



Advies Netwerk Notarissen

Internetconsultatie voorontwerp online oprichting besloten vennootschappen

Met dit advies reageert Netwerk Notarissen op het voorontwerp online oprichting besloten vennootschappen. De reactie ziet met name op de onderdelen die zien op de notariële praktijk waar onze expertise ligt.

Algemeen

Netwerk Notarissen staat in het algemeen positief tegenover het digitaliseren van administratieve processen, maar zet kanttekeningen bij de voorgestelde vormgeving van het digitaliseren van de totstandkoming van de notariële akte. Wel wordt vanuit Netwerk Notarissen onderschreven dat de oprichting van de een B.V. het beste kan geschieden met notariële tussenkomst.

Bij de oprichting van een besloten vennootschap biedt de notaris rechtszekerheid en daarmee rechtsbescherming. De notaris controleert de identiteit, vertegenwoordigingsbevoegdheid, de wil en de wilsbekwaamheid, handelingsbevoegdheid en beschikkingsbevoegdheid van partijen en hun vertegenwoordigers. De notaris legt alle rechtshandelingen vast in een authentieke akte. Dit alles biedt rechtszekerheid voor partijen, belanghebbenden en het rechtsverkeer in het algemeen. De notaris geeft voorafgaand aan het vastleggen van de rechtshandeling in een notariële akte op maat advies en voorlichting aan de partijen, zodat zij geholpen worden te bereiken wat zij willen. De notaris houdt daarbij rekening met verschillende scenario's, zodat de partijen daarin beschermd zijn.

Tot slot heeft de notaris een wettelijke poortwachtersrol. Deze houdt onder andere in dat de notaris de akte inschrijft bij de Belastingdienst (CDR). Daarnaast moet de notaris in sommige gevallen dienst weigeren, bijvoorbeeld als sprake kan zijn van strijd met de wet of openbare orde. Ook verricht de notaris op grond van de Wwft cliëntenonderzoek, meldt de notaris ongebruikelijke transacties aan de FIU Nederland en registreert hij UBO's. Bij het oprichten van een B.V. komen geldstromen kijken, omdat er op de aandelen moet worden gestort in geld of in natura en dit brengt extra witwas risico's met zich. Het is ons onvoldoende duidelijk hoe het voorontwerp zich verhoudt tot de uit de Wwft voortvloeiende verplichtingen in het algemeen en de uit het tuchtrecht voortvloeiende normen ten aanzien van de dienstverlening van de notaris (met betrekking tot verschillende soorten van onderzoek, ook die op grond van de Wna) in het bijzonder.

Via reeds bestaande online platforms waar het proces digitaal verloopt zien wij dat er een groter risico kan bestaan op frauduleuze handelswijzen en dat gebruik wordt gemaakt van 'katvangers' als oprichters van een B.V. De intake geschiedt immers voor een groot deel digitaal door anderen dan het notaris kantoor waar uiteindelijk de volmacht wordt ondertekend. Wij zien in het voorontwerp niet terug of onderzoek is gedaan naar de werkwijze van deze online platforms en welke waarborgen in het voorontwerp zitten zodat de kans op fraude kan worden verminderd. Uit de ervaring met de oprichting via digitale platforms kan worden geleerd waardoor misbruik en fraude kan worden voorkomen.

Netwerk Notarissen is van mening dat het voorontwerp thans te weinig grondslagen biedt voor de notaris om bij het digitale proces van de oprichting van besloten vennootschappen de hierboven omschreven (wettelijke) taken goed uit te oefenen. Wij vragen ons af of er voldoende bescherming is van alle belangen, zowel de individuele belangen als de belangen van de maatschappij bij het op deze wijze van oprichten van een B.V.

Aan de hand van enkele onderdelen uit het voorontwerp lichten wij onze kanttekeningen toe.

Het elektronisch identificeren van partijen

In het nieuwe artikel 2:175a lid 1 BW wordt de mogelijkheid geïntroduceerd een vennootschap op te richten langs elektronische weg. Artikel 53d Wna geeft aan dat dit zal gebeuren in een systeem voor gegevensverwerking. Artikel 53g Wna zegt dat de notaris de identiteit van partijen vaststelt door middel van een elektronisch identificatiemiddel. De notaris kan om fysieke verschijning van personen verzoeken bij redenen om te vermoeden dat identiteitsfraude is gepleegd of omdat er redenen zijn om te vermoeden dat de regels inzake handelingsbekwaamheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid niet worden nageleefd. Wij vragen ons af in hoeverre de notaris deze beoordeling digitaal kan maken en of dit de aansprakelijkheid van de notaris vergroot. Wij zijn van mening dat het voor de notaris lastiger is om lang elektronische weg te beoordelen of sprake is van identiteitsfraude of het ontbreken van handelings- of vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het zou daarom beter passen dat de aansprakelijkheid van de notaris op dit punt wordt verkleind of dat de gronden waarop de notaris om fysieke verschijning kan verzoeken, worden uitgebreid. Overigens bestaat de kans dat partijen gaan 'shoppen': ze haken af als het beloofde 'volledig digitaal' niet kan worden nagekomen. Zij zullen een aantal notarissen benaderen net zolang ze een notaris tegenkomen die fysieke verschijning niet nodig acht. Bij partijen is dan namelijk sprake van een leereffect; men is wijs geworden door de bevragingen van de eerdere notarissen.

Het elektronisch passeren

Ook het passeren van de elektronische notariële akte zal gebeuren in het systeem voor gegevensverwerking door de beeld- en geluidverbinding die tot stand wordt gebracht. De notaris moet bij het passeren controleren of de partijen de akte en de gevolgen daarvan begrijpen (*Belehrungspflicht*). Dit is een stuk lastiger dan wanneer partijen in persoon voor de notaris verschijnen. De notaris kan bij een beeld- en geluidverbinding immers niet nagaan wat er achter de schermen gebeurt. Daarnaast valt non-verbale communicatie niet of nauwelijks op. Beide zijn van belang bij de beoordeling of iemand de akte begrijpt of niet en of dit overeenstemt met de wensen. De bescherming van een (juridisch) zwakkere partij wordt daarmee lastig gemaakt. Omdat dit punt geen aandacht krijgt in het voorontwerp, vragen wij ons af of de verwachtingen van de notaris in dit geval worden verlaagd of dat nu juist het aansprakelijkheidsrisico van de notaris wordt vergroot?

Verder vragen wij ons af of elektronisch passeren onder de ministerieplicht valt (artikel 21 Wna)? Wij zouden menen dat er geen recht voor de cliënt moet ontstaan op elektronisch passeren; dat de beoordeling of elektronisch passeren of niet enkel aan de notaris is voorbehouden. De beoordeling kan namelijk anders zijn als het gaat om een nieuwe cliënt dan een vaste cliënt van de notaris die eerder offline is geïdentificeerd. Ook zijn wij van mening dat een notaris vrij moet zijn in het aanbieden van dienstverlening die alleen 'fysiek' plaatsvindt.

Wij vragen ons verder af of met dit voorontwerp wordt beoogd het 'werkgebied' van de notaris uit te breiden. Kan de notaris een akte passeren als cliënt zich op het moment van passeren in het buitenland bevindt? Vergelijk artikel 26 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid waarin de mogelijkheid is gegeven een testament audiovisueel te passeren. Minister Dekker heeft in de parlementaire behandeling verduidelijkt dat het niet de strekking is van art. 26 om het 'werkgebied' van de notaris te verbreden naar testateurs die zich buiten Nederland bevinden. Wordt dit met de elektronische oprichting van B.V.'s wel beoogd?

De waarde van de elektronische notariële akte

Wij vragen ons af hoe men de elektronische notariële akte in het rechtsverkeer zal ontvangen. Wij ervaren in onze praktijk dat (de oprichting van) de B.V. in binnen- en buitenland een groot vertrouwen geniet van banken, instellingen, bedrijven en consumenten. De elektronische notariële akte voor de oprichting van een B.V. komt op een andere manier tot stand, wat tot gevolg kan hebben dat deze een andere waarde krijgt in het rechtsverkeer. Wij zijn benieuwd of hier onderzoek naar is gedaan en wat de resultaten hiervan zijn.

Het gebruik van een modelakte en de termijnen voor afwikkeling

In artikel 2:175a lid 2 BW wordt aangegeven dat gebruik kan worden gemaakt van een modelakte. Deze modelakte wordt opgesteld door de KNB (artikel 53c Wna). Wordt daarvan gebruik gemaakt, dan moet de oprichting zijn afgewikkeld binnen vijf werkdagen nadat alle documenten en informatie van de oprichters zijn ontvangen. Wij begrijpen dat gebruik van een eigen modelakte ook mogelijk kan zijn. Wordt een eigen (model)akte gebruikt door de notaris, dan geldt een termijn van tien werkdagen.

Wij adviseren duidelijke richtlijnen op te stellen voor het gebruik van de door de KNB opgestelde modelakte, zodat de notarissen weten welke termijn geldt en in welke gevallen zij kunnen afwijken. Daarbij zijn wij van mening dat maatwerk de norm moet blijven. Voor eenvoudige gevallen, zoals één oprichter, kan gebruik worden gemaakt van een modelakte, maar zodra de situatie complexer wordt moet de notaris voor eigen modelakten kunnen kiezen. Bijvoorbeeld als er meerdere oprichters zijn of wanneer er specifieke wensen zijn omtrent winstrechten, stemrechten, de inrichting van het bestuur, etc.

De termijnen zelf vinden wij te kort. Niet in alle gevallen zijn die termijnen haalbaar, zij geven namelijk weinig ruimte voor reflectie bij partijen. Anderzijds zijn de termijnen niet te garanderen. Met deze korte termijnen kan een notaris gedwongen worden om binnen die termijn de akte te passeren terwijl er mogelijk feiten bekend worden of zaken in het proces naar voren komen waardoor er nader onderzoek of een 'trap op de rem' nodig is.

Artikel 2:175a lid 5 BW biedt weliswaar de mogelijkheid van de termijnen af te wijken onder opgaaf van redenen, maar onduidelijk is welke redenen dit kunnen zijn en in hoeverre de notaris aansprakelijk is voor de vertraging. Mag de cliënt uitgaan van de voorgeschreven termijn? Ligt hierdoor het risico dat niet aan de termijn kan worden voldaan in principe geheel bij de notaris? Wij vinden dat onwenselijk.

Bovendien zijn er gevallen te bedenken waardoor afwikkeling wordt vertraagd, maar de notaris geen redenen mag opgeven (geheimhoudingsplicht). Bijvoorbeeld als de reden voor vertraging het uitpluizen van de herkomst van gelden is of andere Wwft-zaken. Daarvan mag de notaris geen mededeling doen. Hoe moet de notaris in zo'n geval handelen? Wij adviseren dat hier goed over nagedacht wordt.

Het systeem voor gegevensbewerking

In het systeem voor gegevensbewerking wordt o.a. de identiteit van partijen vastgesteld, worden akten gepasseerd en worden gegevens verzameld. In het systeem gaat dus veel gevoelige informatie rond. Wij vragen ons af hoe de betrouwbaarheid en veiligheid van dit systeem wordt gewaarborgd. Uit het voorontwerp blijkt namelijk niet dat er controle wordt uitgevoerd over de werking van dit systeem. Ransomware-aanvallen, beveiligingsbreuken en datalekken komen steeds vaker voor. Wij zouden graag zien dat een externe partij controle voert die normen kan stellen om te voorkomen dat de veiligheid van de akte in gevaar komt.

De taal van de modelakte

Artikel 2:176 BW blijft voorschrijven dat de notariële akte van oprichting wordt gepasseerd in het Nederlands. De modelakte als bedoeld in artikel 53c Wna is in het Engels. Hoe past artikel 2:176 BW bij het gebruik van het model in een officiële taal van de Unie die zoveel mogelijk grensoverschrijdende gebruikers grotendeels begrijpen? Bovendien vragen wij ons af of en hoe een tolk in het proces betrokken wordt?

De documentstandaard van de elektronische notariële akten

Artikel 53i Wna geeft aan dat onder meer de inhoud van de elektronische akte wordt gesteld in een bij verordening aan te wijzen documentstandaard. De aanwijzing van die documentstandaard vindt minstens iedere vijf jaar plaats. De elektronische notariële akte wordt geconverteerd naar die aangewezen documentstandaard. Onduidelijk is wat dit betekent voor de authenticiteit van de

elektronische notariële akte en of conversie van notariële akten überhaupt wel mogelijk is? En wat betekent dit voor de geldigheid en betrouwbaarheid van de minuutakte?

Artikel 53i lid 4 Wna geeft aan dat de minuten van elektronische notariële akten bij de KNB in bewaring worden gegeven. Wij denken dat ook hierbij van belang is dat duidelijk is wie toeziet op controle, zodat veiligheid (en daarmee de authenticiteit van de akte) wordt gewaarborgd. Een verzamelplaats van alle akten is zeer aantrekkelijk voor criminelen en geïnteresseerde inlichtingendiensten. Een beveiligingsbreuk zou grote gevolgen hebben voor alle elektronische akten en het is niet altijd uit te sluiten dat back-ups (en conversies) zijn aangetast. Dit zorgt ervoor dat de authenticiteit van de akte in het gedrang kan komen. Een mogelijkheid om de authenticiteit beter te waarborgen zou kunnen zijn de notaris een proces verbaal op papier op te laten maken van de akte met daarin de tekst van de akte. Dan zijn er namelijk meerdere bewaarplaatsen. De papieren fysieke akte lijkt wellicht een relikwie uit de tijd dat het leven zich nog volledig offline afspeelde maar vanuit verschillende kanten zoals vanuit experts op het gebied van cyberveiligheid krijgen wij bevestigd dat het huidige notariële systeem met fysieke akten veel veiligheid biedt. Wij zouden dus eerder voor een hybride systeem van digitale en fysieke akten zijn zodat er altijd een back-up is.

Bestuursverboden

Uit artikel 2:175a lid 6 blijkt dat de personen die bestuurder willen worden, moeten verklaren of zij een bestuursverbod opgelegd hebben gekregen. Uit het voorontwerp blijkt niet hoe die verklaring wordt afgegeven, en lijkt dus vormvrij te zijn. Bovendien is niet duidelijk of de notaris mag uitgaan van de juistheid van deze verklaring of deze verklaring juist moet verifiëren. Wij vragen ons af wat de waarde van deze verklaring is.

Elektronisch rectificeren

Uit het voorontwerp blijkt niet hoe de notaris de elektronische notariële akte kan verbeteren. Ook na passeren van de notariële akte is het voor de notaris mogelijk bepaalde wijzigingen aan te brengen (rectificeren, artikel 45 lid 2 Wna). Wij vragen ons af rectificeren ook elektronisch mogelijk is en hoe dit mogelijk wordt gemaakt?

Conclusie

Op basis van dit voorontwerp zien wij nog niet voldoende waarborgen voor het uitoefenen van onze wettelijke taak. Er moet uitvoering worden gegeven aan Europese regelgeving maar wij zouden vooruitgang willen zien in het rechtsverkeer door de invoering van de digitaal opgerichte B.V. ten opzichte van de huidige praktijk. Uit het voorontwerp blijkt voor ons nog niet voldoende van deze vooruitgang. Hoe is/zijn de oprichter(s) gebaat bij een digitaal opgerichte B.V. en hoe worden de belangen van het publiek beschermd? Ook vragen wij aandacht voor de aansprakelijkheid van de notaris.

Utrecht, 12 juli 2021,

Namens de landelijk kennisgroep ondernemingsrecht van Netwerk Notarissen,

Lucienne van der Geld (directeur)

Netwerk Notarissen in een organisatie van 150 notariskantoren in Nederland met bijna 600 juristen die samen een expertnetwerk vormen op notariële onderwerpen. Zij vormen ook samen een denktank voor de veranderende maatschappij. Netwerk Notarissen heeft een koepelorganisatie in Utrecht, waarvan een wetenschappelijk bureau deel uitmaakt.