

Reactie op de internetconsultatie van het Voorontwerp online oprichting besloten vennootschappen

Aan: het Ministerie van Justitie en Veiligheid

HOUTHOFF

12 juli 2021

1. Inleiding

- 1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennisgenomen van het Voorontwerp online oprichting besloten vennootschappen ("**Voorontwerp**") en het bijbehorende ontwerp van de memorie van toelichting ("**Toelichting**") ter implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie 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 ("**Richtlijn**"). De Richtlijn en het Voorontwerp passen bij de steeds verdergaande digitalisering van het rechtsverkeer en voorzien in een praktijkbehoefte. Zo zijn bijvoorbeeld tijdens de coronacrisis positieve ervaringen opgedaan met het digitaal identificeren van cliënten en partijen bij een notariële akte. Bovendien is Nederland verplicht de reeds in 2019 aangenomen Richtlijn te implementeren.
- 1.2. Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om op het Voorontwerp en de Toelichting te reageren. Hierna volgen per wetsartikel onze opmerkingen en suggesties.

2. Artikel 2:175a Burgerlijk Wetboek

- 2.1. In artikel 2:175 lid 2 Burgerlijk Wetboek ("**BW**") is bepaald dat een besloten vennootschap wordt opgericht bij notariële akte. Het Voorontwerp voorziet in een nieuw artikel 2:175a BW waarin onder andere wordt bepaald dat de oprichting langs elektronische weg kan plaatsvinden. In lid 1 van conceptartikel 2:175a BW zou – ter verduidelijking van de wijze waarop een oprichting langs elektronische weg plaatsvindt – een verwijzing kunnen worden opgenomen naar de elektronische notariële akte zoals bedoeld in artikel 53b van de Wet op het notarisambt ("**Wna**").
- 2.2. De conceptartikelen 2:175a lid 4 en lid 5 BW bevatten een instructie aan de notaris om een vennootschap op te richten (afhankelijk van de hoedanigheid van de oprichters en het al dan niet gebruiken van een modelakte) binnen vijf of tien dagen na ontvangst van alle benodigde informatie en betaling van het kapitaal, respectievelijk een instructie aan de notaris om de oprichter te informeren indien vertraging optreedt.
 - a. Omdat deze voorschriften zien op de beroepsuitoefening van de notaris en de wijze waarop de notaris met zijn cliënten dient om te gaan, zou deze regeling wat ons betreft meer op zijn plaats zijn in de Wna of een Verordening van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie dan in Boek 2 BW.
 - b. In de praktijk komt het voor dat oprichters een vennootschap wensen op te richten op een bepaalde datum, bijvoorbeeld op 1 januari van een kalenderjaar. Verduidelijkt zou kunnen worden dat de notaris (uiteraard) niet gehouden is de

oprichting te verzorgen binnen de gestelde termijn als de oprichters een instructie geven om op een later moment op te richten.

- c. Ten overvloede merken we op dat, omdat de termijn pas gaat lopen wanneer de notaris alle benodigde informatie heeft ontvangen en alle digitale betalingen zijn gedaan, de gestelde termijnen in de praktijk eenvoudig kunnen worden gehaald.

2.3. Conceptartikel 2:175a lid 7 BW bevat het voorschrift dat personen die in een andere lidstaat van de Europese Unie (EU) een bestuursverbod opgelegd hebben gekregen ("**buitenlands bestuursverbod**"), op basis van omstandigheden die ook in Nederland tot een bestuursverbod zouden leiden, niet kunnen worden benoemd tot bestuurder van een digitaal op te richten vennootschap.

- a. De beperkte erkenning van buitenlandse bestuursverboden – namelijk beperkt tot bestuursverboden op basis van omstandigheden die ook in Nederland tot een bestuursverbod zouden leiden – vereist dat de notaris beoordeelt of een buitenlands bestuursverbod al dan niet moet worden erkend. Dit is niet eenvoudig, met name niet omdat buitenlandse bestuursverboden weliswaar sterk kunnen lijken op Nederlandse bestuursverboden, maar niet altijd één-op-één overeenkomen. Of er sprake is van een vergelijkbaar bestuursverbod vereist bovendien kennis van het buitenlandse recht, waarvoor de notaris niet is opgeleid en welke kennis bijna altijd zal ontbreken. Bovendien is dit een beoordeling die eerder thuishoort bij de rechter dan bij de notaris. Wat ons betreft, zou de erkenning van buitenlandse bestuursverboden achterwege moeten blijven of ongeclausuleerd moeten plaatsvinden, zodat de notaris niet gehouden is om buitenlandse bestuursverboden inhoudelijk te beoordelen, maar alleen controleert – voor zover dat mogelijk is - of een buitenlands bestuursverbod is opgelegd.
- b. Buitenlandse bestuursverboden worden op grond van dit Voorontwerp enkel erkend indien een vennootschap digitaal wordt opgericht. Wij merken op dat bij een reguliere oprichting hetzelfde risico speelt dat een persoon met een buitenlands bestuursverbod wordt benoemd tot bestuurder van een Nederlandse vennootschap. De gemaakte keuze heeft daarmee iets willekeurigs. Wij begrijpen dat het Voorontwerp dient ter implementatie van de Richtlijn maar menen dat het (al dan niet) erkennen van buitenlandse bestuursverboden voor zowel digitale als reguliere oprichtingen gelijkelijk zou moeten plaatsvinden.
- c. Het wetsvoorstel *Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verruiming van de mogelijkheden tot het verbieden van rechtspersonen*¹ voorziet in de

¹ *Kamerstukken I 2020/21, 35 366, nr. A (voorstel van wet).*

invoering van een bestuursverbod in een nieuw artikel 2:20a BW. Hetzelfde geldt voor conceptartikel 2:19c BW, indien de *Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie*² in de huidige vorm wordt vastgesteld.³ Indien wordt vastgehouden aan beperkte erkenning van buitenlandse bestuursverboden, zouden ook buitenlandse bestuursverboden die vergelijkbaar zijn met die uit hoofde van artikel 2:20a BW en 2:19c BW reden moeten zijn om niet tot bestuurder van een Nederlandse vennootschap te kunnen worden benoemd. Bij gebreke van Europese harmonisatie en een eenvoudig raadpleegbaar register, kan de praktijk hier niet mee uit de voeten.

- d. Ten slotte zijn (worden) de Nederlandse bestuursverboden neergelegd in artikel 106b lid 1 van de Faillissementswet, 2:20a BW, 2:19c BW en (voor stichtingen) 2:298 BW. Indien wordt vastgehouden aan beperkte erkenning van buitenlandse bestuursverboden, zou deze erkenning bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in ieder van deze artikelen. Als alternatief zou een meer algemene verwijzing kunnen worden opgenomen naar de gronden voor een bestuursverbod onder Nederlands recht.

2.4. Conceptartikel 2:175a lid 6 BW schrijft voor dat de notaris aan een beoogd bestuurder vraagt of hij een buitenlands bestuursverbod opgelegd heeft gekregen.

- a. Deze verklaring wijkt af van artikel 13 decies lid 2 van de Richtlijn, waaruit blijkt dat een verklaring mag worden verzocht van beoogd bestuurders dat zij op de hoogte zijn van omstandigheden die kunnen leiden tot een bestuursverbod in Nederland. Uit de Richtlijn blijkt niet of de in conceptartikel 2:175a lid 6 BW opgenomen verklaring mag worden gevraagd.
- b. Wij menen dat het weinig effectief is om een persoon met een buitenlands bestuursverbod – die in strijd met het Nederlandse recht bestuurder wenst te worden van een Nederlandse vennootschap – te vragen naar diens bestuursverbod. Het is maar zeer de vraag of deze persoon naar waarheid antwoordt. Het is niet alleen beter controleerbaar maar ook meer in lijn met het beoogde doel van een bestuursverbod als de notaris zich uitsluitend baseert op openbare informatie uit registers. Bovendien schrijven artikel 13 decies lid 3 en lid 4 van de Richtlijn voor dat lidstaten een systeem implementeren waaruit ook andere lidstaten kunnen afleiden of aan een bepaalde persoon een bestuursverbod is opgelegd, dan wel, of een persoon is ingeschreven in een van hun registers met informatie die relevant is voor het opleggen van een bestuursverbod. Het lijkt effectiever om de notaris te instrueren deze informatie

² <https://www.internetconsultatie.nl/turboliquidatie>

³ Overigens bevat artikel 2:298 BW een bestuursverbod specifiek voor stichtingen.

te raadplegen dan om de beoogd bestuurder een verklaring te laten afleggen. Denkelijk is de notaris op basis van zijn maatschappelijke taak hoe dan ook gehouden deze beschikbare en openbare informatie uit Nederlandse of Europese registers te raadplegen om te voorkomen dat een bestuurder wordt benoemd in strijd met het bepaalde in conceptartikel 2:175a lid 7 BW.

- c. Voor de kenbaarheid voor beoogd bestuurders van de gronden voor een bestuursverbod is wat ons betreft niet vereist dat de grondslagen worden herhaald in het huidige conceptartikel 2:175a lid 6 BW. Deze informatie kan worden opgenomen op het ondernemersplein van de Kamer van Koophandel.

3. Artikel 2:176 Burgerlijk Wetboek

- 3.1. In conceptartikel 2:176 lid 2 BW is opgenomen dat een volmacht tot digitale oprichting van een vennootschap ook elektronisch mag worden vastgelegd.
 - a. Om de volmacht te kunnen koppelen aan de elektronische notariële akte is vereist dat de volmacht elektronisch is vastgelegd (zie paragraaf 5.2.3 van de Toelichting). In artikel 2:176 lid 2 BW zou naar onze mening duidelijker tot uitdrukking moeten worden gebracht dat een volmacht tot digitale oprichting van een vennootschap *uitsluitend* elektronisch kan worden vastgelegd.
 - b. De Toelichting gaat ervan uit dat een volmacht tot digitale oprichting uitsluitend digitaal kan worden afgegeven. Dit lijkt ingegeven door de technische mogelijkheden: het is niet mogelijk om een papieren volmacht aan een elektronische notariële akte te hechten. Onderzocht zou kunnen worden of een papieren volmacht kan worden gedigitaliseerd ter aanhechting aan een elektronische notariële akte. In de praktijk komt het voor dat oprichters een doorlopende (notariële) volmacht afgegeven aan medewerkers van de notaris om met enige regelmaat vennootschappen op te richten. Indien de techniek het toestaat, zien wij geen reden waarom van dergelijke volmachten geen gebruik zou mogen worden gemaakt voor oprichtingen door middel van een elektronische notariële akte. Bijvoorbeeld kan de notaris een kopie conform van een (niet elektronische) notariële volmacht digitaal ondertekenen, waarna het digitale afschrift aan de elektronische notariële akte kan worden gehecht.

4. Artikel 53c Wet op het notarisambt

- 4.1. Blijkens de Toelichting wordt een modelakte van oprichting (conform de Richtlijn) beschikbaar gesteld in een officiële taal van de Unie die zoveel mogelijk grensoverschrijdende gebruikers grotendeels begrijpen. In Nederland zal dit het Engels zijn. Niettemin wordt geen gebruik gemaakt van de door de Richtlijn geboden mogelijkheid om een vennootschap op te richten in een andere taal dan het

Nederlands. Hoewel de modelakte in het Engels beschikbaar komt, zal de elektronische notariële akte in het Nederlands moeten worden verleden. Wij pleiten ervoor om mogelijk te maken dat een vennootschap wordt opgericht met een Engelstalige akte en Engelse statuten. Dit bevordert naar onze mening het vestigingsklimaat in Nederland. Wat ons betreft, geldt dit voor alle Nederlandse rechtspersonen en zou dit moeten worden gerealiseerd door toevoeging van het Engels als toegestane taal in de artikelen 2:27 lid 2 BW, 2:65 BW, 2:124 lid 1 BW, 2:176 lid 1 BW, 2:234 lid 1 BW en 2:286 lid 2 BW.

- a. Ten eerste worden buitenlandse oprichters van een Nederlandse vennootschap naar huidig recht geconfronteerd met een oprichtingsakte in het Nederlands die zij (vaak) niet begrijpen. Een Engelse vertaling van de Nederlandse oprichtingsakte biedt tot op zekere hoogte uitkomst, maar bij afwijkingen tussen de Nederlandse en de Engelse versie is de Nederlandse versie leidend, terwijl juist deze versie niet wordt begrepen door buitenlandse oprichters.
- b. Ten tweede is het naar huidig recht mogelijk om (bijvoorbeeld) een akte van levering van aandelen of een akte van uitgifte van aandelen in een andere taal dan het Nederlands te passeren, mits de notaris de taal voldoende begrijpt. Er lijkt geen goede reden voor het voorschrift dat een akte van oprichting alleen in het Nederlands kan worden verleden. De gedachte achter dit voorschrift is dat personen die met de vennootschap handelen de statuten van de vennootschap moeten kunnen begrijpen. Hiertegen kan worden ingebracht dat wederpartijen van een vennootschap de voor hen relevante informatie (zoals de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurders) kunnen afleiden uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Op grond van artikel 25 van de Handelsregisterwet 2007 mogen deze wederpartijen bovendien vertrouwen op de juistheid van de informatie die is opgenomen in het handelsregister.
- c. Ten derde kost het opstellen van een Engelse vertaling van een Nederlandse akte de notaris veel tijd, waardoor de oprichter met (onnodige) kosten wordt geconfronteerd. Elke wijziging in de conceptakte van oprichting moet bijvoorbeeld in twee documenten worden verwerkt.

5. Artikel 53d Wet op het notarisambt

- 5.1. Het systeem voor gegevensverwerking dat wordt ondergebracht bij de KNB ("**KNB-systeem**") zal voorzien in de mogelijkheid tot identificatie van partijen, getuigen, tolken, gevolmachtigden en de notaris door middel van een elektronisch communicatiemiddel (lid 4 sub b) en in de mogelijkheid tot het ondertekenen van een digitale volmacht tot oprichting (lid 4 sub d).

- a. Ook de bestuurders van de op te richten vennootschap moeten worden geïdentificeerd voor inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. In de praktijk wordt deze identificatie meestal verricht door de notaris aan de hand van een door de bestuurder ondertekend document (bijvoorbeeld een datacard) met diens persoonlijke gegevens en handtekening, waarop een legalisatie wordt gevraagd. De mogelijkheid tot (i) digitale identificatie van beoogd bestuurders, en (ii) digitale ondertekening van datacards, zou naar onze mening moeten worden toegevoegd aan het KNB-systeem. Hierbij is overigens de vraag hoe de handtekening van de bestuurders moet worden gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel: digitaal of in inkt. Wellicht dat dit aan de orde komt in het afzonderlijke traject tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2014 ("**Handelsregistertraject**"). Indien de handtekening in inkt moet worden gedeponereerd, is het oprichtingsproces niet langer geheel digitaal.
 - b. De notaris is verplicht tot het doen van cliëntonderzoek zoals bedoeld in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. In de praktijk vraagt de notaris de oprichter van een vennootschap om een cliëntidentificatieformulier, waarop onder andere wordt aangegeven wie de uiteindelijk belanghebbenden (UBO) van de oprichter zijn (als de oprichter een rechtspersoon is) en of de oprichter een *politically exposed person* (PEP) is (als de oprichter een natuurlijk persoon is). De mogelijkheid tot digitale ondertekening van een cliëntidentificatieformulier zou moeten worden toegevoegd aan het KNB-systeem. Als een PEP betrokken is, dient deze persoon bovendien te worden geïdentificeerd. Ook de mogelijkheid tot identificatie van een PEP zou kunnen worden toegevoegd aan het KNB-systeem.
- 5.2. Het KNB-systeem zal voorzien in de mogelijkheid tot digitale betaling van (onder andere) het aandelenkapitaal (lid 4 sub e). Dit betekent dat de op te richten vennootschap een bankrekening moet hebben om de betaling te ontvangen. In de praktijk blijkt het (vrijwel) onmogelijk om een bankrekening te openen voor een vennootschap in oprichting (i.o.). Banken vragen als onderdeel van hun cliëntonderzoek stevast om een kopie van de gepasseerde akte van oprichting. Bovendien duurt het proces van het openen van een bankrekening regelmatig weken of zelfs maanden. Als banken deze lijn doortrekken naar de digitale oprichting van vennootschappen, zal het in de praktijk onmogelijk zijn om het kapitaal van een digitaal op te richten vennootschap digitaal vol te storten. Het is maar zeer de vraag of de oprichter de aandelen na oprichting (zonder verdere betrokkenheid van de notaris) alsnog volstort. Wellicht kan worden voorzien in een regeling die het openen van bankrekeningen namens een vennootschap i.o. faciliteert. Onderdeel van de regeling

zou kunnen zijn dat de digitaal op te richten vennootschap als vennootschap i.o. wordt ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Wellicht is dit een onderwerp dat aan de orde komt in het Handelsregistertraject.

- 5.3. Op grond van artikel 2:180 lid 1 BW bestaat er een verplichting om een authentiek afschrift van de akte van oprichting van een besloten vennootschap neer te leggen bij het handelsregister. Bovendien is de notaris op grond van artikel 49 lid 1 Wna gehouden om partijen bij de akte te voorzien van een afschrift. Het KNB Systeem zou kunnen faciliteren dat de notaris een digitaal afschrift van de oprichtingsakte afgeeft, ter verschaffing aan de oprichters en ter inschrijving in het handelsregister. Artikel 49 lid 1 Wna staat niet in de weg aan het digitaal ondertekenen van afschriften.

6. Artikel 53f Wet op het notarisambt

- 6.1. Conceptartikel 53f Wna maakt mogelijk dat een volmacht tot medewerking aan een elektronische notariële akte digitaal wordt ondertekend via het KNB Systeem. Tijdens de coronacrisis zijn positieve ervaringen opgedaan met de digitale identificatie van cliënten en partijen bij een notariële akten. Partijen bij een notariële akte wordt in de praktijk gevraagd om tijdens een videogesprek een identificatiebewijs te laten zien en een volmacht voor het passeren van een notariële akte te ondertekenen. Hiermee wordt voorkomen dat partijen hun handtekening moeten laten legaliseren bij een lokale notaris, en voorzien van apostille. Dit proces kost in veel lidstaten geruime tijd. De praktijk zou er enorm mee geholpen zijn als het digitaal identificeren van partijen en het digitaal ondertekenen van volmachten voor notariële akten wordt gefaciliteerd voor alle notariële akten (waarvoor geen notariële volmacht is vereist). Wat ons betreft, zou het KNB Systeem mogelijk moeten maken dat volmachten tot medewerking aan alle notariële akten (waarvoor geen notariële volmacht is vereist) digitaal kunnen worden ondertekend en niet slechts volmachten tot medewerking aan een elektronisch notariële akte.

7. Artikel 53g Wet op het notarisambt

- 7.1. Conceptartikel 53g lid 3 Wna bepaalt dat de notaris de fysieke aanwezigheid van een oprichter kan verlangen indien de notaris twijfelt of de oprichter rechtsgeldig wordt vertegenwoordigd. Ook op basis van zijn maatschappelijke taak is de notaris gehouden om te controleren of partijen bij een akte rechtsgeldig worden vertegenwoordigd. Indien een vennootschap wordt opgericht door een buitenlandse rechtspersoon vraagt de Nederlandse notaris in de praktijk om een verklaring van een lokale notaris waaruit blijkt welke persoon of personen de buitenlandse rechtspersoon kunnen vertegenwoordigen. Om te verifiëren of deze verklaring daadwerkelijk door een bevoegd notaris is afgegeven, verzoekt de Nederlandse notaris om de verklaring

te laten voorzien van een apostille, op basis van het Verdrag tot afschaffing van het vereiste van legalisatie voor buitenlandse openbare akten ("**Apostillevetrag**"). Het lijkt niet mogelijk om deze procedure van notariële verklaringen met apostille te digitaliseren, althans niet op basis van de Richtlijn en zonder aanpassing van het Apostillevetrag. Idealiter wordt deze problematiek op termijn opgelost door harmonisatie van de handelsregisters van de lidstaten van de EU, in ieder geval voor wat betreft de informatie die wordt opgenomen over de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders en de bescherming van derden die op deze informatie vertrouwen. Zo zou bijvoorbeeld een Nederlandse notaris met voldoende zekerheid uit een (centraal Europees) handelsregister kunnen afleiden welke bestuurders een rechtspersoon uit een andere lidstaat mogen vertegenwoordigen.

8. Tot slot

Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting op onze reactie. Onze contactgegevens zijn hieronder te vinden.

CONTACTGEGEVENS

Thomas de Rave

T 020 605 6519

E t.de.rave@houthoff.com

Marleen van Uchelen-Schipper

T 020 605 6430

E m.van.uchelen@houthoff.com

Paul de Vries

T 020 605 6187

E p.de.vries@houthoff.com