

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake het ambtelijk voorontwerp

“Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (PbEU 2019, L 186)”

I. Inleiding

1. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de NOvA en de KNB (de **GCV**) heeft kennisgenomen van de consultatie over het ambtelijk voorontwerp ‘Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (PbEU 2019, L 186)’ (het **Voorontwerp** en voormelde Richtlijn: de **Richtlijn**).
2. Het Voorontwerp is volgens de GCV een belangrijke stap in de modernisering van het ondernemingsrecht in Nederland. De GCV maakt hierbij dan ook graag gebruik van de gelegenheid om op het Voorontwerp te reageren.

II. Algemene opmerkingen

3. Het valt op dat Nederland in het Voorontwerp heeft gekozen voor handhaving van notariële tussenkomst voor de online oprichting van een BV. De GCV vindt dat een juiste keuze en onderschrijft de argumenten (rechtszekerheid, rechtsbescherming van partijen en bestrijding van criminaliteit) die daarvoor in de concept memorie van toelichting (p. 10) worden genoemd.
4. De GCV kan zich ook vinden in de keuze dat de online oprichting niet alleen open staat voor personen uit de Europese Unie, maar dat Nederland deze mogelijkheid ook biedt voor personen uit ‘derde landen’ (niet-EU). Bij een dergelijke brede openstelling past, zo meent de GCV, wel dat de taal van de statuten ook in het Engels zou moeten kunnen luiden. Het Voorontwerp houdt echter vast aan het Nederlands als (enige) taal voor de statuten (zie ook hierna bij de artikelsgewijze behandeling).
5. Nederland kiest er in het Voorontwerp voor om online oprichting voorsnog te beperken tot de BV. Deze keuze begrijpt de GCV, maar zij meent dat zodra enige ervaring is opgedaan met de online oprichting van BV’s serieus moet worden onderzocht of uitbreiding naar andere rechtspersonen wenselijk en haalbaar is.

6. De oprichting van de online BV moet volledig online kunnen worden vormgegeven. De GCV meent dat daar ook een elektronisch register van aandeelhouders bij hoort. Het verdient aanbeveling dat bijvoorbeeld wordt onderzocht of en in hoeverre een centraal aandeelhoudersregister kan worden gefaciliteerd in het platform dat de KNB in het kader van de online BV zal gaan beheren.
7. Op onderdelen zal de regeling nader worden uitgewerkt in verordeningen die door de KNB worden vastgesteld. Het Voorontwerp bevat derhalve nog geen afgeronde regeling. De GCV ziet uit naar deze nadere uitwerking.
8. De opmaak van het Voorontwerp verdient nog wat aandacht. Zo loopt een aantal artikelen nog niet goed en zijn er woorden weggefallen. Ook staat in het Voorontwerp een aantal onjuiste verwijzingen (bijvoorbeeld naar een verkeerde richtlijn, zoals bij de artikelen 53c, 53d lid 4e en 53d lid 4f Wna, of interne verwijzingen, zoals de verwijzing naar artikel III in Artikel III). De GCV gaat ervan uit dat deze onvolkomenheden bij de opmaak van de finale versie worden verbeterd.

III. Opmerkingen bij de wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek

Inhoudelijke stroomlijning voorgestelde en huidige artikelen Boek 2 BW

9. In het Voorontwerp is ervoor gekozen om een nieuw artikel 175a in Boek 2 BW op te nemen waarin de basisregeling voor online oprichting van de BV is opgenomen. De GCV ziet de oprichting langs elektronische weg echter niet als een geheel nieuwe wijze van oprichting, maar als elektronische variant op de bestaande procedure. De GCV zou er vanuit wetssystematisch oogpunt voor willen pleiten om een aantal onderdelen uit de nieuw voorgestelde bepaling over te hevelen naar al bestaande artikelen.
10. Zo kan het voorgestelde art. 2:175a lid 1 BW beter worden verwerkt in huidig art. 2:175 lid 2 (of een nieuw in te voegen lid 3) BW. De voorgestelde formulering ‘langs elektronische weg’ in art. 2:175a lid 1 Voorontwerp is vaag, terwijl bedoeld is een elektronische notariële akte. Het vereiste van de notariële akte staat in het bestaande art. 2:175 lid 2 BW, zodat aansluiting daarbij voor de hand ligt, waarbij bijvoorbeeld kan worden verwezen naar de definitie van elektronische notariële akte zoals bedoeld in het voorgestelde art. 53a Wet op het notarisambt.
11. Het voorgestelde lid 3 van art. 2:175a BW past inhoudelijk beter in het bestaande art. 2:191a lid 1 BW, dat immers gaat over storting in geld.

Termijnen oprichting online BV

12. Het Voorontwerp bevat, in het verlengde van de Richtlijn waarop de regeling is gebaseerd, in lid 4 van art. 2:175a BW termijnen waarbinnen de oprichting door de notaris moet worden ‘afgewikkeld’. De GCV begrijpt dat deze term wordt gebruikt in de Nederlandse vertaling van art. 13 octies lid 7 Richtlijn, maar in de context van oprichting bij notariële akte is zij onduidelijk. Is de oprichting ‘afgewikkeld’ op het moment dat de elektronische notariële akte van oprichting door de notaris is verleden of op het moment dat de BV is ingeschreven in het handelsregister? Uit de concept memorie van toelichting (p. 19) lijkt het laatste te volgen:

“Op grond van artikel 13 octies, zevende lid, dient de online oprichting te zijn afgewikkeld binnen vijf of tien werkdagen. Hieraan wordt voldaan omdat op grond van artikel 4, derde lid, van het Hrb, de Kamer van Koophandel onverwijld overgaat tot inschrijving als zij van oordeel is dat de opgave juist is en is gedaan door een daartoe bevoegd persoon.”

Echter, verderop (p. 24) wordt uitdrukkelijk vermeld:

“Onder online oprichting worden alle handelingen verstaan die nodig zijn voor het oprichten van een BV. In de praktijk betekent dit dat het verlijden van de akte plaats moet hebben gevonden binnen vijf,

respectievelijk tien, werkdagen. Inschrijving in het Handelsregister is geen constitutief vereiste voor oprichting en valt daarmee niet onder het voorgestelde artikel 175a lid 4.”

13. Omwille van de duidelijkheid zou de wettekst volgens de GCV moeten aanknopen bij het verlijden van de akte en niet bij een vage term als ‘afgewikkeld’.
14. De termijnen van vijf en tien werkdagen worden gesteld, maar als ze niet worden gehaald lijkt dit verder zonder rechtsgevolg te zijn. De notaris hoeft de oprichters op grond van het voorgestelde lid 5 van art. 2:175a BW slechts te informeren over de redenen voor de vertraging. Dit volgt ook uit de Richtlijn. In de toelichting zou verduidelijkt kunnen worden dat dit voor de notaris verder geen verplichtingen of aansprakelijkheid met zich brengt.

Bestuursverboden

15. Het valt op dat het Voorontwerp in art. 2:175a lid 6 BW tamelijk uitgebreid aandacht besteedt aan bestuursverboden die zijn opgelegd aan personen die tot bestuurder ‘willen’ worden benoemd. Het gaat hier, zo neemt de GCV aan, om personen die in de elektronische notariële akte van oprichting tot eerste bestuurder(s) zullen worden benoemd zoals bedoeld in art. 2:242 lid 1 BW. De GCV begrijpt dat het voorgestelde lid 6 voortvloeit uit art. 13 decies Richtlijn, maar die bepaling verplicht op zich niet tot de in het Voorontwerp getroffen regeling. Ter vergelijking: voor een ‘conventionele’ oprichting geldt een dergelijke regeling niet en wordt deze ook niet voorgesteld in het Voorontwerp.
16. De regeling roept ook vragen op over de reikwijdte van de onderzoeksplicht van de notaris. Mag deze zonder meer afgaan op de door potentiële bestuurders verstrekte verklaringen of moet hij deze nog onderzoeken op juistheid?
17. Het Voorontwerp acht alleen bestuursverboden relevant. Dat roept de vraag op waarom, in het verlengde daarvan, niet eenzelfde regeling geldt voor commissarissen die bij oprichting worden benoemd? Mogelijk is er in het buitenland een verbod opgelegd tot het uitoefenen van een functie als commissaris bij een rechtspersoon.
18. Nederland kiest ervoor om, zoals hiervoor in nr. 4 bleek, oprichting van een online BV ook mogelijk te maken voor personen van buiten de EU. De verklaring die in lid 6 wordt gevraagd betreft evenwel alleen bestuursverboden die zijn opgelegd in een andere lidstaat van de EU. Waarom is deze beperking aangebracht?
19. De formulering van het voorgestelde lid 7 van art. 2:175a BW sluit niet aan op lid 6. De onmogelijkheid om tot bestuurder te worden benoemd, waaraan wordt gerefereerd in lid 7, is namelijk niet gekoppeld aan de verklaring van de personen zoals bedoeld in lid 6. Met andere woorden: als een persoon een onjuiste verklaring aflegt (hem is wel een bestuursverbod opgelegd in een EU lidstaat, terwijl hij verklaart dat dit niet het geval is), is hij geen bestuurder geworden van de online opgerichte BV.

Formulering

20. Het Voorontwerp bevat op een aantal onderdelen terminologie die afwijkt van de gebruikelijke terminologie in Boek 2 BW. Vanuit het oogpunt van consistente wetgeving acht de GCV dat ongelukkig. Zo wordt in het voorgestelde lid 4 van art. 2:175a BW gesproken van ‘betaling van het aandelenkapitaal’. Deze terminologie komt weliswaar rechtstreeks uit de Nederlandse vertaling van de richtlijn (art. 13 octies lid 7 sub b), maar kan volgens de GCV beter worden vervangen door gebruikelijke terminologie. In dit geval wordt bedoeld op storting in geld op de aandelen die bij oprichting worden geplaatst.
21. Zie ook de overige opmerkingen in dit advies over formuleringen, in de nrs 9, 12, 18, 24 en 31.

Volmacht voor oprichting

22. Het Voorontwerp spreekt in art. 2:176 BW lid 2 BW over een volmacht die elektronisch is vastgelegd. Het zou goed zijn om hier een verwijzing toe te voegen naar het voorgestelde art. 53f lid 1 Wet op het notarisambt, waarin de elektronische notariële volmacht nader is geregeld.

IV. Opmerkingen bij de wijzigingen van de Wet op het notarisambt (Wna)

23. In het voorgestelde art. 53a Wna is een aantal definities opgenomen dat van toepassing is in de nieuwe Titel Va Wna. Het verdient voorkeur in de definities “eidas-verordening” en “elektronisch identificatiemiddel” rekening te houden met wijziging van de regelingen waarnaar wordt verwezen, bijvoorbeeld door een toevoeging als: “dan wel daarvoor in de plaats tredende regelgeving”.
24. In de definitie van “elektronisch identificatiemiddel” wordt aangesloten bij een betrouwbaarheidsniveau hoog. Het verdient de voorkeur dit niveau als minimum te hanteren en in het artikel *minimaal* toe te voegen.
25. Met betrekking tot art. 53b lid 1 Wna verwijst de GCV allereerst naar de nrs 8 en 9: het is de vraag of de vennootschap wordt opgericht lang elektronische weg, dan wel dat de notariële akte in het kader van het (voorts ongewijzigd gebleven) oprichtingsproces een elektronische is.
26. Mede gelet op de wijze van definiëren in het voorgestelde art. 53a Wna, stelt de GCV voor de tekst van lid 2 van art. 53b Wna te wijzigen in: “De notariële akte, bedoeld in het eerste lid, is een elektronische notariële akte.”
27. De GCV stelt voor een bepaling toe te voegen waarin wordt bepaald dat de elektronische notariële akte een akte is in de zin van artikel 156 Rv.
28. Op grond van het bepaalde in de Richtlijn en, ter uitvoering daarvan, in art. 53c Wna, wordt het model van de akte van oprichting (tevens) beschikbaar gesteld in een officiële taal van de EU. De GCV geeft graag in overweging art. 2:176 BW zo aan te passen, dat de akte ook in een andere taal dan het Nederlands kan worden gepasseerd.
29. Uit de concept memorie van toelichting (p. 4) blijkt dat het model tevens in het Engels ter beschikking wordt gesteld. De GCV kan zich voorstellen dat op den duur ook varianten in andere talen beschikbaar komen.
30. Het lijkt de GCV verstandig in nadere, uitvoerende regelgeving een verplichting tot periodieke evaluatie en aanpassing van het model op te nemen.
31. Art. 53d lid 1 Wna verplicht alle notarissen aangesloten te zijn op het door de KNB beheerde systeem voor gegevensverwerking. Uit de concept memorie van toelichting (p. 13) blijkt dat deze verplichting in verband wordt gebracht met de notariële ministerieplicht (art 21 Wna). De GCV vraagt zich af of de ministerieplicht van een notaris zo ver gaat dat ook *de wijze van* het verrichten van gevraagde werkzaamheden (te weten: digitaal in plaats van via een fysieke akte) daaronder valt. Daarbij vraagt ze zich af of het wel noodzakelijk is dat iedere notaris is aangesloten.
32. In lid 4 van art. 53d Wna wordt onder c bepaald dat de directe beeld- en geluidverbinding een “natuurgetrouwe weergave biedt van wat zich op dat moment afspeelt in de ruimtes waarin de verschijnende personen, getuigen en de notaris zich bevinden”. Deze voorwaarde is van belang voor o.a. de belehring door de notaris (zie p. 14 van de concept memorie van toelichting). Deze zal zijn dienstverlening moeten opschorten of onthouden indien de verbinding niet voldoet aan de gestelde vereisten. Termen als “natuurgetrouwe weergave” en “in de ruimtes” zijn niet voor

eenduidige uitleg vatbaar. De GCV adviseert ten aanzien van dit soort cruciale onderdelen een duidelijke bepaling op te nemen.

33. In art. 53f Wna worden beperkingen gesteld aan de volmacht die wordt afgegeven in het kader van de oprichting van een vennootschap die wordt opgericht langs elektronische weg. De volmacht kan ten eerste slechts worden verleend aan “een onder diens [de notaris] verantwoordelijkheid werkzame persoon”. Voorts kan de volmacht slechts via het systeem voor gegevensverwerking worden verleend.
34. In algemene zin vraagt de GCV zich af of deze beperkingen niet (ook) in het aangepaste art. 2:176 BW zouden moeten worden opgenomen. De aanpassing die ten aanzien van dat artikel wordt voorgesteld, lijkt een uitbreiding van de mogelijkheden volmacht af te geven als gevolg te hebben (naast schriftelijk kan óók elektronisch worden vastgelegd), terwijl het voorgestelde art. 53f Wna juist beperkingen aanbrengt.
35. Met betrekking tot de personen aan wie volmacht kan worden verleend, vraagt de GCV zich af of die kring niet breder zou moeten zijn dan een onder de verantwoordelijkheid van de notaris werkzame persoon. Wat is erop tegen een andere notaris of advocaat van hetzelfde kantoor een volmacht te laten krijgen? Of bijvoorbeeld een functionaris van de oprichter? De GCV adviseert dit artikel zodanig aan te passen dat de volmacht ten minste aan alle op het kantoor van de notaris werkzame personen en/of een andere met naam genoemde persoon kan worden verleend.
36. Het Voorontwerp bevat in het nieuwe art. 53g Wna een afwijkende regeling voor de identificatie van personen die voor de notaris verschijnen. De notaris stelt de identiteit van de partijen die voor hem verschijnen vast aan de hand van een elektronisch identificatiemiddel via het systeem voor gegevensverwerking. In afwijking van art. 39 Wna geldt deze verplichting niet alleen voor personen die de eerste keer voor hem verschijnen maar ook voor personen die al aan de notaris bekend zijn. Nu het proces van verschijnen voor de notaris bij de digitale oprichting via een beeld- en geluid verbinding zal gaan, vraagt de GCV zich af waarom in dit geval een zwaardere eis wordt gesteld aan de identificatie van partijen die al aan de notaris bekend zijn. De GCV kan zich voorstellen dat dit om technische redenen is (de elektronische handtekening kan alleen worden verwerkt na of tegelijk met elektronische identificatie) maar dat zou dan naar de mening van de GCV in de toelichting dienen te worden vermeld, omdat er overigens geen reden lijkt te zijn hier zwaardere eisen aan identificatie te stellen.
37. Het Voorontwerp bevat in het tweede en derde lid van artikel 53g Wna een regeling waarin de notaris om de fysieke aanwezigheid van partijen kan vragen indien hij redenen heeft om te vermoeden dat, kort gezegd, sprake is van identiteitsfraude of dat de regels inzake handelingsbekwaamheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid niet worden nageleefd. Volgens de toelichting laat dit alles onverlet de verplichting van de notaris zijn ministerie te weigeren wanneer daar gegronde redenen voor zijn als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna. De GCV kan zich voorstellen dat er redenen kunnen zijn voor de notaris die rechtvaardigen dat de notaris de fysieke aanwezigheid van partijen kan vragen terwijl die niet onder de redenen genoemd in artikel 53g Wna vallen, maar ook (nog) niet het zwaardere middel van dienstweigering rechtvaardigen. De GCV kent de beperking van de richtlijn op dit punt, maar de notaris zou naar de mening van de GCV meer ruimte moeten hebben om in die gevallen de fysieke aanwezigheid van partijen te vragen, mede om vast te kunnen stellen of er redenen zijn om dienst te weigeren.
38. In art. 53i Wna wordt bepaald dat de minuut van de elektronische akte in een bepaalde documentstandaard wordt gesteld en bewaard. Een praktisch aandachtspunt daarbij is op welke wijze daarvan afschriften worden gegeven. Indien de minuut wordt bewaard in een vorm die lijkt op de papieren vorm (zoals een WORD of PDF document), is nog goed voor te stellen dat

daarvan een print of elektronisch exemplaar wordt afgegeven. Indien het een meer technische, complexere vorm betreft, zal hieraan aandacht moeten worden besteed.

39. In art. 53j Wna wordt een aantal bepalingen dat de fysieke akte betreft, buiten toepassing verklaard op de elektronische notariële akte. Ook artikel 41 lid 1 sub c Wna kan daaraan worden toegevoegd, aangezien het digitale document niet meer te bewerken zal zijn na passeren van de elektronische akte.

Den Haag, 12 juli 2021

Bijlage: Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam - voorzitter

mr. Y. (Yvette) Borrius, advocaat Florent, Amsterdam

mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam

prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam

prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen

mr. L.W. (Laurens) Kelterman, notaris VBC, Amsterdam

mr. drs. R.H. (Reinier) Kleipool, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam

mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede

prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam

prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, professional support lawyer Allen & Overy, Amsterdam

mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam

mr. K.A. (Karen) Verkerk, notaris Dirkzwager, Arnhem

Secretariaat:

mr. N.J.M. Sjerps
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA Den Haag
T 070 3307226
E j.sjerps@knb.nl