

Cybersecurity en de online oprichting van een BV

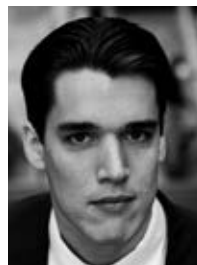
1. Inleiding

Vanaf augustus 2021 moet het mogelijk zijn om in Nederland volledig online een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV) op te richten. Een ‘offline’ bezoek aan de notaris is dan niet meer noodzakelijk. De medio vorig jaar aangenomen Europese Richtlijn met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (hierna: de Richtlijn¹) verplicht hiertoe. Het doel van de Richtlijn is om mede met het oog op “een concurrerende eengemaakte markt” het opstarten van economische activiteiten via de oprichting van een vennootschap gemakkelijker, sneller en tijd- en kosteneffectiever te maken.²

De implementatie van de Richtlijn is niet eenvoudig. Nederland zal niet alleen het huidige wettelijk kader omtrent de oprichting van een BV op onderdelen moeten aanpassen en uitbreiden, maar zal ook een gedeeltelijk nieuwe infrastructuur moeten optuigen die de online oprichting van een BV mogelijk maakt. Bovendien brengt de online oprichting verschillende ‘cybersecurityrisico’s’ met zich die niet, of niet in dezelfde vorm, bestaan bij de ‘klassieke’ wijze van oprichting voor de notaris.

In dit artikel bespreken wij de verschillende cybersecurityrisico’s in het kader van de online oprichting van een BV en onderzoeken wij welke vereisten de Richtlijn stelt aan het door Nederland in te voeren systeem voor online oprichting en of deze vereisten de genoemde cybersecurityrisico’s voldoende ondervangen.

Wij bespreken eerst de huidige praktijk en mogelijkheden om onder de thans geldende wet- en regelgeving een BV online op te richten (§ 2). Vervolgens gaan wij in op de cybersecurityrisico’s van die praktijk en de wijze waarop de notaris hiervoor waarborgen biedt of kan bieden (§ 3). In § 4 schetsen wij de voorschriften uit de Richtlijn voor de online oprichting van een BV. De Richtlijn neemt de verschillende cybersecurityrisico’s bij online oprichting in aanmerking. Wij behandelen de voorschriften hieromtrent in § 5. In de voorlaatste paragraaf (§ 6) bespreken wij een aantal onderdelen waarop de wet aanpassing of uitbreiding behoeft om de online oprichting binnen de kaders van de Richtlijn mogelijk te maken. Wij sluiten af met een conclusie (§ 7).



Mr. P.T.J. Wolters*



Mr. T. Salemink**

2. Online oprichting BV onder huidig recht

2.1. Rol van notaris bij oprichting

De notaris speelt een centrale rol bij de oprichting van een BV. De oprichting geschiedt bij notariële akte door een of meer personen.³ De door de notaris ondertekende akte is een constitutief vereiste voor oprichting. Bij het ontbreken van een notariële akte ontstaat de vennootschap niet. Indien de notariële akte kracht van authenticiteit mist, ontstaat de vennootschap wel maar kan deze worden ontbonden wegens een gebrek in de totstandkoming.⁴

* Universitair hoofddocent Burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. (p.wolters@jur.ru.nl)

** Universitair docent Ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht aan de Radboud Universiteit en advocaat in Amsterdam. (t.salemink@jur.ru.nl)

1. 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 186/80). Wij verwijzen in dit artikel met ‘de Richtlijn’ naar de gewijzigde tekst van Richtlijn (EU) 2017/1132 zoals deze luidt sinds de inwerkingtreding vanaf 31 juli 2019, tenzij anders vermeld. Zie voor een bespreking van de Richtlijn ook K.J. Bakker, ‘De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2019/149, p. 845; J. van der Weele, ‘Digitale oprichting van kapitaalvennootschappen en de rol van de notaris’, *WPNR* 2020/7266, p. 43 en voor het voorstel van de Richtlijn M.A. 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.
2. Overweging 2 Richtlijn 2019/1151.
3. Zie art. 2:175 lid 2 BW.
4. Zie art. 2:4 lid 1 BW jo. art. 2:21 lid 1 sub a BW. Zie voor gevallen waarin een notariële akte kracht van authenticiteit mist J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijers, *De Notariswet* Deventer: Wolters Kluwer 2019, 6.2; C.W. de Monchy, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW - Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht* 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 7. Een akte mist bijvoorbeeld authenticiteit indien de plaats en datum van verlijden van de akte ontbreken, zie art. 40 lid 4 Wna.

De akte van oprichting wordt ten overstaan van een Nederlandse notaris verleden in de Nederlandse taal.⁵ Iedere oprichter en ieder die bij de oprichting een of meer aandelen neemt (hierna gezamenlijk de oprichters), moet de akte van oprichting ondertekenen.⁶ Zij dienen in persoon bij de notaris te verschijnen of moeten zich door een gevolmachtigde laten vertegenwoordigen.⁷ De volmacht moet schriftelijk zijn verleend.⁸ Een notariële volmacht is niet vereist.⁹

De bestuurders zijn verplicht de BV te doen inschrijven in het handelsregister en een authentiek afschrift van de akte van oprichting en de daaraan gehechte stukken neer te leggen ten kantore van het handelsregister.¹⁰ De inschrijving is geen constitutief vereiste voor oprichting van de BV.¹¹ Veelal draagt de passerende notaris zorg voor de inschrijving (§ 2.3).

De notariële tussenkomst bij de oprichting van de BV heeft grofweg de volgende drie functies: het bevorderen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, de rechtsbescherming van partijen en het voorkomen en bestrijden van misbruik.¹² Het bevorderen van de rechtszekerheid bestaat er onder meer uit dat de notaris ervoor zorgt dat de oprichting en de verplichte vervolgstappen bevoegdlijk en conform wet- en regelgeving geschieden. Zo identificeert hij de oprichters, controleert op handelingsbekwaamheid, onderzoekt of storting op de aandelen heeft plaatsgevonden en draagt zorg voor inschrijving in het handelsregister en – eventueel – de bekrachtiging van de voor oprichting verrichte rechtshandelingen. De rechtsbeschermende functie vloeit onder meer voort uit de algemene informatieplicht van art. 43 lid 1 jo. art. 17 van de Wet op het Notarisambt (Wna) en de bijzondere waarschuwingsplicht (de *Belehrungspflicht*) van de notaris.¹³ Hij dient als adviseur niet alleen partijen te begeleiden en voorlichting te geven, maar moet hen ook actief wijzen op of waarschuwen voor de specifieke rechtsgevolgen van de oprichting van een BV.¹⁴ Tot slot heeft de notaris bij de oprichting een taak bij het opsporen en tegengaan van fraude, witwassen, financiering van terrorisme en andere vormen van misbruik.¹⁵

In september 2011 stelde de toenmalige Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, Verhagen, de verplichte notariële tussenkomst bij oprichting ter discussie. Hij was van mening dat de notaris niet noodzakelijk was bij de oprichting van een BV met standaardstatuten.¹⁶ Dit idee heeft geen doorgang gevonden. Voorts heeft het huidige kabinet reeds te kennen gegeven dat bij de implementatie van Richtlijn 2019/1151 zoveel mogelijk zal worden aangesloten bij het al bestaande systeem,

*“dus met inbegrip van een rol van de notaris bij de oprichting van een BV”.*¹⁷

In dit artikel nemen wij daarom de notariële tussenkomst bij oprichting als uitgangspunt.

2.2. Volledige online oprichting onder huidig recht niet mogelijk

Onder de huidige wet- en regelgeving is het niet mogelijk om een BV volledig online op te richten. De bepalingen omtrent het passeren van een notariële akte zijn geschreven vanuit de gedachte dat partijen (lees: de oprichter(s)) fysiek voor de notaris verschijnen.¹⁸ Het gaat in het bijzon-

5. Zie art. 2:176 BW en art. 42 Wna. Hoewel de wet niet expliciet vereist dat de oprichtingsakte wordt verleden ten overstaan van een notaris met standplaats in Nederland, is de heersende opvatting dat de Nederlandse notaris exclusief hiertoe bevoegd is. Zie o.a. M. van Olffen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/52.
6. Art. 2:175 lid 2 BW.
7. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/52.
8. Art. 2:176 BW.
9. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/52.
10. Art. 2:180 lid 1 BW.
11. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/66.
12. Hierover uitgebreid Melis/Waaijer, *De Notariswet 2019*, 2.4.2-2.4.5 en 14.2. Zie ook D.F.M.M. Zaman, 'Het is onnodig en onwenselijk dat de notariële tussenkomst voor de oprichting van een standaard-BV wordt afgeschaft', *TvOB 2012-2*, p. 32-34; K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht 2019/149*, p. 845.
13. HR 20 januari 1989, *NJ 1989*, 766 (Groningse huwelijkse voorwaarden). Zie Melis/Waaijer, *De Notariswet 2019*, 2.4.4. Hierover ook P. Blokland, 'De zorg- en informatieplicht van de notaris in het digitale tijdperk', *WPNR 2015/7072*, p. 707 en voetnoot 1.
14. Zie o.a. K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht 2019/149*, p. 845; G.J.C. Rensen & L. Timmerman, 'De notaris in het moderne ondernemingsrecht', *WPNR 2016/7121*, p. 777-778.
15. Zie o.m. art. 21 lid 2 Wna als ook de bepalingen uit de Wwft, in het bijzonder het verplichte cliëntonderzoek en melden van ongebruikelijke transacties in het kader onder meer het oprichten en beheren van vennootschappen (art. 1a lid 4 sub d onder liii jo. 2a Wwft). Hierover uitgebreid Melis/Waaijer, *De Notariswet 2019*, 14; B. Snijder-Kuipers & A.T.A. Tilleman, *Handboek Wwft* (Onderneming en recht nr. 111), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 8.
16. Kamerbrief van 13 september 2011, *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 637, nr. 15, p. 19. Hierover ook D.F.M.M. Zaman, 'Het is onnodig en onwenselijk dat de notariële tussenkomst voor de oprichting van een standaard-BV wordt afgeschaft', *TvOB 2012-2*, p. 32-34; G.J.C. Rensen & L. Timmerman, 'De notaris in het moderne ondernemingsrecht', *WPNR 2016/7121*, p. 775; Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/52.
17. *Aanhangsel Handelingen II 2018-2019*, 3322, <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019D28594&did=2019D28594>.
18. Hoewel de fysieke verschijning als uitgangspunt geldt, bestaat er strikt genomen onder het Nederlandse recht geen verplichting voor partijen bij een notariële akte om onder alle omstandigheden met een notaris in persoon contact te hebben, hierover G.J.C. Lekkerkerker, 'Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn cliënt', *WPNR 2014/7013*, p. 324. Niettemin kan een fysieke verschijning noodzakelijk zijn gelet op de beroeps- en gedragsregels (in het bijzonder de *Belehrungspflicht*) of de legalisatieplicht van de notaris (zie hierover hierna).

der om de art. 39 lid 1, 42 lid 1 en art. 43 lid 1 en 4 Wna, waarbij de notaris onder meer de identiteit moet vaststellen van ‘de personen die de eerste maal voor hem verschijnen’ en een informatieplicht heeft tegenover ‘de verschijnende personen’. Deze bepalingen dateren in de kern uit 1999¹⁹ en houden geen rekening met de mogelijkheid om digitaal voor een notaris te verschijnen, bijvoorbeeld via een videogesprek.

Op het uitgangspunt van de fysieke verschijning van partijen bestaat een uitzondering. Het passeren van de oprichtingsakte is mogelijk zonder de aanwezigheid van de oprichters, indien zij een derde een volmacht geven om namens hen op te treden. De oprichters zullen echter ook dan fysiek bij een notaris moeten verschijnen, omdat een notaris de handtekening op de schriftelijke volmacht dient te legaliseren.²⁰ Als uitgangspunt geldt dat degene wiens handtekening wordt gelegaliseerd, ten overstaan van de notaris persoonlijk zijn handtekening zet.²¹ Ook in dat geval is de oprichting van de BV dus niet volledig digitaal.²²

Tot slot staan ook de beroeps- en gedragsregels en de zorgplicht van de notaris aan een volledig digitale oprichting van de BV in de weg. Een door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) ingestelde commissie concludeerde in 2016 mede op basis van tuchtrechtelijke jurisprudentie dat de wilscontrolerende taak van de notaris, zijn informatieplicht en bijzondere waar- schuwingsplicht (de *Belehrungspflicht*) in beginsel in een persoonlijk gesprek dienen te worden uitgeoefend.²³ Dit gesprek moet in beginsel plaatsvinden bij het passeren van de akte. Als de partijen bij de akte een volmacht hebben gegeven (zie hiervoor), zal dit gesprek op een eerder moment moeten geschieden. De vraag rijst of de notaris ook aan zijn zorgplicht zou kunnen voldoen uitsluitend door middel van digitale informatie- en communicatiemiddelen, bijvoorbeeld via informatie op een website, chatsessies of videogesprek. De heersende opvatting in literatuur en rechtspraak is vooralsnog dat een persoonlijk gesprek met de notaris noodzakelijk blijft.²⁴

2.3. ‘Online BV-fabrieken’

Hoewel volledige online oprichting nog niet mogelijk is, adverteren verschillende bedrijven op internet toch met de mogelijkheid om in enkele stappen online een BV op te richten.²⁵ De werkwijze van de verschillende websites komt in grote lijnen overeen.²⁶

De oprichters vullen via een online vragenformulier de gegevens in die de notaris nodig heeft om een BV op te richten. Op basis van deze gege-

vens wordt een conceptakte van oprichting op- gemaakt die de oprichters kunnen downloaden. Verschillende websites bieden de oprichters de mogelijkheid om naar aanleiding van de concep- takte te overleggen met een fiscalist of een jurist. Laatstgenoemden zijn veelal werkzaam voor of

19. De desbetreffende bepalingen zijn nadien slechts op ondergeschikte punten gewijzigd.
20. Art. 52 Wna. Hierover ook G.J.C. Rensen & L. Timmerman, ‘De notaris in het moderne ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7121, voetnoot 21.
21. Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019, 15.7.1. Waaijer wijst erop dat het in de praktijk niet ongebruikelijk is dat indien de ondertekenaar eerder al ten overstaan van de notaris heeft getekend en nadien aan de notaris een nieuw verzoek wordt gedaan om een handtekening van diezelfde ondertekenaar onder een ander stuk te legaliseren, die legalisatie om praktische redenen plaatsvindt zonder dat de nieuwe handtekening in tegenwoordigheid van de notaris wordt gezet. Zie ook F.K. Buijn, *De oprichting van de NV en de BV*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 24, Deventer: Kluwer 1984.
22. In 2015 concludeerde Waaijer dat een digitale legalisatieverklaring van een elektronische handtekening een stap te ver was voor de destijds geldende stand van de voor het notariaat beschikbare techniek, B.C.M. Waaijer, ‘Rechtsvragenrubriek’, *WPNR* 2015/7049. Hij betwijfelde met name of een notaris zich kon uitspreken of voldaan was aan de verschillende technische vereisten die de wet stelt, bijvoorbeeld de waarborging van de integriteit van de inhoud van de door de cliënt ondertekende volmacht. Technisch is dit mogelijk, zie bijvoorbeeld de door de notaris gebruikte digitale handtekening PKI Overheid Notaris Beroepscertificaat om documenten bij de KvK in te dienen (§ 3.2), maar praktisch is dit minder eenvoudig omdat iedere oprichter in dat geval een digitale handtekening zou moeten krijgen. Hiervoor is een uitgebreide procedure met bepaalde waarborgen nodig.
23. Zie C.G. Breedveld-de Voogd, ‘Digitale overdracht van woningen’, *WPNR* 2018/7179, p. 56-57 en voetnoot 33-35. De commissie heeft haar conclusie gebaseerd op de volgende jurisprudentie: Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2270 (*Hema*); Hof Amsterdam 8 januari 1998, nr. 649/97, *WPNR* 98/6299, p. 70-71 (Samenlevingsovereenkomsten) en Hof Amsterdam 22 juli 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ4770, NJ 2004/577 (*Erfpachtconversies*). Hierover ook M.I.W.E. Hillen-Muns, ‘Digitalisering in het notariaat’, *WPNR* 2018/7202, p. 560-561.
24. Zie G.J.C. Lekkerkerker, ‘Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn cliënt’, *WPNR* 2014/7013, p. 324; P. Blokland, ‘De zorg- en informatieplicht van de notaris in het digitale tijdperk’, *WPNR* 2015/7072; C.G. Breedveld-de Voogd, ‘Digitale overdracht van woningen’, *WPNR* 2018/7179, p. 56-57; G.J.C. Rensen & L. Timmerman, ‘De notaris in het moderne ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7121, p. 778; Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019, 6.11.2. Zie ook Hof Amsterdam 16 juni 2015 (rov. 6.7.1), ECLI:NL:GHAMS:2015:2270 (*HEMA notarissen*), waarbij het hof de werkwijze waarbij standaardakten volledig digitaal en automatisch via vraag en antwoord werden gegenereerd, tuchtrechtelijk toelaatbaar achtte, maar daarbij expliciet liet meewegen dat partijen bij het passeren van de akte in persoon bij de notaris verschenen.
25. Een eenvoudige zoekopdracht in Google met de term ‘online oprichten’ resulteert in een groot aantal bedrijven, zoals www.firm24.com; www.online-flexbvoprichten.nl; www.bv-oprichten.com; www.standaardbv.nl.
26. Hierover ook G.J.C. Rensen & L. Timmerman, ‘De notaris in het moderne ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7121, p. 777-778 en M.I.W.E. Hillen-Muns, ‘Digitalisering in het notariaat’, *WPNR* 2018/7202, p. 559-561.

in opdracht van de online dienstverlener en een notaris lijkt doorgaans niet direct contact te hebben met de oprichters in deze fase van de ‘online oprichting’.²⁷ Het passeren van de oprichtingsakte geschiedt veelal bij wijze van volmacht (§ 2.2). De volgende stap is dan ook dat de oprichters fysiek naar een notaris moeten voor het afgeven van een volmacht en legalisatie.²⁸ De laatste stap is dat de notaris de conceptakte goedkeurt en passeert, waarmee de BV is opgericht. Na oprichting zorgt de notaris voor inschrijving bij het handelsregister (de Kamer van Koophandel of KvK). Deze inschrijving verloopt volledig digitaal via de online webservice van de KvK: Online Registeren.²⁹ Deze ‘online oprichting’ ziet doorgaans op eenvoudige ‘standaard’ BV’s, waarbij de oprichter de enig aandeelhouder en bestuurder is. Bij afwijkende situaties verwijzen de websites de oprichters veelal door en zal ‘online’ oprichten niet mogelijk zijn.

De voorlichting over de specifieke gevolgen van de oprichting van een BV wordt gegeven op de desbetreffende websites. In hoeverre deze voorlichting ook geschiedt in persoon bij de notaris – bijvoorbeeld door de desbetreffende notaris ter gelegenheid van de legalisatie van de handtekening op de volmacht – of op andere wijze is niet duidelijk.³⁰ De vraag hoe deze praktijk zich verhoudt tot de heersende leer dat een persoonlijk gesprek met de notaris noodzakelijk blijft (§ 2.2), laten wij rusten.

3. Cybersecurity bij huidige wijze van ‘online oprichting’ en rol notaris

De huidige praktijk van gedeeltelijke online oprichting van de BV bestaat uit de volgende drie digitale processen: (i) de verhouding tussen de oprichters en de online aanbieder, waarbij de oprichters de noodzakelijke gegevens op de website van de online aanbieder invullen en vervolgens worden opgeslagen, (ii) de verhouding tussen de online aanbieder en de notaris, waarbij eerstgenoemde de gegevens van de oprichters en de conceptakte digitaal naar de notaris verstuurt en (iii) de verhouding tussen de notaris en het handelsregister, waarbij de notaris namens de bestuurders de BV via de online webservice Online Registeren inschrijft.

3.1. Bestaande cybersecurityrisico’s

De gedeeltelijke online oprichting brengt door deze digitale verhoudingen verschillende ‘cybersecurityrisico’s’ met zich die niet, of niet in dezelfde vorm, bestaan bij de volledig ‘offline’ oprichting.³¹ Allereerst bestaan risico’s met betrekking tot de ‘beschikbaarheid’ van de benodigde digitale informatie en infrastructuur. De online oprichting vereist digitale informatie en allerlei vormen van digitale communicatie en

gegevensuitwisseling. Zij is niet mogelijk als deze informatie niet beschikbaar is of als de betrokken personen en organisaties geen werkende internetverbinding hebben. De gegevens dienen daarnaast ‘interoperabel’ te zijn. Zij moeten in een formaat worden aangeleverd dat alle betrokkenen kunnen lezen en in de oprichtingsakte en het handelsregister kan worden verwerkt.³²

De gedeeltelijke online oprichting kent daarnaast risico’s met betrekking tot ‘authenticiteit’. De oprichters kunnen bijvoorbeeld online een valse naam aannemen. De ‘integriteit’ van de oprichting is bovendien in gevaar indien het mogelijk is om de digitaal opgeslagen en verstuurd gegevens te wijzigen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de door de oprichters aangeleverde informatie,³³ maar ook voor de naar aanleiding daarvan opgestelde conceptakte. Dit tast ook de ‘onloochenbaarheid’ van de oprichting aan. Indien de integriteit van de gegevens niet is gewaarborgd, is het niet mogelijk om te bewijzen dat de oprichters daadwerkelijk akkoord zijn gegaan met de oprichting. Zij zouden kunnen ontkennen dat zij de BV hebben opgericht of beweren dat zij akkoord zijn gegaan met een andere oprichtingsakte.

27. Hierover uitgebreid M.I.W.E. Hillen-Muns, ‘Digitalisering in het notariaat’, *WPNR* 2018/7202, p. 559. Zie ook G.J.C. Rensen & L. Timmerman, ‘De notaris in het moderne ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7121, p. 778.

28. De notaris die de volmacht legaliseert zal in de regel niet dezelfde notaris zijn als degene die uiteindelijk de akte van oprichting passeert.

29. Zie uitgebreid over dit systeem: www.kvk.nl/registreren-notarissen.

30. Zie ook G.J.C. Rensen & L. Timmerman, ‘De notaris in het moderne ondernemingsrecht’, *WPNR* 2016/7121, p. 778.

31. Zie over de verschillende cybersecuritybegrippen bijvoorbeeld R. de Oliveira Albuquerque e.a., ‘Leveraging information security and computational trust for cybersecurity’, *J Supercomput* (72) 2016, afl. 10, p. 3742-3743; B.P.F. Jacobs, ‘Vertrouwen en authenticatie’, in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht* (Kortmannbundel, Serie Onderneming en Recht deel 100), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 239-243.

32. De online aanbieders (§ 2.3) waarborgen de interoperabiliteit van de door de oprichters aangeleverde gegevens door deze informatie in een webformulier te laten invullen.

33. De integriteit kan gedeeltelijk worden gewaarborgd door de gegevens te versleutelen. Zie bijvoorbeeld <https://www.bv-oprichten.com/bv-oprichten-stappen>. (laatst bezocht 18 februari 2020): “Uw gegevens worden opgeslagen met een 128bit SSL encryptie”. Dit garandeert echter niet dat de gegevens niet zijn gewijzigd voor de encryptie of na de decryptie.

3.2. Rol van de notaris

De notaris speelt een belangrijke rol bij het ondervangen van deze risico's. Als de oprichters bij het passeren van de akte in persoon voor de notaris verschijnen, dient de notaris hun identiteit vast te stellen aan de hand van een geldig identiteitsbewijs en de aard en het nummer daarvan in de oprichtingsakte te vermelden.³⁴ De gedeeltelijke online oprichting geschiedt echter doorgaans bij volmacht (zie § 2.2). De notaris zal in dat geval de identiteit van de oprichters moeten vaststellen ter gelegenheid van de legalisatie van de handtekening op de volmacht. De risico's met betrekking tot authenticiteit zijn hiermee verholpen.

Bovendien is bij de 'klassieke' wijze van oprichting de integriteit gewaarborgd doordat de oprichters bij het passeren van de akte allemaal dezelfde door de notaris voorgelezen of zakelijk weergegeven akte ondertekenen.³⁵ De vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris zorgen daarnaast voor onloochenbaarheid van de oprichting.³⁶ De oprichters kunnen niet op een later moment ontkennen dat zij de oprichtingsakte hebben ondertekend.

De huidige praktijk voor gedeeltelijke online oprichting via volmacht kan dezelfde mate van zekerheid bieden door de volmacht te beperken tot een specifieke, bijgevoegde conceptakte. De volmacht kan daarnaast verwijzen naar een specifiek documentnummer. Voor de waarborging van de integriteit is in dat geval voorts vereist dat de inhoud van de conceptakte niet kan worden aangepast zonder gelijktijdige wijziging van het documentnummer. De notaris zal een akte niet passeren indien deze afwijkt van de conceptversie of het documentnummer waarvoor de volmacht is gegeven.³⁷

De notaris zorgt ten slotte voor de cybersecurity van de inschrijving in het handelsregister (§ 2.3). Hij waarborgt allereerst de interoperabiliteit door zorg te dragen voor deze inschrijving. De notaris zorgt bovendien voor de integriteit van de opgave. De inschrijving van de oprichtingsakte en andere documenten geschiedt online via de webservice Online Registreren. De notaris dient een PDF-bestand van de desbetreffende documenten te uploaden in het systeem. Vervolgens ondertekent hij de opgave voor indiening met een PKI Overheid Notaris Beroepscertificaat.³⁸ Dit is een elektronische handtekening en waarborgt de integriteit van de opgave (§ 5.2). De integriteit en onloochenbaarheid worden bovendien gewaarborgd doordat de notaris de voor hem verleden akte moet bewaren.³⁹ Bij twi- fel over de integriteit van een afschrift van de akte, is het mogelijk om deze te vergelijken met de bij de notaris blijvende oorspronkelijke akte.⁴⁰

4. Online oprichting BV volgens Richtlijn

De Richtlijn beoogt het oprichten van een vennootschap gemakkelijker, sneller en tijd- en kosten effectiever te maken door middel het gebruik van digitale instrumenten en processen.⁴¹ De oprichting moet volledig online kunnen worden verricht.⁴² Voor de toepassing van de Richtlijn vallen onder de definitie van oprichting niet alleen het voor Nederland constitutieve vereiste van een notariële akte (§ 2.1), maar ook de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister.⁴³ De Richtlijn ziet in beginsel alleen op de BV, maar Nederland kan de procedure voor online oprichting ook van toepassing verklaren op de NV.⁴⁴ Uiterlijk 1 augustus 2021 dient Nederland de Richtlijn te hebben geïmplementeerd en moet de volledige online oprichting van een BV mogelijk zijn.

4.1. Voorschriften procedure online oprichting

De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat vennootschappen volledig online kunnen worden opgericht zonder dat de 'aanvragers' (hierna: oprichters) zich daarvoor fysiek moeten aanmelden bij de persoon of instantie die een bepaald aspect van de procedure voor oprichting behandelt.⁴⁵ In Nederland zijn deze personen of instan-

34. Art. 39 lid 1 en 40 lid 2 sub a, b en c Wna jo. art. 1 Wet op de identificatieplicht.

35. Art. 43 lid 1 en 4 Wna.

36. Zie over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris art. 17 Wna en Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019, 3.1-3.2.

37. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 november 2018, *JOR* 2019/179, waarin het hof oordeelt dat een notaris verwijtbaar heeft gehandeld door onder omstandigheden een akte van levering te passeren op basis van een ruim daarvoor afgegeven volmacht, zonder zich ervan op de hoogte te stellen dat de inhoud daarvan wel overeenstemde met wat tussen partijen was afgesproken en zonder op enigerlei wijze te verifiëren dat ook een van die partijen daarmee akkoord was.

38. Zie <https://www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/inschrijven-bij-de-kamer-van-koophandel/wie-mag-de-inschrijving-doorgeven/online-registreren-handelsregister-voor-notariskantoren/online-registreren-notarissen-orn/> (laatst bezocht 18 februari 2020) en de daar geplaatste 'Handleiding Online Registreren' en 'Handleiding Ondertekenen'.

39. Art. 12 lid 1 jo. 38 lid 1 Wna. Voorts dient de notaris ingevolge art. 7 Rw dagelijks de door hem opgemaakte akten langs elektronische weg in te schrijven bij een door de KNB gehouden repertorium. Hiervoor heeft de KNB samen met de Belastingdienst het Centraal Digitaal Repertorium met bijbehorend Aktenregister opgezet, zie de consultatiereactie van de KNB, p. 8, te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/digioprichtingkapitaalvennootschap/reacties>.

40. Art. 38 lid 1 en 49 lid 4 Wna. De beschikbaarheid van deze akte wordt bovendien gewaarborgd doordat zij moet worden opgesteld op duurzaam materiaal, zie art. 41 lid 2 Wna.

41. Overweging 2 Richtlijn 2019/1151.

42. Overweging 8 Richtlijn 2019/1151.

43. Art. 13 bis onder 4 Richtlijn.

44. Art. 13 octies lid 1, tweede alinea Richtlijn.

45. Art. 13 octies lid 1, eerste alinea Richtlijn.

ties de notaris en de Kamer van Koophandel, belast met het passeren van de notariële oprichtingsakte respectievelijk de verwerking van de inschrijving in het handelsregister.

Het is aan de lidstaten om nadere voorschriften op te stellen met betrekking tot de procedure voor online oprichting. De Richtlijn bevat hiertoe een aantal randvoorwaarden. Als uitgangspunt geldt dat de online oprichting kan worden verricht door de indiening van documenten en informatie in elektronische vorm, zoals uittreksels uit het handelsregister.⁴⁶ De door de lidstaten op te stellen voorschriften dienen verder in ieder geval te zien op het gebruik van modellen van oprichtingsakten, de informatie en documenten die zijn vereist voor online oprichting, de verificatie van de handelingsbekwaamheid, de vertegenwoordigingsbevoegdheid en de identiteit van de oprichters, het gebruik van elektronische identificatiemiddelen, de toetsing van de rechtmatigheid van het doel en de naam van de vennootschap alsook de controle van de benoeming van bestuurders.⁴⁷ Voorts hebben lidstaten de keuze om voorschriften op te stellen met betrekking tot onder meer het waarborgen van de rechtmatigheid van de oprichtingsakte en de rol van de notaris bij online oprichting.⁴⁸

Onderdeel van de vereenvoudiging is dat het mogelijk moet zijn om een BV op te richten aan de hand van modellen van oprichtingsakten (hierna: modellen).⁴⁹ Het ligt voor de hand dat de lidstaten modellen met standaard oprichtingsakten beschikbaar stellen en dat voor een op maat gesneden oprichtingsakte aanvullende voorschriften of procedures worden opgesteld.⁵⁰ De lidstaten dienen deze modellen en bepaalde informatie over het online oprichten op websites beschikbaar te stellen (§ 5.3).

De Richtlijn geeft voorts een termijn voor het online oprichtingsproces. Als de oprichters uitsluitend natuurlijke personen zijn en zij gebruik maken van de genoemde modellen, dient de online oprichting binnen vijf werkdagen te worden afgewikkeld. In alle andere gevallen, bijvoorbeeld als de oprichting geschiedt door middel van een op maat gesneden oprichtingsakte, geldt een termijn van tien werkdagen.⁵¹

Tot slot bestaat op het uitgangspunt van volledige online oprichting een uitzondering: de verplichte fysieke aanwezigheid is toegestaan indien dit noodzakelijk is om identiteitsmisbruik of -wijziging te voorkomen of om te waarborgen dat de oprichters handelingsbekwaam of vertegenwoordigingsbevoegd zijn (§ 5.1).⁵²

4.2. Voorschriften procedure online inschrijving

Voor de inschrijving van de BV in het handelsregister geeft de Richtlijn vergelijkbare regels. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de voor vennootschappen verplicht openbaar te maken documenten en informatie volledig online kunnen worden ingediend, zonder dat de oprichters zich fysiek moeten aanmelden bij de persoon of instantie belast met de procedure voor oprichting.⁵³ Daarbij dient de oorsprong en integriteit van de online ingediende documenten elektronisch te kunnen worden geverifieerd.⁵⁴

5. Cybersecurity bij online oprichting volgens Richtlijn

De Richtlijn heeft oog voor de verschillende cybersecurityrisico's die kleven aan de procedure voor de online oprichting van een BV (§ 3). Zij bevat bepalingen over de authenticatie van de oprichters (§ 5.1), de authenticiteit en integriteit van elektronische informatie (§ 5.2) en de beschikbaarheid van de voor online oprichting benodigde infrastructuur (§ 5.3).

5.1. Authenticatie oprichters

De oprichters van een BV kunnen online een valse naam aannemen (§ 3). Het is daarom noodzakelijk om de identiteit van de oprichters te verifiëren. De Richtlijn bevat regels over deze authenticatie. De door de lidstaten op te stellen voorschriften inzake online oprichting (§ 4.1) dienen onder meer betrekking te hebben op de middelen om de identiteit van de oprichters te verifiëren overeenkomstig art. 13 ter van de Richtlijn.⁵⁵ Dit artikel bepaalt dat burgers van de

46. Art. 13 octies lid 2 laatste zin Richtlijn.

47. Art. 13 octies lid 3 Richtlijn.

48. Art. 13 octies lid 4 Richtlijn. Zie over deze voorschriften ook K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/149, p. 844.

49. Overwegingen 9 en 18 Richtlijn 2019/1151.

50. De modellen zijn met name bedoeld voor kleine, middelgrote en micro-ondernemingen in de zin van Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003, zie overweging 8 en 18 Richtlijn 2019/1151.

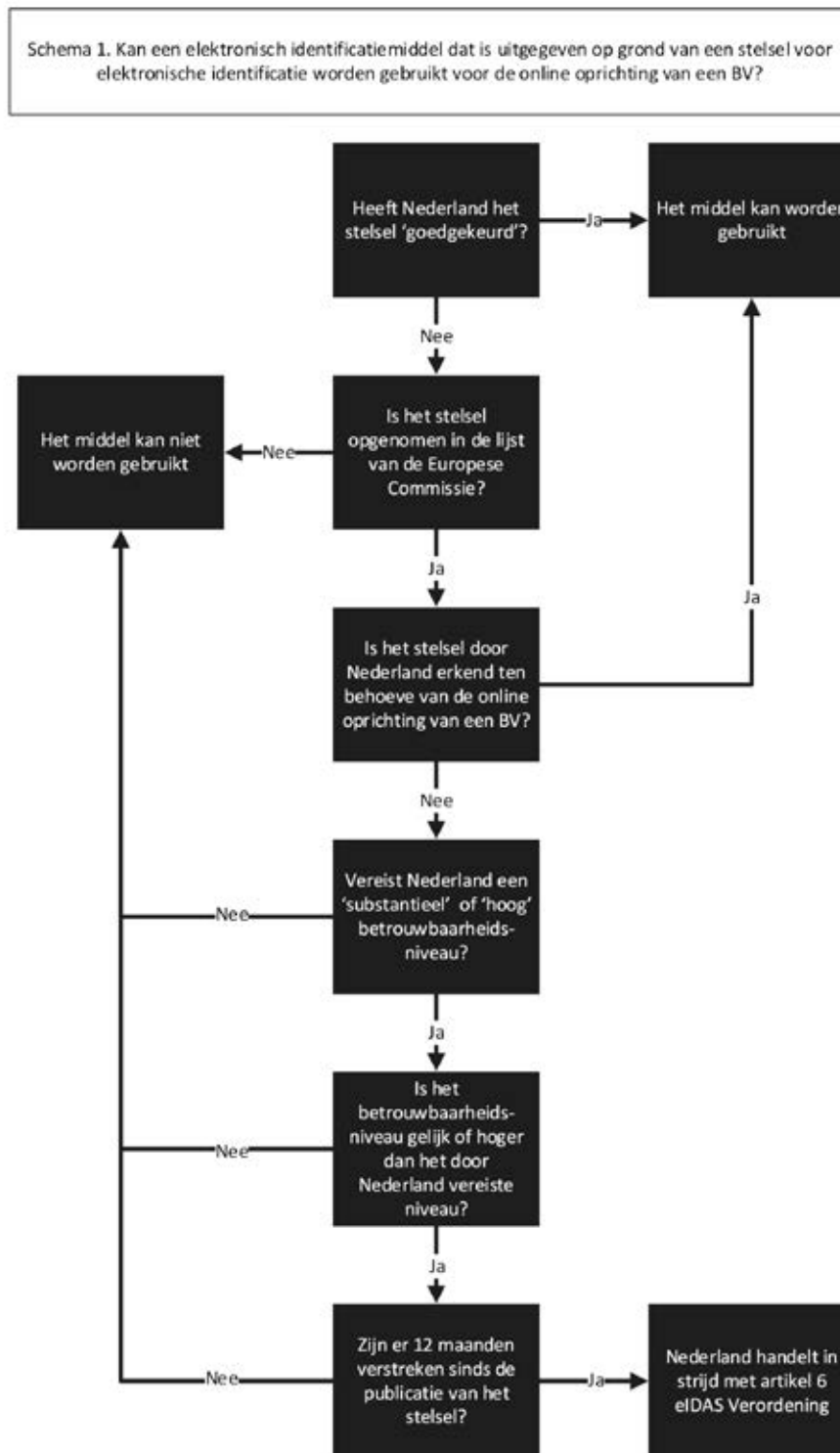
51. Zie voor het moment waarop de termijn aanvangt art. 13 octies lid 7 Richtlijn. Hierover ook J. van der Weele, 'Digitale oprichting van kapitaalvennootschappen en de rol van de notaris', *WPNR* 2020/7266, p. 43.

52. De fysieke aanwezigheid kan uitsluitend bij wijze van uitzondering en per geval worden vereist en mag dus niet stelselmatig worden toegepast. Bovendien moeten de overige onderdelen van de oprichtingsprocedure online kunnen worden afgewikkeld. Zie art. 13 ter lid 4 slot 13 octies lid 8 slotzin Richtlijn; overweging 21 Richtlijn 2019/1151. Hierover ook K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/149, p. 844; J. van der Weele, 'Digitale oprichting van kapitaalvennootschappen en de rol van de notaris', *WPNR* 2020/7266, p. 41.

53. Art. 13 undecies lid 1 Richtlijn.

54. Art. 13 undecies lid 2 Richtlijn.

55. Art. 13 octies lid 3 onder b Richtlijn.



Europese Unie voor de procedure voor online oprichting gebruik kunnen maken van ‘elektronische identificatiemiddelen’ in de zin van de ‘eIDAS Verordening’.⁵⁶ Voorbeelden van dergelijke elektronische identificatiemiddelen zijn DigiD en eHerkenning.⁵⁷ Schema 1 geeft weer of een middel kan worden gebruikt in de door Nederland op te stellen procedure voor de online oprichting van een BV.

56. Verordening (EU) 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG (PbEU 2014, L 257/73). De eIDAS Verordening formuleert regels over het gebruik en de erkenning van elektronische identificatiemiddelen en vertrouwensdiensten. Art. 1 eIDAS Verordening. Zie over het begrip ‘elektronisch identificatiemiddel’ art. 13 bis lid 1 Richtlijn en 3 lid 2 eIDAS Verordening.

57. Ook het notariaat werkt aan een elektronisch identificatiemiddel, ‘NotarisID’. Zie onder andere H. van Wermeskerken, ‘De tijd is er rijp voor en wij zijn er klaar voor’, *Notariaat Magazine* 2019, afl. 7, p. 20-21.

De oprichters van een BV kunnen allereerst gebruik maken van een middel dat is uitgegeven op grond van een 'stelsel voor elektronische identificatie' dat Nederland heeft goedgekeurd.⁵⁸ De Nederlandse wet zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat authenticatie door middel van DigiD of eHerkenning mogelijk is.

De oprichters mogen daarnaast gebruik maken van een middel dat ten behoeve van grensoverschrijdende authenticatie is erkend overeenkomstig art. 6 lid 1 eIDAS Verordening. Dit artikel bevat een verplichting voor 'openbare instanties'⁵⁹ die onlinediensten, zoals de online oprichting van een BV, aanbieden waarvoor elektronische identificatie met gebruikmaking van een elektronisch identificatiemiddel en authenticatie vereist is. Deze instanties zijn verplicht om in andere lidstaten uitgegeven middelen te erkennen indien aan verschillende voorwaarden is voldaan.⁶⁰

Het te erkennen middel dient volgens art. 6 lid 1 sub a in de eerste plaats te zijn uitgegeven op grond van een stelsel voor elektronische identificatie dat op grond van art. 9 eIDAS Verordening is aangemeld en opgenomen in de lijst van de Europese Commissie. Nederlandse bedrijven zouden voor de oprichting van een equivalent van de BV in een andere EU lidstaat bijvoorbeeld gebruik kunnen maken van het door Nederland aangemelde middel 'eHerkenning'. Andersom geldt dus ook dat een Nederlandse BV zou kunnen worden opgericht door iemand die gebruik maakt van een door een andere EU lidstaat aangemeld identificatiemiddel. Natuurlijke personen kunnen in de toekomst waarschijnlijk gebruik gaan maken van DigiD. Dit middel is 'vooraangemeld'.⁶¹ Opname van een stelsel is alleen mogelijk als het middel voldoende zekerheid biedt over de identiteit van de gebruiker. Het moet voldoen aan een van de in de 'Uitvoeringsverordening betrouwbaarheidsniveaus' uitgewerkte betrouwbaarheidsniveaus.⁶² Deze uitvoeringsverordening bevat specificaties om de betrouwbaarheid van het identificatiemiddel te waarborgen. De striktheid van deze specificaties hangt af van het betrouwbaarheidsniveau van het middel.

De verplichting tot erkenning van een elektronisch identificatiemiddel is daarnaast afhankelijk van het betrouwbaarheidsniveau dat de openbare instantie als voorwaarde voor de online oprichting stelt.⁶³ De verplichting bestaat alleen als de openbare instantie een 'substantieel' of 'hoog' betrouwbaarheidsniveau vereist en het te erkennen middel dit niveau behaalt.⁶⁴

Het stelsel van de Richtlijn en de eIDAS Verordening garandeert dat Nederland bij de online

58. Zie over het begrip 'stelsel voor elektronische identificatie' art. 13 bis lid 2 Richtlijn en 3 lid 4 eIDAS Verordening. Art. 13 ter lid 1 sub a Richtlijn verwijst naar een middel dat door de 'eigen' lidstaat is goedgekeurd. Dit is een verwijzing naar de lidstaat die het middel moet erkennen, niet de lidstaat van de oprichter die het middel gebruikt. Nederland is hierdoor bijvoorbeeld niet verplicht om toe te staan dat een Belg bij het online oprichten van een BV gebruik maakt van een elektronisch identificatiemiddel dat in België is goedgekeurd. Dit is op grond van art. 13 ter lid 1 sub b slechts anders als het 'Belgische' middel is erkend overeenkomstig art. 6 lid 1 eIDAS Verordening. Vergelijk ook overweging 10 Richtlijn 2019/1151 (om een hoog niveau van vertrouwen te waarborgen in grensoverschrijdende situaties mogen alleen elektronische identificatiemiddelen worden erkend die voldoen aan de eisen van art. 6 eIDAS Verordening). 'Goedgekeurd' lijkt te zien op de acceptatie van een middel voor de in de Richtlijn bedoelde procedures. Het hoeft dan niet te gaan om een middel dat in 'algemene' zin is geaccepteerd of zelfs is erkend op grond van art. 6 eIDAS verordening. Vergelijk ten slotte art. 9 'Voorstel Wet digitale overheid', dat de minister opdraagt om identificatiemiddelen aan te wijzen die 'toegelaten' zijn. *Kamerstukken II 2017/18, 34972, 2* (Voorstel van wet). Een dergelijke algemene goedkeuring zou ook betrekking kunnen hebben op (de implementatie van) art. 13 ter lid 1 Richtlijn.
59. Zie over dit begrip art. 3 lid 7 eIDAS Verordening. Het begrip omvat publieke instellingen en private entiteiten die gemachtigd zijn om openbare diensten te verlenen.
60. Zie ook art. 13 ter lid 2 Richtlijn. De lidstaten kunnen de erkenning weigeren als niet aan de eisen is voldaan. Zie ook noot 64.
61. Stelsels voor elektronische identificatie aangemeld overeenkomstig art. 9, lid 1, van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt (*PbEU 2019, C 425/6*); <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EIDCOMMUNITY/Overview+of+pre-notified+and+notified+eID+scheme+s+under+eIDAS> (laatst bezocht 18 februari 2020).
62. Art. 7 sub d en e en 8 eIDAS Verordening; Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1502 van de Commissie van 8 september 2015 tot vaststelling van minimale technische specificaties en procedures betreffende het betrouwbaarheidsniveau voor elektronische identificatiemiddelen overeenkomstig art. 8, lid 3, van Verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt (*PbEU 2015, L 235/7*). Zie ook art. 8 lid 2 eIDAS Verordening. Het beveiligingsniveau 'laag' is minder streng dan 'substantieel'. 'Substantieel' is minder streng dan 'hoog'.
63. Het is mogelijk om het vereiste betrouwbaarheidsniveau expliciet te bepalen. Vergelijk bijvoorbeeld art. 6 lid 2 Voorstel Wet digitale overheid, dat bestuursorganen en aangewezen organisaties verplicht om het vereiste niveau te bepalen. Het vereiste niveau kan daarnaast blijken uit de op grond van art. 13 ter lid 1 sub a Richtlijn goedgekeurde elektronische identificatiemiddelen. Indien er meerdere elektronische identificatiemiddelen zijn goedgekeurd, is het middel met het laagste betrouwbaarheidsniveau van belang voor de invulling van de eisen voor erkenning in de zin van art. 6 lid 1 eIDAS Verordening. Dit middel bepaalt immers de eis die de *openbare instantie* stelt, zelfs als de andere goedgekeurde middelen een hoger betrouwbaarheidsniveau garanderen.
64. Art. 6 lid 1 sub b en c eIDAS verordening. Bijna alle aangemelde systemen zijn in staat om het betrouwbaarheidsniveau 'hoog' te waarborgen. Alleen het Engelse systeem 'GOV.UK Verify' is slechts in staat om maximaal een 'substantieel' betrouwbaarheidsniveau te waarborgen. Noot 61. Vergelijk art. 7 lid 1 sub c en lid 2 sub c Voorstel Wet digitale overheid, dat een generieke erkenning bevat van alle ingevolge de eIDAS Verordening aangemelde en goedgekeurde stelsels. *Kamerstukken II 2017/18, 34972, 3 p. 72-73.*

oprichting van een BV niet kan worden geconfronteerd met buitenlandse elektronische identificatiemiddelen die onvoldoende zekerheid bieden over de identiteit van de oprichter. Nederland is nooit verplicht om middelen met een ‘laag’ betrouwbaarheidsniveau te erkennen, ook niet als de door Nederland goedgekeurde elektronische identificatiemiddelen zelf ook geen ‘substantieel’ of ‘hoog’ betrouwbaarheidsniveau waarborgen. De erkenning van middelen met een ‘laag’ betrouwbaarheidsniveau is op grond van art. 6 lid 2 eIDAS Verordening echter wel toegestaan.

De Richtlijn bevat geen minimumvoorschriften over de authenticiteit van de op grond van art. 13 ter lid 1 sub a goedgekeurde elektronische identificatiemiddelen. De vereiste authenticiteit wordt grotendeels overgelaten aan de lidstaten zelf. De Richtlijn belet lidstaten niet om online oprichting met onbetrouwbare elektronische identificatiemiddelen mogelijk te maken.⁶⁵ Integendeel, zij is er juist op gericht om te voorkomen dat te strenge eisen aan de authenticiteit ertoe leiden dat online oprichting niet mogelijk is.⁶⁶ Het is bijvoorbeeld niet toegestaan om ter waarborging van de authenticiteit altijd fysieke aanwezigheid van de oprichters te vereisen. Dit mag alleen in situaties waarin er redenen zijn om te vermoeden dat er identiteitsfraude is gepleegd.⁶⁷

5.2. Authenticiteit en integriteit van elektronische informatie

De online oprichting en inschrijving van een BV brengen verschillende informatieverplichtingen met zich. De oprichters zijn bijvoorbeeld verplicht bepaalde documenten na oprichting in te schrijven in het handelsregister.⁶⁸ Voor de online oprichting van een BV moeten de documenten en informatie volledig online in elektronische vorm kunnen worden ingediend (§ 4.1 en 4.2).⁶⁹ Digitale gegevens kunnen echter worden gewijzigd (§ 3). Het is daarnaast mogelijk dat iemand zich online voordoeft als een oprichter en onjuiste informatie verschaft. Dit leidt tot onzekerheid over het bestaan en de precieze kenmerken van de opgerichte vennootschap. Het is daarom noodzakelijk om de authenticiteit en integriteit van de digitale informatie te waarborgen.

Art. 13 undecies lid 2 Richtlijn bepaalt dat de ‘oorsprong’ en integriteit van online ingediende documenten elektronisch moeten kunnen worden geverifieerd. Het artikel bepaalt niet hoe dit dient te geschieden. Art. 13 octies, dat op grond van art. 13 undecies lid 4 ook van toepassing is op deze informatieverplichtingen, geeft meer aanwijzingen. Het is op grond van art. 13 octies lid 3 sub b in de eerste plaats mogelijk om de

authenticiteit van de informatie te controleren door middel van de op grond van art. 13 ter Richtlijn toegestane elektronische identificatiemiddelen (§ 5.1).

De elektronische identificatiemiddelen waarborgen echter geen integriteit. Zij garanderen niet dat de informatie ongewijzigd is aangekomen. Een elektronisch identificatiemiddel biedt hierdoor bijvoorbeeld geen zekerheid over de vraag of het in het handelsregister opgenomen authentieke afschrift van de notariële akte niet is gewijzigd.

Art. 13 octies lid 3 sub c Richtlijn biedt een mogelijke oplossing. Dit artikel stelt dat de nationale voorschriften ook moeten zien op het gebruik van ‘vertrouwensdiensten’ zoals ‘elektronische handtekeningen’.⁷⁰ Een elektronische handtekening bestaat uit gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen.⁷¹ Een dergelijke handtekening kan bijvoorbeeld bestaan uit een gescande geschreven handtekening of een ‘ondertekening’ met behulp van een elektronisch identificatiemiddel. Deze methoden garanderen

65. Art. 13 ter lid 1 en 13 octies lid 3 sub a Richtlijn vereisen dat de oprichter een elektronisch identificatiemiddel gebruikt. Dit begrip bevat op zichzelf echter geen waarborgen. Vergelijk art. 3 lid 2 eIDAS Verordening. Volledigheidshalve merken wij op dat de notaris op grond van de huidige wet- en regelgeving (o.m. Wwft, Wna, beroeps- en gedragsregels) verplicht is een cliëntenonderzoek te doen. Dit houdt onder meer in dat de notaris de cliënt moet identificeren en diens identiteit moet verifiëren.

66. Art. 13 quater lid 3 Richtlijn. De Nederlandse tekst verwijst hierbij ten onrechte naar art. 13 nonies in plaats van art. 13 octies. Dit lijkt een verschrijving. De Engelse tekst verwijst wel naar het juiste artikel. Zie met betrekking tot andere nationale vereisten in dezelfde zin art. 13 quater lid 2 (procedures en voorschriften, waaronder die voor het opstellen van oprichtingsakten) en 13 nonies lid 2 (de verplichting om voor de oprichting een authentieke akte te gebruiken) Richtlijn.

67. Art. 13 ter lid 4 Richtlijn; § 4.1. Zie voor andere grenzen aan de vrijheid van de lidstaten om de online oprichting in te richten bijvoorbeeld art. 13 octies lid 5 (online oprichting is in beginsel niet afhankelijk van een vergunning of machtiging), 7 (eisen aan de snelheid van de procedure) en 8 (fysieke aanwezigheid om de handelingsbekwaamheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid te controleren mag alleen per geval worden vereist) Richtlijn. Zie daarnaast § 5.3.

68. Zie o.m. art. 14 Richtlijn en art. 2:180 BW.

69. Art. 13 octies lid 2 en art. 13 undecies lid 1 Richtlijn.

70. Art. 3 lid 16 eIDAS Verordening.

71. Art. 3 lid 10 eIDAS Verordening. Zie voor een beschrijving van elektronische handtekeningen ook S.A.K. d’Azevedo, ‘Elektronische handtekeningen in de praktijk’, *Bb* 2020, afl. 4, p. 82-85.

echter geen integriteit. Het blijft mogelijk om de ondertekende informatie te wijzigen. De nationale voorschriften zouden ook kunnen bepalen dat de elektronische informatie moet zijn voorzien van een ‘geavanceerde’ of ‘gekwalficeerde’ ‘elektronische handtekening’. Deze handtekeningen waarborgen de integriteit wel. Zij zijn op een zodanige wijze met de ondertekende gegevens verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord.⁷² Dit werkt in de regel door middel van een asymmetrische cryptografie. De notaris ondertekent bijvoorbeeld het authentieke afschrift van de oprichtingsakte door met zijn ‘*private key*’ een ‘*hash*’ van het afschrift te genereren en te versleutelen. Deze versleutelde *hash* functioneert als ondertekening. Deze handtekening kan alleen worden gegenereerd met de *private key* van de notaris. De elektronische handtekening laat op deze manier zien dat het authentieke afschrift werkelijk afkomstig is van de notaris.⁷³ Zij zorgt bovendien voor integriteit. De versleutelde *hash* is niet alleen afhankelijk van de *private key*, maar ook van de inhoud van de akte. Als het afschrift na ondertekening wordt gewijzigd, klopt de versleutelde *hash* niet meer. Het maakt hierdoor geen verschil of de notaris ook zorgt voor de inschrijving, of dat de oprichters of bestuurders de akte overleggen. Ook als de oprichters de akte overleggen, is door middel van de elektronische handtekening van de notaris te controleren of de akte daadwerkelijk afkomstig is van de notaris en nadien de inhoud van de akte niet is gewijzigd.

Het handelsregister kan de handtekening controleren aan de hand van de ‘*public key*’ van de notaris. Deze sleutel is cryptografisch gekoppeld aan de *private key* van de notaris. Hoewel hij niet kan worden gebruikt om de versleutelde *hash* te genereren, maakt hij het wel mogelijk om te controleren of de handtekening overeenkomt met de boodschap en de *private key*. De *public key* is openbaar. Het handelsregister is hierdoor voor de controle van de handtekening niet afhankelijk van de medewerking van de notaris. Geavanceerde en gekwalficeerde elektronische handtekeningen gaan om die reden verder dan de eisen van art. 13 undecies lid 2 Richtlijn. Zij waarborgen niet alleen de authenticiteit en integriteit van het authentieke afschrift, maar ook de onloochenbaarheid. De notaris kan niet ontkennen dat het afschrift met zijn handtekening is ondertekend.

Het handelsregister kan alleen op de handtekening, en de ‘validatie’ daarvan, vertrouwen als het zeker weet dat een bepaalde *public key* bij een bepaalde notaris hoort. Dit vertrouwen in elektronische handtekeningen wordt in de regel

gecreëerd door het gebruik van een (gekwalficeerd) ‘certificaat voor elektronische handtekeningen’ dat is verleend door een (gekwalficeerde) ‘verlener van vertrouwensdiensten’.⁷⁴ Het handelsregister hoeft de identiteit van de verschillende notarissen hierdoor niet zelf te controleren en te koppelen aan een *public key*. In plaats daarvan moet het vertrouwen op de dienstverlener die het certificaat uit geeft.

Gekwalficeerde elektronische handtekeningen bieden de meeste zekerheid. De eIDAS Verordening stelt strengere eisen aan deze handtekeningen dan aan ‘gewone’ of ‘geavanceerde’ elektronische handtekeningen.⁷⁵ Gekwalficeerde elektronische handtekeningen staan daarnaast onder zwaarder toezicht. Zij mogen alleen worden aangeboden door verlener van vertrouwensdiensten aan wie de status ‘gekwalficeerd’ is verleend door het nationale toezichthoudende orgaan van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd.⁷⁶ De lidstaten zijn bovendien op grond van art. 22 lid 1 eIDAS Verordening verplicht om ‘vertrouwenslijsten’ op te stellen en te publiceren. Deze lijsten bevatten informatie over de gekwalficeerde verlener waarvoor zij verantwoordelijk zijn. De Europese Unie publiceert de verschillende lijsten op <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/>.⁷⁷ In Nederland zijn QuoVadis en KPN voorbeelden van gekwalficeerde verlener van

72. Art. 3 lid 11 en 12 en 26 sub d eIDAS Verordening.

73. Deze authenticiteit is een eis bij geavanceerde en gekwalficeerde elektronische handtekeningen. Art. 3 lid 12, 24 lid 1 en 26 sub a, b, en c en bijlage I sub c eIDAS Verordening. De authenticiteit is uiteraard niet gewaarborgd als de notaris zijn *private key* deelt of verliest of als het cryptografische algoritme is gekraakt. Zie ook bijlage II lid 1 eIDAS Verordening.

74. Art. 3 lid 14, 15, 19, 20 en 41 eIDAS Verordening. De *public key* is een ‘valideringsgegeven’ in de zin van art. 3 lid 40 eIDAS Verordening.

75. Zie bijvoorbeeld art. 3 lid 12, 17, 20 en 23, 28 lid 1, 29, 32, 33 en 34 en bijlage I en II eIDAS Verordening; noot 76. Zie voor de strengere eisen aan gekwalficeerde verlener van vertrouwensdiensten art. 13 lid 1 en 24 eIDAS Verordening.

76. Art. 3 lid 20, 17 lid 3 sub a en 21 eIDAS Verordening. Zie over de eis dat gekwalficeerde diensten worden aangeboden door gekwalficeerde verlener bijvoorbeeld art. 3 lid 12, 15, 30 en 39 en bijlage I sub b, f en g en II lid 3 eIDAS Verordening. Deze eis ziet in het systeem van de eIDAS Verordening niet op de gekwalficeerde handtekening zelf, maar op de daarvoor benodigde gekwalficeerde certificaat en gekwalficeerde middelen. Zie over het toezicht door het nationale toezichthoudende orgaan ook art. 20 eIDAS Verordening.

77. Laatste bezocht 18 februari 2020. Zie ook art. 22 lid 3 en 4 eIDAS Verordening. Vergelijk over de *certificering* van gekwalficeerde middelen voor het aanmaken van elektronische handtekeningen art. 30 en 31 eIDAS Verordening.



vertrouwensdiensten. Het door de notarissen gebruikte PKI Overheid is een van de opgenomen vertrouwensdiensten. De vertrouwenslijsten stellen het handelsregister, en andere vertrouwende partijen, in staat om te controleren of een verlener van vertrouwensdiensten echt ‘gekwalificeerd’ is. De betrouwbaarheid van deze lijsten wordt op grond van art. 22 lid 2 eIDAS Verordening gewaarborgd door middel van een elektronische handtekening of zegel.⁷⁸

Schema 2 geeft een overzicht van het stelsel van de eIDAS Verordening. Zij laat zien dat het vertrouwen in de betrouwbaarheid van een elektronisch document getrupt tot stand komt. Het vertrouwen is, via een elektronische handtekening en een gekwalificeerde verlener, uiteindelijk gebaseerd op een door een toezichthoudende autoriteit gepubliceerde vertrouwenslijst. De betrouwbaarheid van deze lijst is op haar beurt weer afhankelijk van een vertrouwensdienst.

Het voorgaande laat zien hoe elektronische handtekeningen kunnen worden gebruikt om authenticiteit, integriteit en onloochenbaarheid van een elektronisch authentiek afschrift te waarborgen. De toepassing van deze handteke-

ningen is echter niet tot dit voorbeeld beperkt. Elektronische handtekeningen kunnen worden gebruikt om de betrouwbaarheid van alle elektronische documenten te waarborgen. Nederlandse notarissen maken gebruik van elektronische handtekeningen om de inschrijving bij het handelsregister te ondertekenen (§ 3.2). De authenticiteit, integriteit en onloochenbaarheid van de door de notaris in het handelsregister opgenomen informatie is hiermee gewaarborgd.

Ook de integriteit van de door het handelsregister afgegeven informatie wordt gewaarborgd. Art. 16 bis lid 4 Richtlijn maakt het mogelijk om een door middel van een vertrouwensdienst, zoals een elektronische handtekening, gemaakte elektronische kopie te verkrijgen van de in het register opgenomen informatie. Dit is bijvoorbeeld van belang als een van de oprichters een andere rechtspersoon is. In zo'n geval kan

78. Zie over elektronische zegels art. 3 lid 25 eIDAS Verordening. De waarborgen en rechtsgevolgen van elektronische zegels zijn in grote lijnen hetzelfde als van elektronische handtekeningen. Vergelijk de art. 25 tot en met 40 eIDAS Verordening. Wij gaan verder niet in op elektronische zegels.



het noodzakelijk zijn om te verifiëren dat de oprichter-rechtspersoon bestaat, er geen insolventie- of ontbindingsprocedure tegen loopt en de handelende persoon bevoegd is om hem te vertegenwoordigen.⁷⁹ Het waarmerk is nadrukkelijk bedoeld om de integriteit en authenticiteit te waarborgen. Lid 4 stelt dat het dient 'te garanderen dat de elektronische kopieën of extracten door het register zijn verstrekt' en 'een eensluidend afschrift' zijn.

De Nederlandse notarissen en het handelsregister maken gebruik van vertrouwensdiensten om de integriteit van de door hen verstuurd informatie te waarborgen. De integriteit van de informatie in andere fasen van de online oprichting is hiermee echter niet gewaarborgd. Het is bijvoorbeeld nog steeds mogelijk dat de door de oprichters aan de notaris verschaft informatie wordt gewijzigd. De Richtlijn bepaalt immers expliciet dat de burgers elektronische identificatiemiddelen kunnen gebruiken om de authenticiteit te waarborgen, maar niet dat zij ook (geavanceerde of gekwalificeerde) elektronische handtekeningen moeten gebruiken om de integriteit te waarborgen. Hierdoor kunnen de notariële oprichtingsakte en het handelsregister alsnog onjuiste informatie bevatten. Schema 3 geeft een overzicht van deze problematiek.

Art. 13 octies lid 3 sub c Richtlijn bepaalt dat er voorschriften moeten bestaan over het gebruik van vertrouwensdiensten. Art. 13 undecies lid 2 verplicht de lidstaten bovendien om ervoor te zorgen dat de authenticiteit en integriteit van online ingediende documenten kunnen worden geverifieerd. De Richtlijn schrijft echter niet expliciet voor dat alle uitwisseling van informatie voor de online oprichting van een BV door middel van geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekeningen of andere vertrouwensdiensten dient te zijn beveiligd. De Nederlandse wetgever zou dus ook kunnen bepalen dat de oprichters slechts verplicht zijn om elektronische identificatiemiddelen te gebruiken (§ 5.1). Het is in dat geval aan de notaris om de integriteit van de oprichting te bewaken. Hij dient zich er op een andere manier van te vergewissen dat de oprichtingsakte en de in het handelsregister

ingeschreven informatie overeenkomen met de door de oprichters verschaft informatie.

Het gebruik van geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekeningen is echter wel wenselijk. Een betrouwbare elektronische handtekening biedt authenticiteit, integriteit en onloochenbaarheid. Zij neemt de cybersecurityrisico's bij online oprichting op een effectieve manier weg.

5.3. De beschikbaarheid van de voor online oprichting benodigde infrastructuur

Online oprichting vereist de nodige infrastructuur (§ 3). De beschikbaarheid en toegankelijkheid van deze infrastructuur zijn van groot belang voor de aantrekkelijkheid van online oprichting. Online oprichting van een BV is geen reëel alternatief als zij ingewikkelder, duurder, trager en onbetrouwbaarder is dan oprichting door de fysieke ondertekening van de oprichtingsakte bij de notaris. De Richtlijn bevat daarom verschillende bepalingen die zien op de beschikbaarheid van de voor online oprichting benodigde infrastructuur. Allereerst verplichten de art. 13 octies lid 1 en 13 undecies lid 1 de lidstaten in algemene bewoordingen om ervoor te zorgen dat het mogelijk is om vennootschappen volledig online op te richten en in te schrijven.

Andere bepalingen zien op specifieke aspecten. Enkele van deze aspecten zijn in paragraaf 4.1 aan de orde gekomen. Zo dienen de lidstaten op grond van de art. 13 septies en 13 nonies beknopte en gebruiksvriendelijke informatie over en modellen voor de oprichting van een vennootschap beschikbaar te stellen op 'registratieportalsites of -websites' die toegankelijk zijn via de 'digitale toegangspoort'. Het gaat daarbij in ieder geval om informatie omtrent de procedure voor online oprichting, het gebruik van modellen en de identificatie van personen.⁸⁰ De websites dienen voorts een schets te bevatten van

79. Zie art. 13 octies lid 2 en 3 sub a, 14 sub d, 16 lid 2 en 20 Richtlijn; § 5.3.

80. Art. 13 septies aanhef en onder a Richtlijn.

“de voorschriften om lid te worden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van een vennootschap”

alsook informatie over de bevoegdheden en verantwoordelijkheid van deze organen.⁸¹ Deze informatie en modellen moeten in een taal zijn die zoveel mogelijk grensoverschrijdende gebruikers grotendeels begrijpen. Het ligt dus voor de hand dat Nederland de informatie ten minste in het Engels en Nederlands beschikbaar stelt. Art. 13 octies lid 7 bepaalt daarnaast dat de oprichting binnen vijf werkdagen dient te zijn afgewikkeld indien de vennootschap uitsluitend wordt opgericht door natuurlijke personen die gebruik maken van de in art. 13 nonies bedoelde modellen en binnen tien werkdagen in andere gevallen.

Ook eventuele vergoedingen voor online procedures mogen de toegankelijkheid van online oprichting niet in gevaar brengen. Art. 13 lid 2 quinquies eist dat zij transparant zijn en op een niet-discriminerende wijze worden toegepast. Zij mogen op grond van lid 2 niet hoger zijn dan de gemaakte kosten. Dit geldt op grond van art. 16 bis lid 2 en 19 lid 1 voor het verkrijgen van een elektronische kopie van de in de registers opgenomen documenten en informatie.⁸² Art. 13 sexies eist bovendien dat de betalingen voor online procedures kunnen worden verricht met behulp van een algemeen beschikbare online betaaldienst die kan worden gebruikt voor grensoverschrijdende betaling. Ook de eventuele betaling van aandelenkapitaal kan op grond van art. 13 octies lid 6 online.

In sommige situaties is het voor de controle van de online oprichting noodzakelijk om informatie te krijgen van andere lidstaten. Het kan voor de verificatie van de benoeming van bestuurders bijvoorbeeld noodzakelijk zijn om te controleren of er een bestuursverbod aan hen is opgelegd in een andere lidstaat.⁸³ De lidstaten zijn daarom verplicht om elkaar en het publiek elektronische kopieën te verschaffen van de in de registers opgenomen documenten en informatie. Deze uitwisseling gaat via het ‘systeem van gekoppelde registers’.⁸⁴ De lidstaten zijn op grond van art. 13 decies lid 3 en 4 onder andere verplicht om elkaar via dit systeem informatie te verschaffen die relevant is voor het opleggen van een bestuursverbod.

6. Implementatie Richtlijn en wijziging Nederlandse wetgeving

De implementatie van de Richtlijn is niet eenvoudig. Nederland zal niet alleen het huidige wettelijk kader omtrent de oprichting van een BV op onderdelen moeten aanpassen en uitbreiden, maar zal ook een gedeeltelijk nieuwe infra-

structuur moeten optuigen die de online oprichting van een BV mogelijk maakt met inachtneming van de voorgeschreven vereisten en waarborgen. Nederland kan daarbij inspiratie opdoen bij andere EU-lidstaten die wat betreft de online oprichting op onderdelen verder zijn.⁸⁵ Wij noemen hierna, zonder volledigheid na te streven, een aantal onderdelen waarop de wet aanpassing of uitbreiding behoeft om de online oprichting binnen de kaders van de Richtlijn mogelijk te maken.

Onder het huidige recht dient ingevolge art. 2:176 BW de akte van oprichting in de Nederlandse taal te worden verleden.⁸⁶ De op basis van de Richtlijn beschikbaar te stellen modellen van oprichtingsakten dienen echter in een taal te luiden die zoveel mogelijk grensoverschrijdende gebruikers grotendeels begrijpen (§ 5.3).⁸⁷ De Nederlandse taal kwalificeert niet als zodanig. Het Engels ligt in dit verband voor de hand. Het

81. Art. 13 septies aanhef en onder c en d Richtlijn.

82. Zie ook art. 19 lid 2 en 3 Richtlijn. De informatie is in sommige situaties zelfs kosteloos.

83. Zie ook art. 13 octies lid 3 sub f en lid 4 sub b Richtlijn.

84. Art. 16 lid 1 en 3, 16 bis lid 2, 18 lid 1 en 22 Richtlijn. De details zijn op grond van art. 24 Richtlijn vastgesteld in Uitvoeringsverordening (EU) 2015/884 van de Commissie van 8 juni 2015 tot vaststelling van de technische specificaties en de procedures voor het systeem van gekoppelde registers dat is ingesteld bij Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU 2015, L 144/1) (‘Uitvoeringsverordening gekoppelde registers’). Deze uitvoeringsverordening is gebaseerd op de voorganger van de Richtlijn, art. 4 quater Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van art. 48 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PbEU 2009, L 258/11), zoals gewijzigd door Richtlijn 2012/17/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 tot wijziging van Richtlijn 89/666/EEG van de Raad en Richtlijnen 2005/56/EG en 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad wat de koppeling van centrale, handels- en vennootschapsregisters betreft (PbEU 2012, L 156/1). Art. 18 lid 2 Richtlijn bepaalt dat minimale veiligheidsnormen bij het doorzenden in acht moeten worden genomen. De normen dienen op grond van bijlage onder 3 Uitvoeringsverordening gekoppelde registers onder andere te zien op de integriteit (sub b), onloochenbaarheid (sub c) en authenticiteit (sub e). Zie ook art. 16 bis lid 4 Richtlijn; § 5.2. De Uitvoeringsverordening gekoppelde registers bevat daarnaast bepalingen over de beschikbaarheid van het systeem van gekoppelde registers. De nationale registers dienen op grond van bijlage punt 13 bijvoorbeeld 98% van de tijd beschikbaar te zijn.

85. Zie o.a. Gerald Spindler, ‘Digitalization and Corporate Law – A View from Germany’, *ECFR* 2019, p. 111-112; K.J. Bakker, ‘De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen’, *Ondernemingsrecht* 2019/149, p. 846, als ook de reacties op de consultatie van het Richtlijnvoorstel digitalisering oprichting en inschrijving van kapitaalvennootschappen, te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/digioprichtingkapitaalvennootschap/reacties>.

86. Art. 2:176 BW.

87. Art. 13 nonies lid 3 Richtlijn.

is mogelijk om een akte in meer dan één taal te verlijden, waarbij in dat geval de tekst van de ene taal gevolgd wordt door de tekst in een andere taal.⁸⁸ Voor de online oprichting door middel van een standaardmodel dient de notaris in dat geval zowel de Engelse als de Nederlandse tekst in de oprichtingsakte op te nemen.⁸⁹ Een andere mogelijkheid is om art. 2:176 BW aan te passen in die zin dat het verlijden van een oprichtingsakte ook in een andere taal toegestaan is.⁹⁰

Verder zijn de bestuurders op grond van art. 2:180 BW verplicht de vennootschap te doen inschrijven en een authentiek afschrift van de oprichtingsakte bij het handelsregister neer te leggen. In de praktijk draagt de passerende notaris veelal zorg voor nakoming van deze verplichting. Als de bestuurders echter zelf de inschrijving en nederlegging op zich nemen, dienen zij hiervoor een afspraak te maken op één van de kantoren van de KvK om de benodigde formulieren en documenten in te leveren.⁹¹ Online inschrijving door bestuurders lijkt dus niet mogelijk. De Richtlijn verplicht hier echter wel toe. Een mogelijke oplossing is om de inschrijfplicht – al dan niet in dezelfde vorm – bij de notaris neer te leggen.⁹² De notaris kan immers reeds online inschrijven via de webservice Online Registreren (§ 2.3). Een andere mogelijkheid is de digitale inschrijving ook voor bestuurders toe te staan. Hiervoor is het echter noodzakelijk dat de authenticiteit en integriteit van de door de bestuurders ingediende documenten kan worden geverifieerd. De meeste burgers hebben echter, in tegentelling tot de notarissen, geen elektronische handtekening die ook integriteit kan waarborgen (§ 5.2).

Een belangrijk knelpunt voor de online oprichting van de BV zijn voorts de bepalingen uit de Wna. De wet is geschreven vanuit de gedachte dat partijen fysiek voor de notaris verschijnen (§ 2.2).⁹³ Voor de implementatie van de Richtlijn dient – bijvoorbeeld in een afzonderlijke titel of afdeling – voor het online oprichten van een BV een uitzondering te worden gemaakt op dit uitgangspunt. Voorts dient de voorgeschreven wijze van identificatie te worden gewijzigd. In het huidige stelsel stelt de notaris de identiteit van de oprichters vast aan de hand van een geldig identiteitsbewijs, zoals paspoort of rijbewijs.⁹⁴ Voor het online oprichten van een BV dient het elektronische identificatiemiddel (§ 5.1) te worden toegevoegd. Een laatste opmerking met betrekking tot de Wna ziet op de vorm van de oprichtingsakte. De notariële akte moet thans nog in papieren vorm worden opgemaakt.⁹⁵ Voor de online oprichting ligt het gebruik van een digitale notariële akte voor de hand.⁹⁶ De Minister heeft reeds laten weten voor de implementatie

van de Richtlijn de mogelijkheid van een digitale notariële akte uit te werken.⁹⁷

Tot slot zijn ook de beroep- en gedragsregels van de notaris in dit verband van belang. De heersende opvatting in literatuur en rechtspraak is vooralsnog dat een persoonlijk gesprek van partijen met de notaris noodzakelijk is (§ 2.2). Voor online oprichting zal moeten worden volstaan met een online alternatief zoals een videogesprek.

De wetgever dient zich ten slotte te buigen over de eisen die zij stelt aan de cybersecurity van de online oprichting. De Richtlijn bevat uitgebreide eisen ten aanzien van de beschikbaarheid (§ 5.3). Zij geeft echter meer vrijheid aan de lidstaten bij het waarborgen van de authenticiteit en integriteit. De wetgever moet in ieder geval bepalen welke elektronische identificatiemiddelen voor de online oprichting kunnen worden gebruikt (§ 5.1). De wetgever dient zich hier bovendien ook in bredere zin over te buigen in het kader van de uitwerking van de door de Tweede Kamer aangenomen 'Wet digitale overheid'.⁹⁸

De integriteit van de online oprichting kan worden gewaarborgd door ook geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekeningen te vereisen (§ 5.2). De beperkte beschikbaarheid van deze handtekeningen kan er in dat geval

88. Art. 42 lid 2 Wna. Hierbij dient met het oog op art. 2:176 BW dan wel bepaald te worden dat de Nederlandse tekst van de oprichtingsakte beslissend is voor de rechtsgevolgen.

89. Aldus ook K.J. Bakker, 'De EU-Richtlijn online oprichting van vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2019/149, p. 846-847.

90. Zie over de taal van de oprichtingsakte ook T.F.H. Reijnen, 'De taal van de oprichtingsakte van een rechtspersoon', *WPNR* 2017/7140.

91. Zie de laatste pagina van Formulier 3 'Inschrijving besloten vennootschap / naamloze vennootschap', te vinden op <https://www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/inschrijven-onderneming-bv-of-nv-bestaand/>.

92. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Flexibilisering BV-recht in 2007 is deze mogelijkheid reeds aan de orde gekomen maar niet overgenomen. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 40.

93. Het gaat in het bijzonder om de art. 39 lid 1, 42 lid 1 en art. 43 lid 1 en 4 Wn.

94. Art. 39 lid 1 en 40 lid 2 sub a, b en c Wna jo. art. 1 Wet op de identificatieplicht.

95. Art. 41 lid 2 Wna jo. Verordening Aktepapier. Hierover ook Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019, 6.2.7.

96. Er zijn al initiatieven op het gebied van de digitale notariële akte, zie hierover Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019, 6.11.1. Andere EU-lidstaten kennen reeds de mogelijkheid van een digitale notariële akte, zie hierover de consultatiereactie van de KNB, te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/digioprichtingkapitaalvennootschap/reacties>.

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

98. Deze wet ziet onder andere op elektronische dienstverlening door de overheid en de eisen aan de daarvoor benodigde authenticatie. *Kamerstukken II* 2017/18, 34972, 2, p. 2 (MvT). Zie ook noot 58, 63 en 64.

echter toe leiden dat online oprichting wordt bemoeilijkt. Het is daarom noodzakelijk om een afweging te maken tussen de integriteit en de beschikbaarheid van de online oprichting. Een alternatief is om de oprichters slechts gebruik te laten maken van elektronische identificatiemiddelen. De verantwoordelijkheid om de integriteit te bewaken, ligt in dat geval bij de notaris.

7. Conclusie

Vanaf augustus 2021 moet het in Nederland mogelijk zijn om volledig online een BV op te richten. Aan online oprichting kleven verschillende cybersecurityrisico's, bijvoorbeeld omtrent de authenticiteit van de oprichters of de integriteit van de elektronische informatie. In dit artikel onderzoeken wij welke vereisten de Richtlijn aan de online oprichting stelt en in hoeverre deze vereisten de cybersecurityrisico's voldoende ondervangen.

Onder het huidige recht kan de oprichting van een BV al deels digitaal (§ 2.3). De oprichters dienen echter nog altijd fysiek voor een notaris te verschijnen. De notaris speelt mede door deze verplichte fysieke aanwezigheid van de oprichters een belangrijke rol bij het wegnemen van de cybersecurityrisico's bij online oprichting (§ 3.2). De Richtlijn vereist echter dat oprichting volledig online mogelijk wordt (§ 4). De fysieke aanwezigheid voor de notaris mag in dat geval, behoudens uitzonderingssituaties, geen vereiste meer zijn. De aan online oprichting klevende cybersecurityrisico's dienen hierdoor op een andere manier te worden weggenomen. De Richtlijn bevat hiertoe enkele regels (§ 5).

Deze regels zijn volgens ons echter niet evenwichtig. Er bestaat een duidelijk contrast tussen de vereisten met betrekking tot de beschikbaarheid van de mogelijkheid tot online oprichting en de vereisten met betrekking tot de authenticiteit van de oprichters en de authenticiteit en integriteit van elektronische documenten. De nadruk ligt sterk op het realiseren van de doelstelling om de oprichting van vennootschappen gemakkelijker, sneller en tijd- en kosteneffectiever te maken.

De Richtlijn kent uitgebreide regels over de beschikbaarheid van de voor online oprichting benodigde infrastructuur (§ 5.3). Zij vereist een uitgebreide online informatievoorziening en modellen in een vreemde taal, een snelle afhandeling van de procedure tegen beperkte kosten en uitwisseling van informatie via een systeem van gekoppelde registers.

De regels over authenticiteit en integriteit zijn beknopter. De Richtlijn bepaalt dat de lidstaten

voorschriften dienen op te stellen met betrekking tot de verificatie van de identiteit van de oprichters met behulp van elektronische identificatiemiddelen (§ 5.1). De concrete eisen aan deze authenticiteit laat de Richtlijn echter over aan de lidstaten. De door de lidstaten te stellen eisen mogen evenwel geen afbreuk doen aan de beschikbaarheid van online oprichting.

De voorschriften omtrent de authenticiteit en integriteit van de elektronische informatie zijn zelfs nog beperkter. De Richtlijn bepaalt dat de oorsprong en integriteit van online ingediende documenten elektronisch moeten kunnen worden geverifieerd en dat de nationale voorschriften ook moeten zien op het gebruik van vertrouwensdiensten zoals elektronische handtekeningen (§ 5.2). De integriteit kan het beste worden gewaarborgd met behulp van geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekeningen. De Richtlijn schrijft echter niet expliciet voor dat alle uitwisseling van informatie voor de online oprichting door middel van deze elektronische handtekeningen of andere vertrouwensdiensten dient te zijn beveiligd.

De regels met betrekking tot de beschikbaarheid zijn gedetailleerder, talrijker en dwingender dan de regels ten aanzien van authenticiteit en integriteit. Dit verschil reflecteert de hiërarchie van de cybersecurityaspecten in de Richtlijn. De prioriteit ligt bij het waarborgen van de beschikbaarheid van online oprichting. De andere aspecten zijn van belang voor deze oprichting, maar mogen haar uiteindelijk niet in de weg zitten.⁹⁹

De wetgever zal bij de implementatie van de Richtlijn verschillende keuzes moeten maken (§ 6). Niet alleen behoeft het huidige wettelijk kader omtrent de oprichting van een BV op onderdelen aanpassing, maar ook is een gedeeltelijk nieuwe infrastructuur nodig om online oprichting mogelijk te maken. De wetgever moet bij dit alles in het bijzonder een afweging maken tussen de beschikbaarheid en de authenticiteit en integriteit van de online oprichting. De beperkte beschikbaarheid van geavanceerde of gekwalificeerde elektronische handtekeningen kan de wetgever ertoe bewegen om slechts het gebruik van elektronische identificatiemiddelen voor te schrijven. Het is in dat geval aan de notaris om de integriteit van de online oprichting op een andere wijze te bewaken. De rol van de notaris bij het wegnemen van cybersecurityrisico's, blijft hiermee ook bij volledige online oprichting van belang.

99. § 5.1; noot 67.