

5. Snelle rechtsgang voor alle AFM-besluiten inzake prospectusgoedkeuring?

Ingevolge artikel 1:3a lid 3 Wft is een AFM-besluit dat is genomen op grond van bij of krachtens een verordening als bedoeld in onder meer artikel 1:25 lid 3 Wft (1) gelijkgesteld met een besluit op grond van de Wft maar (2) geen besluit waartegen ingevolge artikel 4 bijlage 2 Awb beroep kan worden ingesteld bij het CBB *tenzij* in de bijlage 2 Awb anders is bepaald. In artikel 4 bijlage 2 Awb zijn artikel 20 leden 1 en 5 en artikel 23 lid 1 Prospectusverordening opgenomen waardoor de bezwaarschriftprocedure niet van toepassing is en uitsluitend beroep open staat bij het CBB. Het betreffen – met uitzondering van artikel 20 lid 1 Prospectusverordening dat verbiedt een nog niet goedgekeurd prospectus te publiceren en strikt genomen geen betrekking heeft op een besluit tot al dan niet goedkeuring van een ontwerp-prospectus – AFM-besluiten inzake de goedkeuring van een prospectus uit eigen hoofde en de goedkeuring van een geactualiseerd prospectus. De AFM kan echter ook een goedkeuringsbesluit nemen (a) in het kader van de snellere goedkeuringsprocedure van een URD (Universeel Registratie Document) zoals bepaald in artikel 20 lid 6 Prospectusverordening, (b) indien het prospectus is opgesteld overeenkomstig het recht van een ‘derde’-land (artikel 29 lid 1 Prospectusverordening) en (c) indien een bevoegde toezichthoudende instantie van een andere lidstaat de AFM heeft verzocht het prospectus goed te keuren (artikel 20 lid 8 Prospectusverordening). In de aanpassing van de Awb zijn laatstgenoemde bepalingen niet opgenomen. Volgens de toelichting⁷ valt artikel 20 lid 8 Prospectusverordening – de andere niet opgenomen goedkeuringsbepalingen zijn in de toelichting niet genoemd – onder artikel 20 lid 1 Prospectusverordening dat, zoals al opgemerkt, strikt genomen geen betrekking heeft op een goedkeuringsbesluit.

Wellicht is de gedachte voor het niet expliciet opnemen van deze bepalingen aldus dat door het opnemen van artikel 20 leden 1 en 5 Prospectusverordening als hoofdbepaling er geen noodzaak is om de andere bepalingen als zelfstandige grondslag op te nemen. Zij worden dan als het ware ‘meegenomen’ onder de hoofdbepaling opdat tegen AFM-besluiten uit hoofde van haar goedkeuringsbevoegdheid, ongeacht op basis van welke specifieke Prospectusverordening-bepaling, rechtstreeks beroep open staat bij het CBB. Duidelijker was uiteraard geweest om de hiervoor genoemde bepalingen ook op te nemen in artikel 4 Bijlage 2 Awb: baat het niet het schaaft ook niet maar geeft wel de vereiste duidelijkheid. De ‘snellere’ rechtsgang is indertijd ingevoerd om bij aanbiedingen van effecten maar ook bij openbare biedingen zo snel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over de rechtsgeldigheid van AFM-besluiten behalve besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete. De ‘snellere’ rechtsgang is echter niet van toepassing indien de AFM de goedkeuring van een voorgelegd prospectus schorst (artikel 1:77j Wft) of weigert (artikel 1:77k Wft). Voor schorsing ex artikel 1:77j

Wft is, anders dan een weigering ex artikel 1:77k Wft, niet vereist dat herhaaldelijk en ernstig inbreuk is gepleegd op de Prospectusverordening.⁸ Een schorsingsbesluit ex artikel 1:77j Wft zou wellicht ook een versnelde rechtsgang verdienen waarin niet is voorzien.

Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol⁹

De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen

Ondernemingsrecht 2019/149

1. Inleiding

Na de eerste virtuele algemene vergadering van een beursvennootschap¹ kan Nederland uitkijken naar de volgende stap in de digitalisering van het ondernemingsrecht. Een nieuwe EU-richtlijn moet namelijk een impuls geven aan “het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht”.² Belangrijk onderdeel van de richtlijn is dat zij lidstaten verplicht het mogelijk te maken hun equivalent van de BV online op te richten.³

2. Essentialia van de EU-Richtlijn

De gedachte die centraal staat in deze richtlijn is de vereenvoudiging van de oprichting van vennootschappen en reductie van de daaraan verbonden tijd en kosten, in het bijzonder ook voor buitenlandse oprichters.⁴ Veel aspecten zijn ontleend aan het (ingetrokken) richtlijnvoorstel voor de *Societas Unius Personae*, een EU-rechtelijke eenpersoonsvennootschap.⁵ Het belangrijkste artikel voor de online oprichting is art. 13 octies. Dit artikel stelt dat lidstaten ervoor moeten zorgen “dat vennootschappen *volledig* online kunnen worden opgericht *zonder* dat de aanvragers zich daarvoor fysiek moeten aanmelden” bij de instantie die bevoegd

8 De basis voor toepassing van artikel 1:77j Wft is, gelet op de verwijzing naar artikel 32 lid 1 sub j Prospectusverordening jo. artikel 42 MiFIR, dat sprake is van een productinterventie ter bescherming van beleggers of voor een ordelijk functioneren van de financiële markten.

9 Christel Grundmann is emeritus hoogleraar effectenrecht (in het bijzonder onderneming en financiële markten), Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Zie hierover nader Rensen & Hagens, ‘Hybride AV heeft de toekomst’, *Ondernemingsrecht* 2019/88.

2 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.

3 Zie voor een uitgebreide bespreking van het voorstel voor de richtlijn uit 2018 Verbrugh, ‘Voorstel voor een EU-richtlijn met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht’, *MvO* 2018/10-11, p. 286-293.

4 Preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 2, 8; vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 32637, 316, Bijlage 847812, p. 50.

5 Richtlijnvoorstel COM(2014) 212 final, 2014/0120 (COD).

7 *Kamerstukken II* 2018-2019, 35 108, nr. 3, p. 11.

is de oprichting te behandelen; dit is in Nederland de notaris.⁶ Lidstaten hebben de keuze de online oprichting alleen voor BV's mogelijk te maken en deze niet verplicht te stellen voor NV's.⁷ De lidstaten moeten bovendien voor BV's modellen van oprichtingsakten (hierna: modellen) beschikbaar stellen waarmee de online oprichting kan plaatsvinden. In Nederland zullen deze modellen dus ook modelstatuten omvatten. Lidstaten kunnen ervoor kiezen de online oprichting *uitsluitend* via deze modellen mogelijk te maken. Een online oprichting met gebruikmaking van de modellen voor oprichting moet binnen vijf werkdagen worden afgewikkeld.⁸

Voorts moeten lidstaten aanvullende regelgeving opstellen voor de online oprichting van BV's. Het gaat onder meer om het gebruik van de modellen, de informatie die bij oprichting moet worden verschaft, de verificatie van de handelingsbekwaamheid, de vertegenwoordigingsbevoegdheid en de identiteit van de oprichters en de verificatie van de rechtmatigheid van het doel en de naam van de vennootschap en van de benoeming van bestuurders. Lidstaten *mogen* nadere voorschriften opstellen over (onder andere) de rol van de notaris bij online oprichting en de waarborging van de rechtmatigheid van de oprichtingsakte.⁹

Bijzonder noemenswaardig is dat lidstaten bepaalde informatie met betrekking tot (de oprichting van) vennootschappen beschikbaar moeten stellen om de oprichting ervan te vergemakkelijken. Het gaat in ieder geval om informatie omtrent de oprichtingsvoorschriften en om "een schets van" de voorschriften om lid te worden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan en de verantwoordelijkheden van leden van die organen. Deze informatie moet worden verschaft "in een taal die zoveel mogelijk grensoverschrijdende gebruikers grotendeels begrijpen".¹⁰ Overigens is de lijst van punten waarover informatie beschikbaar moet worden gesteld minder uitgebreid dan onder het richtlijnvoorstel.¹¹

Interessant is dat de oprichtingsbevoegde instantie de fysieke aanwezigheid van de oprichters kan verzoeken als dat gerechtvaardigd is om redenen van algemeen belang, aldus art. 13 octies lid 8. Art. 13 ter lid 4 bevat een soortgelijke bepaling als het gaat om identificatie van de oprichter(s). Uit de richtlijn volgt echter duidelijk dat dit geen grondslag biedt om als (wettelijk) uitgangspunt fysieke aanwezigheid te vereisen.¹² Allereerst kan deze uitzondering alleen worden gebruikt als dat nodig is om te waarborgen dat de oprichters handelingsbekwaam en vertegenwoordigingsbevoegd zijn (art. 13 octies lid 8) of om identiteitsmisbruik of -wijziging te voorkomen (art. 13 ter lid 4). Ten tweede kan (in de hiervoor genoemde gevallen) de fysieke aanwezig-

heid van de oprichters uitdrukkelijk alleen worden vereist "per geval" en dus niet categorisch. Ten derde benadrukt de richtlijn dat de overige onderdelen van de procedure online moeten kunnen gebeuren. De hierboven beschreven uitzonderingen bieden dus niet de mogelijkheid om een online oprichting 'offline te halen'.

Verder moeten lidstaten op grond van de richtlijn regels hebben inzake bestuursverboden en daarover op verzoek van andere lidstaten (kortweg) informatie kunnen verschaffen.¹³ Tot slot verplicht de richtlijn tot facilitering van de elektronische identificatie van oprichters en de online indiening van documenten en informatie van vennootschappen.¹⁴ Nederland moet uiterlijk op 1 augustus 2021 aan deze richtlijn voldoen.¹⁵

3. De notaris

3.1 *Verdwijnt de notaris uit de online oprichtingsprocedure?*

In beginsel doet de richtlijn geen afbreuk aan de positie van de oprichtingsbevoegde instantie; dit is in Nederland de notaris.¹⁶ Ook het Nederlandse kabinet is voornemens de implementatiewetgeving zo veel mogelijk te laten aansluiten bij het bestaande systeem.¹⁷ Art. 13 octies lid 1 maakt echter duidelijk dat de oprichting volledig online moet gebeuren, zonder dat de oprichters daarvoor fysiek naar de oprichtingsbevoegde instantie toe hoeven te gaan. De richtlijn vereist voorts dat de oprichting kan geschieden aan de hand van modellen. De lidstaten stellen deze vast.¹⁸

Nu vereist art. 10 Richtlijn 2017/1132 voor oprichting nog een authentieke akte.¹⁹ In Nederland is dit een notariële akte.²⁰ Als bij online oprichting de modellen worden gebruikt, dan stelt art. 13 nonies lid 2 echter dat wordt aangenomen dat is voldaan aan het vereiste van een authentieke akte.²¹ Onder de richtlijn zou een online oprichting van een BV in theorie dus zonder tussenkomst van de notaris mogelijk zijn: vanwege art. 13 nonies lid 2 is een notariële akte niet meer nodig en omdat de lidstaten de inhoud van de modellen (en dus de statuten) vooraf zullen hebben vastgesteld, hoeft de notaris de statuten ook niet meer zelf in te rich-

6 Art. 13 octies lid 1 Richtlijn 2017/1132; mijn cursivering.

7 Art. 13 octies lid 1, tweede alinea Richtlijn 2017/1132.

8 Art. 13 nonies leden 1 en art. 13 octies 7 Richtlijn 2017/1132.

9 Art. 13 octies leden 2-4 Richtlijn 2017/1132.

10 Art. 13 septies Richtlijn 2017/1132.

11 Zie art. 13 sexies in het richtlijnvoorstel (COM(2018) 239 final).

12 Zie ook Preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 21.

13 Art. 13 decies Richtlijn 2017/1132.

14 Art. 13 ter respectievelijk art. 13 undecies Richtlijn /1132, en Preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 10 en 15. Het begrip 'elektronisch identificatiemiddel' is beschreven in art. 3 Verordening (EU) 910/2014.

15 Art. 2 Richtlijn 2019/1151.

16 Zie preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 19 en art. 13 quater leden 1 respectievelijk 2 Richtlijn 2017/1132.

17 *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, nr. 3322, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D28594&did=2019D28594>.

18 Art. 13 nonies Richtlijn 2017/1132.

19 Dit vereiste geldt slechts in lidstaten waarvan de wetgeving niet voorziet in een voorafgaande administratieve of rechterlijke controle bij de oprichting, aldus de tekst van art. 10 Richtlijn 2017/1132.

20 Art. 2:175 lid 2 BW en art. 2 lid 1 Wna jo. art. 156 lid 2 Rv.

21 Anders dan op p. 5 van de reactie van Netwerk Notarissen op de consultatie wordt gezegd, 'zijn' de modellen geen authentieke akte, maar wordt *aangenomen* dat aan het vereiste van een authentieke akte is voldaan. Het gaat om een fictie.

ten.²² Nationaal recht *mag* echter wel een notariële akte vereisen voor oprichting: de richtlijn vereist immers alleen dat de oprichting *volledig* digitaal kan plaatsvinden, zonder dat de oprichters de notaris *fysiek* hoeven te bezoeken.²³ De notariële tussenkomst kan dus behouden blijven als de modellen zelf kunnen worden opgenomen in een digitale notariële akte, verleden na online comparitie. Oprichting kan dan inderdaad geheel online, zonder een bezoek aan de notaris, maar de notaris effectueert de oprichting nog wel. Inderdaad pleit de KNB in haar reactie op de internetconsultatie voor een digitale oprichtingsakte, hetgeen past binnen bestaande vernieuwingsprocessen binnen de KNB.²⁴

3.2 De functies van de notaris

De notaris *hoeft* dus niet te verdwijnen uit de procedure voor een online oprichting van vennootschappen. Zwanniken constateerde (terecht) dat de centrale vraag moet zijn wat het nut en de noodzaak is van de notaris in de 21^e eeuw.²⁵ Vervolgvraag is hier dan ook of de notaris bestaansrecht heeft in de online oprichtingsprocedure, en zo ja, of de rol van de notaris anders zou zijn dan bij 'offline' oprichtingen. Nu heeft de notaris in hoedanigheid van oprichtingsbevoegde instantie verschillende functies: de notaris (1) treedt op als poortwachter tegen misbruik als fraude en witwassen, (2) is partijadviseur, en (3) zorgt voor rechtszekerheid.²⁶ Ik behandel hieronder deze functies in het licht van de richtlijn.

Allereerst de poortwachtersfunctie.²⁷ Ook bij een online oprichting door de notaris gelden de notariële onderzoeks- en meldingsverplichtingen, in het bijzonder uit de Wwft.²⁸ Elektronische systemen zouden bij online oprichting bepaalde daaruit voortvloeiende taken kunnen overnemen. Zo zou authenticatie van en ondertekening door de oprichters kunnen gebeuren door systemen van de overheid (zoals DigiD) of van de KNB (zoals NotarisID).²⁹ Een dergelijke authenticatie is echter niet zonder gebreken. Kwaadwillende personen zouden heimelijk vennootschappen kunnen oprichten met gestolen (inlog)gegevens of door iemand onder druk te zetten. Gebruik van videoconferenties zou dat kunnen tegengaan, omdat de notaris dan zelf kan verifiëren dat de oprichter inderdaad de persoon is die is 'ingelogd'. De notaris kan zo bovendien (door)vragen naar de motieven en de wilsbekwaamheid van de oprichter(s) (vgl. art. 3 lid 2 sub c Wwft).

De videoconferentie heeft ook tekortkomingen. Anders dan bij een offline oprichting heeft de notaris geen controle over de omgeving waar de oprichter zich (fysiek) bevindt. De notaris kan dus niet de beslotenheid van de bespreking verzekeren, waardoor hij niet kan garanderen dat een oprichter die onder druk wordt gezet door kwaadwillende personen vrijuit kan spreken. Bovendien is aannemelijk dat videoconferenties een minder goede indruk geven van de persoon van de oprichter dan een fysieke ontmoeting. Daardoor kan het bijvoorbeeld lastiger zijn vast te stellen of de oprichter wilsbekwaam is en deugdelijke motieven heeft. Hoe reëel deze risico's zijn, moet wellicht worden onderzocht, maar uit het voorgaande mag worden afgeleid dat de poortwachtersfunctie ook onder de richtlijn een belangrijk voordeel van notariële tussenkomst kan zijn.³⁰

Ten tweede is de notaris partijadviseur. De notaris bespreekt de motieven en wensen van de oprichters, informeert hen over de juridische en fiscale gevolgen van de oprichting, waarschuwt hen waar gepast en adviseert hen over de mogelijke en beste juridische routes, gelet op hun motieven en wensen. De notaris stemt de vormgeving van de uiteindelijke vennootschap daarop zoveel mogelijk af. Deze taken vloeien voort uit de 'Belehrungspflicht' en de overeenkomst van opdracht tussen notaris en oprichters.³¹

Hier is de vraag in hoeverre de inschakeling van de notaris bij de online oprichting van een BV noodzakelijk is. Hillen-Muns merkt op dat het feit dat rechtshandelingen ook langs een andere weg dan op papier tot stand kunnen komen, voornamelijk niets afdoet aan de zorg die daarbij nodig is.³² Dat lijkt mij in principe juist, maar bij een daadwerkelijk eenvoudige modelmatige oprichting zou die zorg ook kunnen worden verdisconteerd in modellen en softwarematige informatieverstopping en controles. Lidstaten moeten immers ervoor gaan zorgen dat oprichters beschikking hebben over "kostelo[ze,] beknopte en gebruiksvriendelijke informatie" over een aantal onderwerpen van vennootschapsrecht.³³ Veel notariskantoren en beroepsorganisaties publiceren dergelijke informatie zelf ook al. Ook tijdens het oprichtingsproces kan software, op basis van de gegevens die de oprichters verschaffen, dynamisch informatie verschaffen of waarschuwen dat maatwerk nodig is. Voor maatwerk of nadere informatieverstopping kan de software direct doorverwijzen naar een notaris. Deze kan de oprichting dan – eventueel via een videoconferentie – overnemen. Denkbaar is nog dat de oprichters binnen de modellen keuzemogelijkheden krijgen. Daarbij is wel een aandachtspunt welke keuzes oprichters zonder nadere voorlichting worden geacht te kunnen maken, en welke niet. Kunnen oprichters

22 Zie preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 19-20, art. 13 octies lid 1 en 13 nonies lid 1 Richtlijn 2017/1132, en par. 2. Vgl. preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 19 en art. 13 quater leden 1 respectievelijk 2 Richtlijn 2017/1132.

23 Art. 13 nonies lid 2, tweede alinea Richtlijn 2017/1132.

24 Reactie KNB, p. 7, 11-14, <https://www.internetconsultatie.nl/digioprichtingkapitaalvennootschap/reacties>. Zie nader Tomlow, 'Internet of non-internet', in: Vranken e.a. (red.), *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer* (preadvies KNB) Lelystad: Vermande 1996, p. 17 e.v.

25 Zwanniken, 'Achterruit met "Met recht vooruit"', *NJB* 2012-2241 (p. 2767).

26 Melis/Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.3-2.6, 14.2.

27 Reactie KNB, p. 3-5; vgl. Preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 37.

28 Zie in het bijzonder art. 2b en 3 Wwft; Melis/Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 14; Snijder-Kuipers & Tillemans (red.), *Handboek Wwft* (Serie Onderneming & Recht, deel 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.6, 8.2 en 8.5; *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, nr. 3322, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D28594&did=2019D28594>, p. 2.

29 Waarover *Notariaat Magazine* 2015/7, p. 6-7.

30 Vgl. Reactie KNB p. 3-5; Hillen-Muns, 'Digitalisering in het notariaat', *WPNR* 2018/7202, p. 560-561.

31 Art. 43 lid 1 Wna (vgl. art. 17 Beurkundungsgesetz) en 7:403 BW; zie nader Reactie KNB, p. 6 en 13 en Breedveld-de Voogd, 'Digitale overdracht van woningen', *WPNR* 2018/7179, voetnoot 41; Hillen-Muns, 'Digitalisering in het notariaat', *WPNR* 2018/7202, p. 560-561; Melis/Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.2-7.4.

32 Hillen-Muns, 'Digitalisering in het notariaat', *WPNR* 2018/7202, p. 565.

33 Art. 13 septies Richtlijn 2017/1132; zie par. 2.

bijvoorbeeld zelfstandig kiezen tussen een one-tier board en een two-tier board?

Bij offline oprichtingen informeert, adviseert en waarschuwt de notaris de oprichters en neemt hen in het algemeen werk uit handen: de inschrijving in het handelsregister, de bekrachtiging van preconstitutieve rechtshandelingen en de verzekering dat de oprichting bevoegdelyk en conform wet- en regelgeving gebeurt.³⁴ Dit zijn diensten aan de oprichters, maar de notaris dient zo bovendien de rechtszekerheid – de derde functie van de notaris. Wanneer de digitale notariële oprichtingsakte werkelijkheid wordt, zou dit kunnen veranderen. Inschrijving in het handelsregister, registratie bij de KNB³⁵ en bekrachtiging van preconstitutieve rechtshandelingen kunnen geautomatiseerd en elektronisch gebeuren. Wellicht moet de digitale infrastructuur daarvoor nog worden ingericht, maar dat is primair een technisch vraagstuk.³⁶ Als bovendien de modellen worden gebruikt, is de inhoud daarvan per definitie rechtsgeldig, aangezien het een van overheidswege vastgesteld model zal zijn.³⁷

3.3 De rol van de notaris bij online oprichting

Hoewel veel taken binnen de context van simpele online oprichtingen kunnen worden geautomatiseerd, heeft de notaris bij online oprichtingen dus nog meerwaarde. Deze bestaat in het bijzonder bij misbruikbestrijding, maar de notaris is ook de achtervang bij online oprichtingen: als maatwerk nodig is, moet de notaris het oprichtingsproces vloeiend kunnen overnemen. Voorts zou het onpraktisch zijn als het systeem van oprichtingsaktes bevattende modellen *naast* het huidige – goed functionerende – systeem van ‘traditionele oprichtingsaktes’ zou bestaan. Modellen zouden daarom moeten worden opgenomen in een digitale notariële akte, die de notaris en de oprichters digitaal ondertekenen, bijvoorbeeld met DigiD of NotarisID. Ook zouden bijvoorbeeld de KNB, de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht of zelfs, omwille van betere internationale bruikbaarheid, de Europese notariële beroepsorganisatie (*Conseil des Notariats de l'Union Européenne*) de online omgeving, de modellen en de openbare informatie over vennootschappen mede kunnen inrichten, vertalen en actueel houden. Zo waarborgt het notariaat indirect ook voor online opgerichte vennootschappen de inhoud van de statuten.³⁸

Nederland kan op deze gebieden ervaringen en inspiratie ontlenen aan het buitenland. Zo kent België een oprichtingsportaal (geïnitieerd door de Belgische notariële be-

roepsorganisatie), e-depot en e-griffie voor elektronisch neerleggen en publiceren van oprichtingsaktes en een e-ID voor persoonsidentificatie.³⁹ Voorts hanteert het Verenigd Koninkrijk al jarenlang modellen voor oprichting. Een ministeriële regeling bepaalt daarvan de inhoud.⁴⁰

3.4 Welke notaris?

Nu de modellen in een digitale notariële akte zouden moeten worden opgenomen, is een vervolgvraag welke notaris die akte uiteindelijk verlijdt. In principe maakt dit niet uit, maar er zijn echter gevallen waarin dit wel relevant is. Het antwoord op deze vraag is ook van belang voor de rechtsverhouding tussen oprichter en notaris. Als de notariële tussenkomst bij een online oprichting blijft behouden, dan moet er dus een overeenkomst (van opdracht) tussen oprichter en notaris ontstaan. Deze is bijvoorbeeld van belang voor de vraag welke rechter bevoegd is als er geschillen ontstaan⁴¹ en voor het bepalen van het recht dat van toepassing is op de verbintenissenrechtelijke verhoudingen tussen oprichter en notaris.⁴²

Voorts is het mogelijk dat de oprichters later behoefte hebben aan andere notariële diensten, zoals een statutenwijziging. Als voor die diensten de fysieke aanwezigheid van de comparanten is vereist, dan kan het handig zijn dat de notaris in wiens protocol de oprichtingsakte is opgenomen plaats van vestiging heeft in de woonplaats van (een van) de oprichters.⁴³ Door de videoconferentie zullen de notaris en de oprichters elkaar bovendien al eens hebben gezien en gesproken. Een notaris die kans maakt de oprichters later (op kantoor) terug te zien met nadere vragen en opdrachten, zal voorts meer geprikkeld zijn tot goede dienstverlening.

3.5 Taal

Het doel van de richtlijn lijkt mede te zijn dat de oprichting van een BV vanuit het buitenland wordt vergemakkelijkt.⁴⁴ Hoewel notariële akten nu geregeld óók in het Engels worden opgesteld, vereisen art. 42 Wna en art. 2:176 BW dat de akte in het Nederlands wordt verleden en prevaleert in de regel de Nederlandse tekst van een vertaalde akte. De Nederlandse wetgever zou in de uitvoeringswetgeving art. 42 Wna kunnen aanpassen, maar ik vraag mij af of dit nodig is. Hoewel buitenlandse oprichters vermoedelijk een Engels-talig model zullen gebruiken, kan de notaris in een dergelijk

34 Art. 2:69/2:180 (inschrijving) en 2:93/2:203 (bekrachtiging) BW. Zie ook wel HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 (*Credit Lyonnais/Notaris*).

35 Art. 7 Registratiewet. Overigens kan dit voordelen hebben als de KNB inderdaad het Centraal Aandeelhoudersregister gaat beheren. Vgl. *Aanhangsel Handelingen II* 2018/19, nr. 3322, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D28594&did=2019D28594>, p. 3-4; *Kamerstukken II* 2018/19, 34661, nr. 3, p. 3 en 6-7; nr. 11, p. 7, 12-13, 15. Zie verder de bronnen in voetnoot 25.

36 Voor inspiratie kan gekeken worden naar het Belgische www.startmybusiness.be, waarover nader voetnoot 39.

37 Zie art. 13 nonies Richtlijn 2017/1132.

38 Melis/Waaijer, *De notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.2 en 7.9.1.

39 Zie voor het oprichtingsportaal www.startmybusiness.be, voor het e-depot https://dt.bosa.be/nl/gegevensuitwisseling/combinatie_van_gegevens/edepot en voor de e-griffie <https://www.e-griffie.be/evzw/nl/homepage>. Zie nader De Merlier, *De digitalisering van het oprichtingsproces van vennootschappen*, 2018, https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/327/RUG01-002479327_2018_0001_AC.pdf, p. 24-34, 37-40.

40 Zie <https://www.gov.uk/guidance/model-articles-of-association-for-limited-companies> en art. 19 UK Companies Act 2006 en The Companies (Model Articles) Regulations 2008 (SI 2008/3229), https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2008/3229/pdfs/ukxi_20083229_en.pdf. Zie ook Davies & Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, Londen: Thomson Reuters 2016, nr. 3-14.

41 Vgl. art. 99 lid 1 Rv en art. 7 lid 1 Brussel I-bis-Verordening.

42 Vgl. art. 4 lid 1 sub b Rome I-Verordening.

43 Vgl. art. 38 lid 1 jo. art. 1 lid 1 sub f jo. art. 3 lid 1 Wna.

44 Zie art. 13 septies Richtlijn 2017/1132 en Preambule Richtlijn 2019/1151, ov. 2, 8; vgl. *Kamerstukken II* 2017/18, 32637, 316, Bijlage 847812, p. 50.

geval simpelweg óók het parallelle Nederlandstalige model verlijden. Wel zou dit kunnen leiden tot extra kosten, hetgeen niet in lijn is met de richtlijn.

4. Slot

Richtlijn 2019/1151 vereist dat de oprichting van een Nederlandse BV per augustus 2021 ook volledig online, met modellen, moet kunnen. Ik zie dit als vooruitgang, omdat het een economisch proces vergemakkelijkt. In dat economische proces moet echter ook plek zijn voor bescherming. Daar komt de notaris in beeld. De notaris helpt bij misbruikbestrijding, adviseert en informeert oprichters en zorgt voor rechtszekerheid. Hoewel bepaalde taken – zoals inschrijving in het handelsregister – bij online oprichting geautomatiseerd kunnen worden, blijft de notaris nodig, vooral omwille van misbruikbestrijding. Ook voor maatwerk blijft het notariaat natuurlijk de aangewezen instantie. Voorts moet worden voorkomen dat er twee types oprichtingsaktes (traditionele notariële en geautomatiseerde met modellen) ontstaan. Daarom moeten de statuten van online opgerichte vennootschappen in digitale notariële aktes worden opgenomen.

Het is ook voor het notariaat een goede zaak dat deze richtlijn een nieuwe impuls geeft aan zijn digitalisering – bestaande initiatieven niettegenstaande.⁴⁵ Onze wetgever kan hierbij behulpzaam zijn door de digitale notariële akte en de comparitie per videoconferentie mogelijk te maken. Ik sluit af met de waardevolle woorden van Lekkerkerker:

“Het Nederlandse ‘papier’ notariaat moet de elektronische revolutie van dit moment zien als een nieuwe mogelijkheid en waar het de kans heeft, inspelen op wat er gaande is.”⁴⁶

Mr. K.J. Bakker⁴⁷

Wijziging Handelsregisterwet 2007 en enkele daaraan gerelateerde onderwerpen

Ondernemingsrecht 2019/150

Op 25 juni 2019 heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel Wijziging Handelsregisterwet 2007 en regelen van enkele

andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen (34.687) aangenomen. De wet is op 22 augustus 2019 in het Staatsblad gepubliceerd.¹ Het inwerkingtredingsbesluit wordt naar verwachting binnenkort gepubliceerd in het Staatsblad. Dit wetsvoorstel bevat onder meer een wettelijke grondslag voor het register van civielrechtelijke bestuursverboden.² Na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal het nog in te stellen register van de Kamer van Koophandel (KvK) voor opgelegde civielrechtelijke bestuursverboden van een wettelijk kader zijn voorzien.

Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels vastgesteld over de gegevens die over de verboden moeten worden gepubliceerd alsmede de mate van openbaarheid daarvan. Tot op heden zijn er slechts een beperkt aantal civielrechtelijke bestuursverboden opgelegd. In de databank rechtspraak.nl trof ik zes uitspraken aan op basis van de zoekterm ‘bestuursverbod’ waarin een civielrechtelijk bestuursverbod werd gevorderd.³ Ter vergelijking, in het Verenigd Koninkrijk zijn in 2018/2019 volgens opgaaf van de Insolvency Service⁴ 1.242 ‘directors disqualified for misconduct’.⁵

Voorts wijzigt dit wetsvoorstel de regeling van de ontbinding van rechtspersonen. Dit ziet op de regeling op basis waarvan rechtspersonen die hun werkzaamheden hebben beëindigd of die nooit actief zijn geweest, ontbonden kunnen worden door een beschikking van de KvK op grond van art. 2:19 lid 1 sub e BW jo. art. 2:19a BW. Jaarlijks ontbindt de KvK circa 4.000 rechtspersonen.⁶ Op dit moment kan de KvK een ontbindingsprocedure starten als twee van de drie in art. 2:19a BW opgenomen omstandigheden zich voordoen, zoals het feit dat er minimaal een jaar geen bestuurder is ingeschreven in het handelsregister of minimaal een jaar niet is voldaan aan de verplichting tot publicatie van de jaarrekening. De aanpassing houdt in dat er een vierde grond voor ontbinding gaat gelden, te weten dat de rechtspersoon niet of niet meer bereikbaar is op het in het handelsregister ingeschreven adres, terwijl ook geen opgave tot wijziging van de inschrijving is gedaan.

Harold Koster

⁴⁵ Zie Hillen-Muns ‘Digitalisering in het notariaat’, *WPNR* 2018/7202, p. 559-560.

⁴⁶ Lekkerkerker, ‘Elektronisch rechtsverkeer en notariaat; een nieuwe uitdaging op een lastig moment’, in: Vranken e.a. (red.), *De notaris en het elektronisch rechtsverkeer* (preadvies KNB) Lelystad: Vermande 1996, p. 9.

⁴⁷ Koen Bakker is promovendus en docent (notarieel) ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.

¹ Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel, *Stb.* 2019, 280.

² Dit kader is opgenomen in het nieuwe art. 29 Handelsregisterwet 2007.

³ Zie over de eerste civielrechtelijke bestuursverboden ook M. Neekilappillai & N.T. Pham, ‘Tweede kansen, stigma’s en de praktijk van het civielrechtelijk bestuursverbod’, *MvO* 2019/7 en J.W. Boddaert, ‘Het bestuursverbod: de tandeloze tijger’, *Tijdschrift voor Curatoren* 2019/3.

⁴ De Insolvency Service is een uitvoerend agentschap van het Department for Business, Energy and Industrial Strategy.

⁵ Zie <https://www.gov.uk/government/news/substantial-director-bans-in-201819>, geraadpleegd op 18 september 2019.

⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 687, nr. 3, p. 6.