

Met onderstaande reactie wil de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON) reageren op het ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de online oprichting van besloten vennootschappen (het “voorontwerp”).

Algemeen

Het voorontwerp bevat een regeling die het mogelijk maakt voor cliënten om online een besloten vennootschap op te richten. Aanleiding voor het voorontwerp is een Europese richtlijn die implementatie verlangt. Wij, (wetgevingscommissie van de VON) juichen verdere digitalisering toe en vinden het van groot belang dat Nederland een modern en goed ingericht vennootschapsrecht heeft. Daar hoort de digitale akte ook bij. Wij stellen dan ook voor dat deze wetgeving drie jaar na invoering wordt geëvalueerd en waar mogelijk ook op andere akten van toepassing wordt verklaard.

Hoewel digitalisering afstanden eenvoudig overbrugt zijn grootschalige hacks en andere cybercriminaliteit aan de orde van dag. Deep-fake verandert ook de wijze waarop personen met zekerheid kunnen worden geïdentificeerd via videoverbinding. Het is daarom van belang dat er, zeker voor het oprichten van rechtspersonen die kunnen deelnemen aan het rechtsverkeer en ook als vehikel voor witwas- en criminele activiteiten kan worden gebruikt zekerheid bestaat omtrent de (rechts-)personen die bij de oprichting als aandeelhouder en bestuurder betrokken zijn. Indien naast een video-verbinding ook een digitale identificatie moet plaatsvinden (liefst met een vorm van biometrische verificatie) vergroot dit de betrouwbaarheid hetgeen wij zeer toejuichen.

Wel is het wenselijk de vertaalslag die het voorontwerp maakt van richtlijn richting praktische uitvoering goed te analyseren en te bekijken of de online oprichting met dezelfde waarborgen is omgeven als de “traditionele” oprichting.

Bij het beschouwen van hetgeen in het voorontwerp wordt geregeld is het goed om allereerst stil te staan bij enkele kernaspecten die momenteel aan de orde zijn bij het oprichten van een rechtspersoon. Daarbij speelt de notaris een sleutelrol om als onafhankelijk openbaar ambtenaar een aantal kerntaken uit te oefenen. Allereerst is daar de voorlichtende en adviserende rol van de notaris. Ten tweede is er de vaststelling van de identiteit van de bij de oprichting betrokken personen. Vervolgens is er de vaststelling van de wils- en handelingsbekwaamheid van die personen. Tot slot is er de signalering van feiten en omstandigheden die kunnen wijzen op fraude, witwassen of andersoortig misbruik.

Het lijkt ons wenselijk om dezelfde waarborgen in te bouwen bij de digitale oprichting en gezien de kennis en ervaring van het notariaat dit bij het notariaat te houden. Het wetsvoorstel heeft hier terecht oog voor. Bij het beschouwen van het voorontwerp is het goed de hiervoor genoemde aspecten in het oog te houden.

Verder speelt de taal een rol bij het tekenen van de notariële akte. Omdat de vennootschap in het Nederlandse handelsregister moet worden geregistreerd is het noodzakelijk om de akte in het Nederlands te passeren. In de internationale praktijk wordt met vertaalde (model)akten gewerkt waarna volmacht wordt verstrekt aan een medewerker van de notaris die de akte vervolgens in het Nederlands ondertekent. Het wetsvoorstel brengt hierin geen verandering. Daar gaan wij nader op in.

Voorlichtende en adviserende rol

Het ligt op de weg van de notaris partijen die een besloten vennootschap willen oprichten te adviseren over de gevolgen daarvan, de wenselijkheid daarvan, de mogelijke alternatieven en nog vele andere onderwerpen die daarmee verband houden. Zolang er een mogelijkheid

is van communicatie tussen cliënt en notaris kan daaraan invulling worden gegeven. Het lijkt ons in algemene zin voor dit aspect niet uit te maken of de notaris en cliënt elkaar fysiek ontmoeten of dat deze communicatie via beeldverbinding, e-mail of telefonisch verloopt. Dit is overigens ook al lang bestaande praktijk.

Vaststelling identiteit

Waar het gaat om de vaststelling van de identiteit van de oprichter gaat het heel simpel gezegd om de vraag: is de persoon die zegt X te zijn daadwerkelijk X. Voor die vaststelling plegen we in de praktijk af te gaan op de waarneming van een fysiek aanwezige persoon en die waarneming te toetsen aan de gegevens die zijn opgenomen op een geldig identificatiedocument (foto, naam, geboortedatum). Als dit document en de persoon worden getoond aan de notaris via een videoverbinding was er weinig verschil met de traditionele werkwijze en zijn er in die zin geen nadelige gevolgen. Door de toenemende digitale mogelijkheden bekend als Deep-fake is deze vorm van identificatie snel aan erosie onderhevig.

Als de vaststelling van de identiteit verloopt via enkel digitale wegen (zoals een login via DigID of bij een app om te internenbankieren) is het altijd onzeker wie de notaris voor zich heeft. Iemand kan immers zijn “pasje” en “inlogcode” vrijwillig of onvrijwillig aan een ander hebben gegeven en die laatste is daarmee in de gelegenheid zich digitaal als de eerstgenoemde persoon voor te doen. De e-idas richtlijn voorziet op dit moment niet in identificatie die voor een notaris voldoende zekerheid geeft over de juistheid van de identiteit van de oprichter. Het verdient aanbeveling om hier nog extra waarborgen voor de notaris te geven.

Een combinatie van beide vormen vergroot de zekerheid omtrent de identiteit van de persoon. Indien tijdens de video-conferentie de persoon zich nog moet identificeren met een biometrisch kenmerk neemt dit nog verder toe.

Het voorontwerp schrijft dwingend voor in artikel 53d Wna (nieuw) dat het systeem waarop alle notarissen worden aangesloten moet voorzien in een directe beeld- en geluidsverbinding.

Wils- en handelingsbekwaamheid

Een ander belangrijke functie van de notariële betrokkenheid bij de oprichting van rechtspersonen is het kunnen controleren van de wils- en handelingsbekwaamheid van partijen. Met de hiervoor genoemde directe beeld- en geluidsverbinding zou daar in algemene zin net zo goed aan kunnen worden voldaan als wanneer men zich traditioneel op kantoor zou melden. Weliswaar is in extreme situaties niet vast te stellen wat er “buiten beeld” gebeurt (bijvoorbeeld of een cliënt onder dwang of bedreiging handelt) maar die situaties zijn ook mogelijk wanneer de bedreiger niet in de kamer van de notaris aanwezig is, bijvoorbeeld wanneer de familie van de ondertekenaar thuis in gijzeling wordt gehouden.

Fraude, witwassen en andersoortig misbruik

De digitale oprichting van de besloten vennootschap brengt geen wijzigingen in de verplichtingen die op de notaris rusten om onderzoek te doen naar mogelijke fraude, witwassen en andersoortig misbruik en daar zo nodig op te acteren. De wijze van het uitwisselen van vragen en informatie gebeurt ook nu vaak digitaal (via e-mail). Dat de oprichting zelf uiteindelijk digitaal tot stand komt brengt op dit punt dan oog geen wijziging met zich mee.

Termijn voor oprichting

Artikel 2:175a lid 4 geeft een termijn waarbinnen de oprichting moet worden afgerond. Deze is vijf dagen in geval alle oprichters natuurlijke personen zijn en die gebruikmaken van de modelakte, en tien dagen in andere gevallen. Gelet op de inbedding in dit artikel 2:175a gaan wij ervan uit dat ook deze tien dagen dus zien op een situatie van een elektronische oprichting. Praktisch gezien zouden wij menen dat er dus eerst een verzoek moet zijn van een cliënt aan een notaris om een digitale oprichting te verzorgen, vervolgens – na zorgvuldige Wwft analyses – een acceptatie van de cliëntrelatie en de opdracht. Onduidelijk is wat wordt bedoeld met “alle documenten en informatie” in relatie tot het voorgaande. Wij gaan ervanuit dat dit inclusief de benodigde informatie voor het cliëntonderzoek is. Dit behoeft verduidelijking.

Taal

Artikel 176 wordt gewijzigd maar wat niet wordt gewijzigd is de bepaling in het nieuwe lid 1 dat de akte van oprichting wordt verleden in de Nederlandse taal en dat de ondertekenaar deze machtig moet zijn. Dit lijkt strijdig met het nieuwe artikel 53c lid 1 Wna waarin wordt bepaald dat een model wordt aangewezen in een vreemde taal. Wij stellen voor de wet zo te wijzigen dat de KNB het model laat vertalen in meerdere talen. Indien de persoon die de akte tekent de Nederlandse taal niet machtig is maar wel één van de talen waarin het model is vertaald en de notaris deze taal voldoende verstaat dan omvat digitale ondertekening de ondertekening van de Nederlandse akte. Hierdoor wordt de inzet van een medewerker van het notaris kantoor als gevolmachtigde, zonder enige extra toegevoegde waarde behalve dat deze de Nederlandse taal machtig is, vermeden. Daarbij zou vertaling van de modelakte in ieder geval in het Duits, Frans, Italiaans en Spaans moeten plaatsvinden. Wij kunnen ons voorstellen dat de modelakte, net als de Europese Verklaring van erfrecht, wordt vertaald in elke taal van de Europese Unie.

Plaats

Het spreekt voor zich dat bij een digitale oprichting de ondertekenaars zich niet op het grondgebied van Nederland behoeven te bevinden. Artikel 13 Wet op het Notarisambt verplicht de notaris ambtelijke handelingen te verrichten op het grondgebied van Nederland. Er kan discussie ontstaan waar de notaris zijn digitale ambtelijke handeling verricht. Graag zouden wij hier een verduidelijking zien.

Rechtspersoon-oprichters

In het voorontwerp wordt niet met zoveel woorden melding gemaakt van de mogelijkheid dat niet een natuurlijk persoon maar een rechtspersoon de oprichter van een besloten vennootschap is. Die mogelijkheid lijkt wel te volgen uit de frase “andere gevallen” in artikel 2:175a lid 4. Onduidelijk is hoe deze rechtspersoon digitaal een akte gaat ondertekenen. Kan een rechtspersoon een eigen ID krijgen? Of gaat de vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder digitaal tekenen en wordt – op gebruikelijke wijze – door de notaris onderzocht dat deze persoon inderdaad bevoegd is de oprichter te vertegenwoordigen?

Bijzondere aandacht verdient nog de rechtspersoon-oprichter die geen Nederlandse rechtspersoon is. Hier is het gangbare praktijk dat de notaris een opinie of bevestiging van een buitenlandse jurist verkrijgt die het bestaan en de bevoegdheid van de oprichter bevestigt. Is een dergelijke verklaring begrepen in de “alle documenten en informatie” van artikel 2:175 lid 4 (nieuw)?

Het bestuursverbod

Artikel 106a, b en c van de faillissementswet vermeldt dat personen aan wie een bestuursverbod is opgelegd niet tot bestuurder kunnen worden benoemd en bestaande

bestuursbenoemingen kunnen worden ontnomen door de rechter. Dit geldt alleen voor in Nederland genoemde personen.

Het nieuwe wetsvoorstel verruimt dit verbod naar internationale bestuursverboden op specifieke grondslagen voor de digitaal opgerichte besloten vennootschap. Wij zien echter geen reden om deze bepaling voor de internationale rechtspraak niet van toepassing te verklaren voor alle rechtspersonen, ongeacht de wijze van oprichting. Het is toch merkwaardig als een BV niet digitaal kan worden opgericht vanwege een in het buitenland opgelegd bestuursverbod maar wel op de traditionele wijze.

Rechtspersoon Bestuurder

In het voorontwerp wordt niet met zoveel woorden melding gemaakt van de mogelijkheid dat niet een natuurlijk persoon maar een rechtspersoon de bestuurder van een besloten vennootschap is. Indien aan een rechtspersoon geen bestuursverbod is opgelegd maar aan een van diens bestuurders wel dan ontstaat er volgens ons een ongewenste situatie als deze rechtspersoon bestuurder wordt.

Vandaar dat wij voorstellen aan artikel 175 a een lid 8 toe te voegen luidende: Indien een rechtspersoon bestuurder wordt dient de verklaring tevens te zien op elk van de directe en indirecte bestuurders van de rechtspersoon.

Conclusie

De VON kan zich op hoofdlijnen goed vinden in de voorgestelde regeling. Nederland heeft een goed werkend rechtsverkeer met flexibele wetgeving en een efficiënte (zowel qua kosten als snelheid) werkend notariaat. Dat vertaalt zich in een goed vestigingsklimaat. Dit is onder andere zichtbaar op de Amsterdamse effectenbeurs die ook in internationaal perspectief aantrekkelijk is. Wij zien verdergaande digitalisering als een mogelijkheid om de concurrentiepositie van Nederland als vestigingsland voor rechtspersonen verder te versterken en juichen dit ook toe.

Belangrijk is de uitvoering in de praktijk. Daarbij is van belang dat geen concessies worden gedaan ten opzichte van de gangbare praktijk waar het gaat om (i) de mogelijkheid tot advisering en voorlichting; (ii) identificatie van partijen; (iii) vaststellen van de wils- en handelingsbekwaamheid, en (iv) het voorkomen van fraude, witwassen en andersoortig misbruik. Met name de verplichte beeld- en geluidsverbinding die in het voorontwerp is voorzien in combinatie met de digitale identificatie lijkt te zorgen dat op even goede wijze als in de huidige praktijk aan deze punten kan worden voldaan. De regeling kan op onderdelen nog worden verduidelijkt. De VON acht zich niet het meest deskundig op het gebied van digitale beveiliging. Het mag voor zich spreken dat waar we aan de ene kant digitalisering toejuichen waar het het leven van cliënten en notarissen vergemakkelijkt, we aan de andere kant ook vinden dat de gebuikte systemen aan de technisch hoogst mogelijke standaarden moeten voldoen om de rechtszekerheid en betrouwbaarheid maximaal te dienen.

Wetgevingscommissie Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON)

Mr. A.H.G. Wilod Versprille

Mr. N.A.H. Wolswijk