

66 Vgl. evenwel concept-MvT, p. 15, waar wordt gesteld dat een quorum ‘doorgaans’ bij aanvang wordt vastgesteld en later niet komt te ontbreken als een of meerdere aandeelhouders de vergadering verlaten (al dan niet door het verbreken van de verbinding). De statuten of een reglement kunnen anders bepalen. Dat een quorum intact blijft, doet de voorontwerper steunen op een vergelijking met de fysieke vergadering. Zie eerder in dezelfde zin *Kamerstukken II 2004/05*, 30 019, nr. 5, p. 4. Die vergelijking gaat mank als de aandeelhouder als gevolg van een storing, dus tegen zijn wil, uit het vergaderplatform wordt gegooid, zoals opgemerkt door T. Salemink & C.D.J. Bulten, ‘De digitale algemene vergadering van aandeelhouders’, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering (Onderneming en Recht nr. 116)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 246.

67 Vgl. B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2013, par. 45.2, p. 833; Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/87-88*; P. van Schilfgaarde/J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/95.

68 Zo gaat Dortmund 2013/229 uit van vernietigbaarheid wanneer niet aan het instemmingsvereiste van art. 2:238 lid 1 BW is voldaan.

69 Vgl. Dortmund 2013/211, Assink/Slagter 2013, par. 17.5, p. 323 en (enigszins impliciet) Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b 2019/42-43*.

70 Vgl. concept-MvT, p. 16-17.

71 Vgl. in dezelfde zin naar Duits recht KK-AktG/Tröger 2023 § 118a Rn. 21 en 77.

72 Zie daarover ook Salemink & Bulten 2019, p. 248.

73 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 019, nr. 7, p. 5. De toelichting op het consultatievoorstel verwijst uitsluitend naar *Kamerstukken II 2004/05*, 30 019, nr. 3, p. 8, waar de inspanningsplicht alleen wordt genoemd.

74 Zie in gelijke zin *Kamerstukken I 2005/06*, 30 019, C, p. 4.

Geldt dit een en ander nu ook onder de voorgestelde permanente regeling? Dit lijkt het geval te zijn, maar het roept enkele vragen op. Zoals in de Duitse literatuur is opgemerkt, behoort het inschakelen van een professionele partij voor vennootschappen met enige omvang een minimumvereiste te zijn. Het is de vraag of dat alléén de vennootschap kan disculperen, zelfs bij wijze van uitgangspunt. Het inschakelen van hulppersonen komt in het verbintenissenrecht voor rekening en risico van de vennootschap en ontslaat de vennootschap niet van de plicht om op de ingeschakelde partij toe te zien.⁷⁵ Het is de vraag hoe deze regel (vgl. art. 6:76 BW) zich verhoudt tot de hier aan de orde zijnde vennootschapsrechtelijke vraag. Het is goed wanneer de toelichting hierop specifiek zou ingaan. Daarnaast leidt de bewijslast tot vragen. Als de inspanningsplicht zit ingebakken in de vernietigingsgrond, dan zal het aan de eisende aandeelhouder zijn om aan te tonen dat de vennootschap niet aan haar inspanningsplicht heeft voldaan. De ook in Nederland wel toegepaste domeinleer (ook wel: verzwaarde stelplecht) kan dan wel enige verlichting brengen,⁷⁶ maar wederom is opheldering gewenst.

Sowieso behoeft de inspanningsplicht een nadere motiveerling. Bij de hybride vergadering heeft de minister de inspanningsplicht *uitsluitend* onderbouwd door erop te wijzen dat een aandeelhouder zelf kan bepalen of hij de technische risico's verbonden aan digitaal deelnemen wil lopen.⁷⁷ Die vlieger gaat voor de volledig digitale vergadering natuurlijk niet op.⁷⁸ Wij zouden denken dat het te rechtvaardigen is dat besluiten niet worden vernietigd, als de vennootschap al het redelijke heeft gedaan om storingen te voorkomen. Zoals in Duitsland moet het belang van de getroffen aandeelhouder(s) het dan in het concrete geval afleggen tegen het belang van de vennootschap bij rechtszekere besluitvorming.⁷⁹ Die afweging moet de wetgever wel uitdrukkelijk maken. In dat kader verdient de rol van de voorzitter van de vergadering aandacht in de toelichting op het wetsvoorstel. Die vermeldt thans dat het schorsen door de voorzitter van de vergadering 'in de rede ligt' indien er signalen zijn van problemen met de

verbinding 'en het niet lijkt te gaan om een verstoring van de internetverbinding van de deelnemer zelf'.⁸⁰ Voorts laat de toelichting echter 'weloverwogen ruimte [aan de praktijk] om hiervoor *best practices* te ontwikkelen'. Het zou goed zijn wanneer de toelichting hier meer houvast biedt.

Overigens lijkt het risico op vernietiging van besluiten in Nederland niet zo groot als in Duitsland. Beroepsquerulanten zijn ons niet bekend, terwijl verschillende mechanismen er vaak toe leiden dat de rechter besluiten uiteindelijk intact laat. Wij noemen het vereiste van een redelijk belang (art. 2:15 lid 3 onder a BW) en het *Curaçaoese Chinese Club*-arrest, volgens welke verstoringen van de stemming – en dus niet van de beraadslagingen – buiten beschouwing kunnen blijven als ze geen invloed hebben gehad op de uitslag.⁸¹ Het is redelijk om aan te knopen bij de inspanningsplicht, zoals het consultatievoorstel doet, maar dan wel met de kanttekening dat een verzwaarde motiveringsplicht geldt ten aanzien van het verweer door de vennootschap dat aan die inspanningsplicht is voldaan.

6. Enige fundamentele bespiegelingen

6.1 Volwaardige participatie

Ook in Duitsland was de algemene vergadering vóór corona een fysieke aangelegenheid. Hybride vergaderen stond veelal in de statuten, maar kwam in de praktijk weinig voor.⁸² Toen corona uitbrak, was dit gebrek aan praktische ervaring reden om de volledig algemene vergadering mogelijk te maken in een uitgekledde vorm. Zo konden aandeelhouders vragen stellen, maar mocht het bestuur naar 'freies Ermessen' uitmaken of en welke vragen het beantwoordde.⁸³ Later in de pandemie is dit veranderd in een recht op antwoord,⁸⁴ maar tot veel live interactie ter vergadering kwam het niet. Vragen stellen moest vooraf via een portal en de antwoorden verschenen op de website van de vennootschap. Slechts een handvol van de DAX-genoteerde vennootschappen bood tijdens het seizoen 2021 de gelegenheid om ter vergadering aanvullende vragen te stellen of om met een videoboord het spreekrecht uit te oefenen.⁸⁵ De situatie in Nederland was niet veel anders.⁸⁶

75 Zie Sturm & Imsameh 2022, p. 1322; Schirmer 2023, p. 23; KK-AktG/Träger 2023 § 118a Rn. 78. Enigszins anders: Chr.F. Walter, *Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung* (diss. Freiburg), Berlin: Peter Lang 2021, 169, die erop wijst dat men in het rechtsverkeer in het algemeen kan afgaan op ingeschakelde expertise (mits de expert zorgvuldig is uitgekozen).

76 Zie daarover W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/306-307; J.P. de Haan, 'Een bewijsrechtelijke puzzel met betrekking tot het bewijs van de inhoud van een overeenkomst', *TCR 2022*, p. 117. Zie voor een toepassing HR 8 juli 2022, *NJ 2022/264 (Finaal Adviesgroep/Allerzorg)*, r.o. 3.2.

77 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 019, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II 2005/06*, 30 019, nr. 7, p. 5; *Kamerstukken I 2005/06*, 30 019, C, p. 4.

78 Vgl. in dezelfde zin Walter 2021, p. 196-197; Schirmer 2023, p. 23. Dit geldt met name voor aandeelhouders die tégen de statutaire verankering van de digitale algemene vergadering hebben gestemd.

79 In gelijke zin de overwegende stroming in de Duitse literatuur: K. Cyglakow, *Die virtuelle Hauptversammlung* (diss. Jena), Jena: JVVW 2021, p. 278; J. Lieder, 'Virtuelle Hauptversammlungen im Jahre 2021 und danach', *ZIP 2021*, p. 171; Klein 2022, p. 490; Seibt & Danwerth 2022, p. 189. Zie ook Cremers, Rietveld & Stroeve 2022, p. 151.

80 Concept-MvT, p. 16.

81 HR 6 juni 1969, *NJ 1969*, 317, m.nt. G.J. Scholten (*Curaçaoese Chinese Club*). Zie daarover Salemink & Bulten 2019, p. 250; K.A.M. van Vught, 'De geldigheid van besluiten onder de coronaspoedwet', *Ondernemingsrecht 2020/62*, p. 341; Cremers, Rietveld & Stroeve 2022, p. 151.

82 Zie Cyglakow 2021, p. 68-71; Walter 2021, p. 54-58.

83 Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020, *BGBI. I*, p. 569. Zie Cyglakow 2021, p. 91, met verwijzingen.

84 Gesetz zur Anpassung der pandemiebedingten Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht vom 18.12.2020, *BGBI. I*, p. 3328.

85 Chr. Danwerth, 'Die zweite Saison der virtuellen Hauptversammlung der Unternehmen der DAX-Indexfamilie', *AG 2021*, p. 617-621.

86 Zie de kronieken van R. Abma in *Ondernemingsrecht 2020/142*, p. 784-785; *Ondernemingsrecht 2021/95*, p. 578-579; *Ondernemingsrecht 2022/77*, p. 536-537.

Na corona moet het beter. De digitale vergadering heeft zich bewezen, maar aandeelhouders moeten meer in staat worden gesteld om hun rechten uit te oefenen. Zoals al bleek, is dit het vertrekpunt van de Duitse wetgever, die ernaar streeft dat aandeelhouders hun rechten ‘ebenso und weitestgehend vergleichbar’ kunnen uitoefenen als tijdens een fysieke vergadering. Aldus moet ook digitaal de aandeelhoudersdemocratie worden behouden, de algemene vergadering het belangrijkste besluitvormingsorgaan blijven en een vergelijkbare dialoog plaatsvinden.⁸⁷ Tegelijk wijst de toelichting erop dat veel aandeelhouders hun informatie allang niet meer betrekken op de vergadering zelf en hun stem reeds voorafgaand aan de vergadering bepalen en in veel gevallen ook al uitoefenen. Tot een werkelijke dialoog tussen aandeelhouders en bestuur komt het dan niet, aldus de toelichting, zeker nu ter vergadering van beide kanten slechts voorbereide *statements* worden voorgedragen. Als oplossing ziet de Duitse wetgever een versterking van de informatiepositie van aandeelhouders in de prelude van de vergadering. Hij wil echter de ontwikkelingen in de praktijk niet in de weg zitten en ziet van een regeling af.⁸⁸

Het Nederlandse voorstel beoogt evenzo dat aandeelhouders ‘volwaardig’ kunnen participeren. Sterker, de digitale vergadering moet zoveel mogelijk een ‘afspiegeling’ vormen van haar fysieke pendant.⁸⁹ Maar de kanttekeningen missen. Integendeel, de concept-toelichting steekt de loftrumpet over de algemene vergadering, als ‘de plaats waar discussie, verantwoording en besluitvorming plaatsvindt’.⁹⁰ De toelichting somt de kernbevoegdheden op – zelfs de in de praktijk betrekkelijk onbeduidende restbevoegdheid van art. 2:107/217 BW⁹¹ – en meldt onder verwijzing naar de Code dat de algemene vergadering ‘zodanige invloed moet kunnen uitoefenen dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van *checks and balances* binnen de vennootschap’.⁹² Zeker in de beursvennootschap voldoet de praktijk niet aan het Wijsmuller-ideaal. Het onderling overleg komt maar matig van de grond.⁹³ Intussen is weinig duidelijk of meer aandeelhouders deelnemen als de vergadering digitaal plaatsvindt,⁹⁴ wat de toelichting wel suggereert.⁹⁵

Als de Nederlandse wetgever werkelijk dat Wijsmuller-ideaal wil nastreven, is een meer fundamentele herziening nodig. Het is begrijpelijk dat de wetgever daarvan nu afziet, maar hij zou in de toelichting op het komende wetsvoorstel wel ideeën kunnen bevorderen die bijdragen aan een vitale algemene vergadering. Wij noemden al de mogelijkheid om vragen en opmerkingen vooraf in te dienen met de optie tot vervolgvragen ter vergadering (par. 4.4). Wij denken verder aan de mogelijkheid voor een gesplitste of gespreide vergadering. Daarbij wordt de informatievoorziening en discussie enigszins in tijd naar voren geschoven en belegd in een voorvergadering. De dialoog die daar ontstaat, kan dan werkelijk van invloed zijn op het stemgedrag in de algemene vergadering die enige tijd later plaatsvindt.⁹⁶ Een wettelijke regeling van de gesplitste vergadering maakt het mogelijk om uitsluitend in de voorvergadering vragen en spreekbijdragen toe te staan. Zonder regeling moet dat ook in de stemvergadering, wat de gesplitste vergadering voor vennootschappen wellicht weinig aantrekkelijk maakt.⁹⁷ De wetgever kan te rade gaan bij de Duitse regeling voor de coöperatie (niet voor de AG). In § 43b I Genossenschaftsgesetz is naast de fysieke, hybride en volledig digitale vergadering ook de ‘Versammlung in gestreckten Verfahren’ neergelegd. Die valt uiteen in een hybride of digitale ‘bespreekfase’ en een schriftelijke of digitale ‘stemfase’, waarin slechts de stemmen worden uitgebracht. De tijd tussen de twee fasen is niet in de wet bepaald.⁹⁸ Een interessant idee. Want waarom nog ter vergadering stemmen, als dat langs digitale weg ook later kan?⁹⁹ Overigens erkennen wij dat de gesplitste vergadering voor beursvennootschappen doorgaans geen uitkomst zal zijn vanwege de praktijk waarin veelal voorafgaand aan de vergadering reeds wordt gestemd en stemadviseurs een belangrijke rol spelen.

6.2 De gelijkstelling van (en met) de hybride vergadering

Als gezegd omvat het Nederlandse voorstel ook de hybride vergadering. Daarvoor komt hetzelfde te gelden als voor de volledig digitale vergadering. Anders dan thans moet ook de hybride aandeelhouder niet alleen kunnen stemmen, maar tevens rechtstreeks kunnen deelnemen aan de vergadering (art. 2:117a/227a BW-voorstel). Een welkome en terechte verbetering, zeker gezien het voortschrijden

87 BT-Drucks. 20/1738, p. 14-17 (citaat op p. 14).

88 BT-Drucks. 20/1738, p. 15.

89 Concept-MvT, p. 1.

90 Concept-MvT, p. 5.

91 Zie S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 120) (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 93-96.

92 Concept-MvT, p. 5, onder verwijzing naar principe 4.1 van de Corporate Governance Code 2016. In gelijke zin de nieuwe Code van 2022.

93 Zie o.m. H.M. Vletter-van Dort, ‘De aandeelhouder als hoeksteen van de beursvennootschap?’, *Ondernemingsrecht* 2018/45, p. 280-290; B.J. de Jong, ‘Modernisering van de algemene vergadering: volledig virtueel en in de tijd gespreid vergaderen’, *Ondernemingsrecht* 2021/81, p. 491-492, met verdere verwijzingen.

94 Abma 2020, p. 785; Abma 2021, p. 579. Zie voor Duitsland V. Butzke, ‘Die Zukunft der virtuellen Hauptversammlung post Covid’, *AG* 2022, p. 796.

95 Concept-MvT, p. 1. Zie voor Duitsland in dezelfde zin BT-Drucks. 20/1738, p. 14.

96 Zie laatstelijk De Jong 2021, p. 490.

97 De Jong 2021, p. 497.

98 Volgens de literatuur moet er een zekere tijd tussen zitten, dus niet slechts enkele uren. Voorts mag de bespreekfase niet in de nachtelijke uren of op ‘hohe Feiertagen’ plaatsvinden, maar de schoolvakanties zijn geen verboden terrein. Zie Th. Shulteis, ‘Das Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften mit seinen Auswirkungen auf das Genossenschaftsrecht’, *GWR* 2022, p. 330, met verwijzingen.

99 Zie hierover uitvoerig De Jong 2021, p. 496-497.

van de techniek en de opgedane ervaringen sinds de invoering van de hybride vergadering in 2007.¹⁰⁰

Minder welkom is dat het Nederlandse voorstel – evenals soms de Duitse wetgever – op punten elementen overneemt uit de bestaande regeling voor de hybride vergadering, zonder rekenschap te geven van het cruciale verschil daarmee. Bij de hybride vergadering heeft de aandeelhouder steeds de keuze om toch fysiek deel te nemen, wat voor de wetgever destijds een belangrijke rol speelde in de vormgeving van de regeling voor de hybride vergadering.¹⁰¹ Dat kan vanzelfsprekend niet als de vergadering helemaal digitaal is. De aandeelhouder kan niet op de fiets springen als de verbinding wegvalt; hij neemt niet het risico op storingen voor lief (zie nader par. 5.2 hiervoor). En hij kan evenmin vermijden dat de vennootschap voor digitale deelname kosten in rekening brengt, wat de wetgever voor de hybride vergadering destijds uitdrukkelijk mogelijk heeft geacht.¹⁰² De huidige toelichting verwijst naar dit stukje wetsgeschiedenis en merkt op dat:

“in theorie ook een bijdrage [kan] worden verlangd aan de extra kosten die de vennootschap moet maken voor het openstellen van de elektronische weg (...). Wel zal in het algemeen gelden dat de voorwaarde de toegang niet onnodig mag belemmeren. Er zal sprake moeten zijn van een voorwaarde die in verhouding staat met het te bereiken doel. Uiteindelijk vinden dergelijke voorwaarden hun begrenzing in de redelijkheid en billijkheid. In het genoemde voorbeeld voor een bijdrage voor het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel mag deze kostenbijdrage bijvoorbeeld niet excessief zijn.”¹⁰³

Een kostenbijdrage kan in de niet-beursgenoteerde vennootschap en valt volgens de toelichting onder het stellen van voorwaarden aan het gebruik van het elektronische communicatiemiddel als bedoeld in art. 2:117a/227a lid 3 BW.¹⁰⁴ Onzes inziens is zo'n 'vergaderheffing' echter in geen geval passend, althans niet wanneer de vergadering volledig digitaal plaatsvindt en een aandeelhouder dus steeds zou moeten betalen om zijn rechten te kunnen uitoefenen. De gelijkstelling met de hybride vergadering is op dit punt misplaatst. De veiligheidskleppen die de toe-

lichting in het citaat aanbrengt, maken dit niet anders. De toelichting verdient op dit punt bijstelling.

7. Slot

De digitale vergadering heeft de toekomst. Daar lijkt het in Duitsland in ieder geval wel op. Een groot deel van de DAX-vennootschappen houdt zijn vergadering in 2023 digitaal.¹⁰⁵ Kennelijk is de nieuwe wet aantrekkelijk genoeg om virtueel te blijven. Vennootschappen wijzen ook op de duurzaamheidsvoordelen, de bredere toegankelijkheid en – zeker niet onbelangrijk – de 'Millioneneinsparungen'.¹⁰⁶

In Nederland zal het vergaderseizoen 2023 zich (weer) fysiek afspelen, nu de coronaregeling is vervallen. Voor de jaren erna biedt de voorgestelde regeling een goede basis. Vergeleken met de Duitse wet biedt het consultatievoorstel vennootschappen meer flexibiliteit. Op enkele punten is niettemin ruimte voor verbetering of verduidelijking. Wij noemden onder andere de bijeenroeping door gemachtigde aandeelhouders, het wel of niet aanzetten van de camera, het recht van amendement en de inspanningsplicht. Daarnaast zou de wetgever er goed aan doen om de gesplitste algemene vergadering te stimuleren. Het leentjebuurt spelen bij de hybride vergadering verdient ten slotte heroverweging.

100 Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 8, toen de eis dat een hybride aandeelhouder ter vergadering het woord kon voeren nog 'technisch bezwaarlijk' werd geacht.

101 Vgl. o.m. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 019, nr. 3, p. 8: 'Aandeelhouders behouden te allen tijde het recht om aan de fysieke vergadering deel te nemen en aldaar het woord te voeren. *Aandeelhouders die daarvoor niet kiezen* zien welbewust af van hun recht om daarin het woord te voeren. (...) 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. Aandeelhouders moeten zich bewust zijn van deze mogelijkheid wanneer zij *kieszen* voor deze vorm van participatie.' [curs. auteurs dezes].

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

103 Concept-MVT, p. 32.

104 Concept-MVT, p. 31.

105 Zo leiden wij af uit de oproepingen die tot dusver zijn gepubliceerd op hauptversammlung.de. Eenzelfde beeld heeft O. Rieckers, 'Nachlese zur Hauptversammlungssaison 2022 und Ausblick auf 2023 (Teil 2)', *DB* 2023, p. 373. Tot de zomer van 2023 geldt overigens een overgangsregeling: het houden van een digitale vergadering behoeft nog geen statutaire grondslag.

106 Zie <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/hauptversammlung-nur-sieben-dax-konzerne-richten-ihre-aktionaerstreffen-2023-sicher-wieder-in-praesenz-aus/28885538.html>.