

Vergaderjaar 2021–2022

36 085

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van 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)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 2 maart 2022 en het nader rapport d.d. 14 april 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 22 december 2021, no. 2021002537, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 2 maart 2022, nr. W16.21.0387/II, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 22 december 2021, no. 2021002537, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van 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), met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel voorziet in een gedeeltelijke implementatie van 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 vennoot-

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

schapsrecht (PbEU 2019, L 186) (de richtlijn). De richtlijn en het voorstel maken het mogelijk om besloten vennootschappen digitaal op te richten. Daartoe worden het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet op het notarisambt (Wna) gewijzigd.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de keuze om online oprichting van besloten vennootschappen voor anderen dan EU-onderdanen mogelijk te maken. Daarnaast maakt zij een opmerking over de gronden voor een bestuursverbod aan aankomende bestuurders opgelegd in een andere lidstaat. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van de toelichting, en zo nodig van het voorstel.

1. Inhoud wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel dient ter implementatie van Richtlijn 2019/1151.² De richtlijn wijzigt een aantal bepalingen in een eerdere richtlijn met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht en voegt daaraan bepalingen toe inzake de online oprichting van vennootschappen, de online registratie van bijkantoren en de online indiening van documenten en informatie door vennootschappen en bijkantoren. De richtlijn bevat daarnaast een bepaling over bestuursverboden en de uitwisseling van informatie daarover tussen lidstaten. De richtlijn moet op 1 augustus 2022 zijn geïmplementeerd. Enkele bepalingen – waaronder de regeling inzake bestuursverboden – dienen op 1 augustus 2023 te zijn geïmplementeerd.³

Dit wetsvoorstel implementeert een deel van de richtlijn in het BW en de Wna. Daarnaast wordt een deel van de richtlijn in een afzonderlijk traject geïmplementeerd in het Handelsregisterbesluit 2014 op grond van de Handelsregisterwet 2007 onder verantwoordelijkheid van de Minister van Economische Zaken en Klimaat.

2. Reikwijdte wetsvoorstel

Het wetsvoorstel kiest er uitdrukkelijk voor de digitale oprichting van een besloten vennootschap ook mogelijk te maken voor onderdanen uit derde landen. De richtlijn bevat een regeling die geldt voor onderdanen van EU-lidstaten, maar staat aan een uitbreiding van de reikwijdte ervan niet in de weg, omdat sprake is van minimumharmonisatie op dit punt.⁴ De toelichting motiveert de gemaakte keuze door te wijzen op de voordelen voor het vestigingsklimaat in Nederland. Daarnaast wordt erop gewezen dat digitalisering niet stopt bij landsgrenzen en differentiatie – zeker in een online omgeving – naar de nationaliteit van de oprichters tot een moeilijk werkbaar stelsel leidt.⁵

Het huidige recht biedt door de mogelijkheid van volmachtverlening de notaris al de ruimte om aktes te passeren zonder fysieke aanwezigheid van direct betrokken partijen. In de regel dient echter de volmachtgever – in dit geval de oprichter – zich wel op enig (eerder) moment in persoon bij de notaris te vervoegen in het kader van de identificatie.⁶

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 (PbEU 2019, L 186).

³ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁴ Richtlijn 2019/1151, Considerans, overweging 11.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 1.

⁶ Artikel 39 en 44 Wna.

De Afdeling wijst erop dat met het nieuwe regime de fysieke aanwezigheid van de oprichter van de besloten vennootschap bij de notaris niet meer noodzakelijk is. Hiervan gaat een drempelverlagende werking uit, ook al moeten de oprichters zich wel adequaat digitaal identificeren. Natuurlijk schrijven de richtlijn en het voorstel voor dat de notaris in individuele gevallen fysieke aanwezigheid mag vereisen als hij daarvoor aanleiding ziet. Deze uitzondering is echter beperkt geformuleerd.⁷

Daar komt bij dat de richtlijn de uitwisseling van gegevens omtrent opgelegde bestuursverboden mogelijk maakt. Deze uitwisseling vindt echter alleen plaats tussen EU-lidstaten. Dit betekent dat een notaris in een voorkomend geval kan controleren of de aankomend bestuurder naar waarheid heeft verklaard omtrent een in een EU-lidstaat opgelegd bestuursverbod. Ten aanzien van derde landen ontbreekt deze specifieke controle­mogelijkheid.⁸ De uitbreiding van de reikwijdte van de mogelijkheid om digitaal een besloten vennootschap op te richten kent dus, naast enkele mogelijke voordelen, ook risico's. Op deze risico's gaat de toelichting niet in en er vindt dus ook geen kenbare afweging plaats tussen de voordelen en de risico's.

De Afdeling adviseert de uitbreiding van de reikwijdte van het voorstel naar digitale oprichting van besloten vennootschappen door onderdanen van derde landen dragend te motiveren en daarbij ook in te gaan op de risico's die een dergelijke uitbreiding met zich brengt. In dat verband is aanpassing wenselijk van de toelichting, en zo nodig het voorstel.

Ik ben de Afdeling erkentelijk voor de opmerking over de reikwijdte van het voorstel. Het bevorderen van het Nederlandse vestigingsklimaat is op zichzelf een goede reden om online oprichting van een BV niet alleen mogelijk te maken voor onderdanen van de Europese Unie, maar ook voor onderdanen van derde landen. Tegelijk zijn er de door de Afdeling beschreven risico's, die verbonden zijn aan het mogelijk maken van online oprichting van een BV door onderdanen van derde landen. Het is juist dat fysieke aanwezigheid bij de notaris in beginsel niet langer vereist is, waarmee de kans op fraude mogelijk toeneemt. Bovendien vereist de richtlijn slechts dat online oprichting van een BV mogelijk wordt gemaakt voor onderdanen van de Europese Unie. Door de online oprichting van een BV ook mogelijk te maken voor onderdanen van derde landen, zou niet langer sprake zijn van één-op-één-­implementatie maar van aanvullende nationale regels. Dit strookt niet met het vaste beleid van het kabinet dat Europese richtlijnen beginsel zonder aanvullingen («nationale koppen») worden omgezet in Nederlandse wetgeving. Daarom heb ik er, mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling, voor gekozen de reikwijdte van het wets­voorstel terug te brengen naar onderdanen van de Europese Unie.

Het wets­voorstel en de toelichting zijn op dit punt aangepast.

3. Bestuursverboden

De richtlijn schrijft voor dat lidstaten een regeling treffen die voorziet in de mogelijkheid om rekening te houden met bestuursverboden die opgelegd zijn in andere lidstaten. De richtlijn geeft lidstaten de ruimte om bestuurs­verboden die in andere lidstaten zijn opgelegd over te nemen. Lidstaten moeten bovendien zorgen voor een systeem van gegevensuitwisseling omtrent bestuursverboden, dat indien nodig kan worden geraadpleegd.⁹

⁷ Artikel 1, onderdeel 4 (artikel 13 ter, lid 4) Richtlijn 2019/1151; voorgesteld artikel 53g lid 2 Wna.

⁸ Zo ook de memorie van toelichting, paragraaf 8.

⁹ Artikel 1, onderdeel 4 (artikel 13 decies) Richtlijn 2019/1151.

De richtlijn zelf vermeldt geen inhoudelijke gronden waarop een bestuursverbod moet zijn gebaseerd.

Het wetsvoorstel werkt deze bepaling uit in het BW.¹⁰ De voorgestelde bepaling bevat de mogelijkheid om rekening te houden met bestuursverboden opgelegd in een andere lidstaat op gronden die vergelijkbaar zijn met de gronden die gelden voor een civielrechtelijk bestuursverbod.¹¹

De Afdeling onderkent dat met de invoering van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in 2016 de grootste groep van gevallen waarin in het nationaal recht de oplegging van een bestuursverbod aan de orde komt, zal worden gedekt.

Daarmee wordt een aanzienlijk niveau van harmonisatie met het nationale recht bereikt. Dat betekent dat een aankomende Nederlandse bestuurder vaak niet anders behandeld zal worden dan een aankomende buitenlandse bestuurder. Dat neemt echter niet weg dat het nationale recht (ten minste) ook een strafrechtelijk bestuursverbod kent.¹² De toelichting gaat niet in op de mogelijke discrepantie tussen aankomende buitenlandse bestuurders respectievelijk Nederlandse bestuurders en daarmee ook niet op het risico dat Nederlandse bestuurders onder een strenger regime vallen dan buitenlandse bestuurders.

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande nader in te gaan op de keuze van de in het voorstel genoemde gronden voor het opleggen van het bestuursverbod. De toelichting, en zo nodig het voorstel, dienen hierop te worden aangepast.

De Afdeling merkt terecht op dat de richtlijn een optie bevat om bestuursverboden uit andere lidstaten over te nemen. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen bestuursverboden uit andere lidstaten niet in alle gevallen over te nemen. Dat zou er namelijk voor zorgen dat personen met een bestuursverbod in een andere lidstaat in Nederland geen bestuurder kunnen worden, maar in andere lidstaten wel. Om het gelijke speelveld binnen de Europese Unie te bewaren zou het daarom beter zijn op Europees niveau afspraken te maken over erkenning van bestuursverboden over en weer. De richtlijn bevat daarnaast een optie om een persoon die bestuurder wil worden van een online op te richten BV, te laten verklaren of aan die persoon een bestuursverbod is opgelegd in een andere lidstaat op gronden die in Nederland zouden kunnen leiden tot een bestuursverbod. Van deze optie is gebruik gemaakt, voor zover het de gronden betreft die in het voorgestelde artikel 2:175a lid 5 BW worden genoemd. Kort gezegd gaat het om de gronden voor een civielrechtelijk bestuursverbod zoals neergelegd in art. 106a Fw. De reden dat de gronden expliciet in het voorgestelde artikel 2:175a BW zijn opgenomen, is dat het voor beoogd bestuurders eenvoudig kenbaar moet zijn over welke informatie zij moeten verklaren. Van hen kan niet worden verwacht dat zij verklaren over bestuursverboden die aan hen zijn opgelegd in een andere lidstaat en «die in Nederland ook tot een bestuursverbod zouden leiden». Dat vereist meer kennis van het buitenlandse en het Nederlandse recht dan van beoogd bestuurders gevraagd kan worden. Het gaat hier namelijk onder meer om een veelheid aan delicten uit het Wetboek van Strafrecht. De controle van een dergelijke verklaring is voor een notaris bovendien niet te goed uit te voeren.

¹⁰ Voorgesteld artikel 2:175a lid 5 BW.

¹¹ Wet civielrechtelijk bestuursverbod, Stb, 2016, 153 (in werking getreden per 1 juli 2016), neergelegd in de artikelen 106a-e Faillissementswet.

¹² Zie artikel 349 jo artikel 28 lid 1 Wetboek van Strafrecht.

Dit wetsvoorstel beoogt, conform de richtlijn, een extra waarborg te geven bij de online oprichting van een BV, in de vorm van een verklaring door de beoogd bestuurder. Het voorgestelde artikel 2:175a lid 6 BW bepaalt hiertoe dat personen die hebben verklaard dat zij in een andere lidstaat een bestuursverbod opgelegd hebben gekregen op een of meer van de gronden genoemd in het voorgestelde artikel 2:175a lid 5 BW, niet kunnen worden benoemd tot bestuurder van een online op te richten vennootschap. Dat geldt zowel voor personen uit Nederland, als voor personen uit andere lidstaten van de Europese Unie. Op dat punt is er geen sprake van een verschil.

Het is wel zo dat aankomende bestuurders met een buitenlands bestuursverbod in beginsel nog steeds een BV kunnen oprichten in Nederland, zoals dat nu ook het geval is. Er is immers geen sprake van erkenning van buitenlandse bestuursverboden. Het ligt, zoals hiervoor uiteengezet, in de rede dat op Europees niveau wordt verkend of nadere afstemming, of eventueel geharmoniseerde erkenning van bestuursverboden, wenselijk is. Dat komt de effectiviteit van de regels ten goede, alsmede de noodzaak om tot een gelijk speelveld te komen.

De toelichting is op dit punt aangevuld.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De waarnemend vice-president van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann*

Ik moge U hierbij verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind