

Ten geleide

Op weg naar de digitale vennootschap en een digitaal handelsrecht

Prof. mr. H.J. de Kluiver^{*}

Inleiding

De preadviezen van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht van dit jaar illustreren het brede perspectief dat de Vereeniging voor ogen staat bij de bestudering van actuele ontwikkelingen op het terrein van het handels- en ondernemingsrecht. Waar vorig jaar het thema ‘duurzaamheid’ centraal stond, is dat dit jaar het thema digitalisering en blockchain. Die thema’s liggen in elkaars verlengde. Digitalisering kan een instrument zijn om duurzaamheid te bevorderen. Ik verwijs naar de preadviezen van vorig jaar waarin niet slechts de aandacht werd gericht op een duurzaam ondernemingsrecht, maar evenzeer op ‘sustainable transport’. In het diepgravende preadvies daarover van Marc van Maanen en Jolien Kruit is nadrukkelijk reeds aandacht besteed aan het belang en de mogelijkheden van digitalisering. Dit jaar wordt dit thema verder uitgediept. Kernthema’s daarbij zijn de langzamerhand te ontwaren contouren van de ‘digitale vennootschap’ die uit de samensmelting van praktijk en regelgeving lijkt op te rijzen en de invloed van digitalisering op het handelsrecht. Een en ander kan meebrengen dat vertrouwde en klassieke begrippen uit het handels- en ondernemingsrecht, potentieel danig van aard kunnen veranderen. In de navolgende preadviezen wordt een en ander in kaart gebracht door een keur van auteurs. Dit ‘ten geleide’ beoogt niets anders te zijn dan een kleine amuse die alvast iets van de smaken van de hoofdgerechten onthult. Op geen enkele wijze kan dit echter op tegen de hoofdgerechten zelf. Hopelijk zal het navolgende worden gelezen zoals beoogd; een warme aanbeveling om van de mooie en zeer instructieve preadviezen kennis te nemen.

De virtuele vennootschap? Weg van de woonplaats

Over de vennootschap als rechtspersoon is veel te zeggen en veel gezegd. Iedereen weet natuurlijk wel dat de rechtspersoon een artificiële constructie is, een – succesvol – gedachtenexperiment dat echter veelal wel verbonden is met de werkelijke wereld in de zin dat sprake is van een daarmee verbonden economische bedrijvigheid. Die bedrijvigheid definieert vervolgens op haar beurt weer mede de rechtspersoon en geeft daaraan als het ware substantie. Een uiting daarvan is dat de rechtspersoon een woonplaats wordt geacht te hebben. De voortgaande digitalisering kan die verbinding met de werkelijkheid echter steeds minder evident maken. Naarmate de rechtspersoon virtueeler wordt, zal dat steeds minder betekenis kunnen krijgen. Zo de rechtspersoon al ergens thuis zou zijn, is dat veeleer in ‘the cloud’ dan op de grond.

^{*} Harm-Jan de Kluiver is hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

In zijn interessante preadvies onderzoekt Gerard van Solinge de implicaties van zo'n ontwikkeling mede in het licht van de in 2022 verschenen consultatie van de Europese Commissie die mede betrekking had op de vraag of een rechtspersoon nog wel een fysieke vestigingsplaats moet hebben. Van Solinge onderzoekt meer specifiek wat de gevolgen van het opgeven van de woonplaats zouden zijn voor de vraag naar de bevoegde rechter, het toepasselijke recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken. Belangrijk effect van de woonplaats van een rechtspersoon is dat daarmee de bevoegde rechter gegeven is die moet beslissen over de geldigheid, nietigheid en ontbinding van de rechtspersoon en de door de rechtspersoon genomen besluiten. Tegelijkertijd kan worden geconstateerd dat de woonplaats, de 'zetel', van de rechtspersoon, al steeds meer wordt bepaald door een statutaire aanwijzing daarvan en minder door de werkelijke zetel. Wat dan nog steeds blijft is dat de rechtspersoon zich althans formeel verbindt met een fysiek-geografische plaats. Van Solinge onderzoekt of dit kan worden losgelaten. Hij bespreekt in dat verband onder meer de rechtspersonen 'sans loi', zoals we die kennen in de verschijningsvorm van de grote internationale sportbonden zoals de wereldvoetbalbond FIFA, de wereldschaakbond FIDE, et cetera. De laatste kende zelfs een roulerende woonplaats omdat deze bepaald werd door de woonplaats van de voorzitter. Van Solinge werkt uit dat een oplossing zal moeten worden gevonden in de richting van een (statutaire) forumkeuze en rechtskeuze. Die zou in de visie van Van Solinge niet opzij moeten kunnen worden gezet omdat de rechtspersoon mogelijk een nauwere verbinding heeft met een andere jurisdictie (zoals bedoeld in art. 10:8 BW). Ten slotte vraagt Van Solinge aandacht voor de noodzaak van een omzettingsregeling ingeval een rechtspersoon wil overgaan naar een virtuele zetel.

De virtuele vennootschap? Op weg naar de zelfsturende rechtspersoon? Over blockchain in het vennootschapsrecht

Een aantal stappen verder dan het opgeven van de zetel gaat dat de vennootschap niet slechts wordt ontdaan van zijn fysisch-geografische ankerpunt (de zetel in klassieke zin), maar dat ook de klassieke sturing van de rechtspersoon en de verhouding tussen organen ter discussie komt te staan. Dat kan uiteindelijk uitlopen op een 'zelfsturende' vennootschap of, in het jargon, Decentralized Autonomous Organisation ('DAO'). Daarvan zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn als in een investeringsmaatschappij door een algoritme investeringsvoorstellen worden gedaan en vervolgens aandeelhouders tot consensus komen over welk voorstel zal worden uitgevoerd. Dat veronderstelt dan wel een strakke en niet manipuleerbare vorm van communicatie. Dat zou de blockchaintechnologie kunnen bieden. Sommige US staten (er)kennen reeds Blockchain Based Limited Liability Companies.

Ik ontleen deze (en nog veel meer andere) kennis aan het prikkelende preadvies van Christoph van der Elst en Anne Lafarre over de (on)mogelijkheden van blockchain in het ondernemingsrecht. Na een uiteenzetting over de werking van blockchain en de onderscheiden varianten daarvan bespreken zij de mogelijkheden van blockchain binnen het vennootschapsrecht. Naast de zelfsturende organisatie zien zij toepassingen om organen beter en efficiënter te laten functioneren en tot een betere onderlinge afstemming van bevoegdheden te komen en basisfuncties te verbeteren zoals de uitgifte en overdracht van aandelen (waaromtrent reeds initia-

tieven in Frankrijk en Duitsland genomen zijn) zodat de mate van zekerheid over wie aandeelhouder zijn kan worden vergroot. In het verlengde daarvan kan aldus ook meer zekerheid worden gecreëerd dat ondanks lange en complexe bewaarketens de uiteindelijke economisch gerechtigden (beneficiaries) kunnen bepalen hoe wordt gestemd. Dat wordt complexer, zo stellen Van der Elst en Lafarre vast, als minder eenduidige kernbegrippen aan de orde zijn zoals de vraag wat al of niet in het vennootschappelijk belang is. De afwegingen die dat vergt zijn niet eenvoudig in een algoritme te vangen. Wel zou men in dat kader mogelijk gebruik kunnen maken van blockchain technologie om te trachten consensus te bereiken over welke belangen in dat kader prioriteit verdienen.

Van der Elst en Lafarre constateren echter dat er ook nadelen en beperkingen kleven aan de blockchaintechnologie zoals wij die nu kennen. Dat geldt in het bijzonder voor de technologie zoals die door het bitcoin systeem wordt gebruikt en die notoir duur en energieverspillend is. Ondertussen ontwikkelen zich echter wel minder belastende blockchainsystemen zoals Ethereum waarbij een eenvoudiger consensus-/instemmingsmechanisme wordt gebruikt ('proof of stake' in plaats van 'proof of work'). Maar ook dan kan men zich afvragen of voor veel toepassingen toch niet met andere vormen van een digitaal gecentraliseerd grootboek zou kunnen worden gewerkt. Al met al zou de huidige generatie van blockchainsystemen, hoe interessant en veelbelovend ook, nog wel een tijdje te complex en te duur kunnen blijken om de gedroomde oplossing voor de geschetste problemen te zijn.

Digitalisering van het handelsrecht; over complexe transacties, 'smart contracts' en blockchain

Niet slechts in het vennootschapsrecht, maar in het brede handelsrecht wordt er met grote aandacht naar de mogelijkheden van blockchaintechnologieën gekeken. Zoals Frank Stevens in zijn indrukwekkende preadvies schetst kan zowel het digitaliseren van bedrijfsprocessen als handelstransacties bijdragen aan versnelling daarvan, minder fouten en (dus) minder geschillen en lagere kosten. Blockchain-technologieën en 'smart contracts' kunnen daarmee oude juridische problemen uit de weg ruimen. Maar tegelijkertijd constateert Stevens dat niet slechts de praktijk weerbarstig is, maar dat een zorgvuldige analyse van de mogelijkheden van blockchain ook de nodige vragen en beperkingen aan het licht brengt. Dat geldt bijvoorbeeld al voor de claim dat gebruikmaken van deze technologieën altijd duurzamer zou zijn dan papier (denk aan de mega datacenters met dienovereenkomstig energieverbruik zonder welke de 'cloud' niet kan bestaan).

Na een toelichting op essentiële technische begrippen die bij het veilig digitaliseren van handelstransacties essentieel zijn – zoals het belang van 'hash' technologie om unieke en niet voor derden ontleedbare data te kunnen genereren – en belicht te hebben hoe en waarom deze tot ontwikkeling zijn gekomen, bespreekt Stevens de materie diepgaand. Uiteraard wordt daarbij ook aandacht besteed aan de bitcoin en de onderliggende technologie. Daarbij maakt Stevens wel direct de kanttekening dat cryptovaluta nog zeker niet zijn doorgebroken in het professionele handelsverkeer. Het zwaartepunt van zijn analyses legt Stevens bij de vraag hoe de vele documenten die het handelsverkeer en handelscontracten kenmerken kunnen worden

gedigitaliseerd op zo'n manier dat zowel de praktische toepasbaarheid als de rechtszekerheid gewaarborgd zijn.

In dit verband komt de problematiek van identificatie en elektronische handtekeningen aan de orde. Daarbij neemt Stevens tot uitgangspunt dat het niet gaat om gelijkenissen met bestaande praktijken (een elektronische handtekening lijkt helemaal niet op een 'klassieke' handtekening en dat is ook niet nodig), maar of dezelfde juridische functies op gelijke wijze (of beter) kunnen worden vervuld. Daarbij helpt reeds dat veel rechtshandelingen en transacties vormvrij kunnen worden aangegaan. Stevens wijst er bijvoorbeeld op dat artikel 156a Rv reeds bepaald dat 'akten' (in de zin van documenten bestemd om tot bewijs te dienen) in elektronische vorm mogelijk zijn. Ook hier heeft de EU in een aantal Richtlijnen de lidstaten de weg gewezen. In Nederland zie men in dit verband artikel 6:227a BW voor de voorwaarden voor een geldige elektronische overeenkomst. Daar hoort bij dat de authenticiteit voldoende gewaarborgd moet zijn.

Dat brengt Stevens bij een bespreking van de elektronische handtekening. Als basis daarvoor geldt de EU eIDAS-verordening uit 2014 (waarbij 'eIDAS' staat voor electronic Identification And Trust Services) die door Stevens nader wordt toegelicht. In dat kader analyseert hij ook op verhelderende wijze de diverse functies van de handtekening waarbij hij terecht onderstreept dat een elektronische handtekening wel moet worden onderscheiden van systemen voor toegangscontrole (en het toegankelijk maken van documenten). Elektronische handtekeningen bestaan ook weer in soorten en maten en verschillen sterk in de mate waarin deze daadwerkelijk een beveiliging impliceren. Een en ander illustreert Steven met een aantal verhelderende voorbeelden. Hij laat zien dat ook hier weer de eerder vermelde 'hash' technologie van groot belang is. Voor iedereen die zich vertrouwd wil maken met het fenomeen van de elektronische handtekening zijn de beschouwingen van Stevens warm aanbevolen, zo niet reeds verplichte kost.

Op basis van het voorgaande bespreekt Stevens uitgebreid het fenomeen van de 'smart contracts'. Praktisch gesproken gaat het dan veelal om een geautomatiseerd protocol en een mechanisme dat helpt bij de uitvoering van contractuele bedingen. Men denke bijvoorbeeld aan een functie die ertoe leidt dat als een afbetalingstermijn van een gekochte auto niet wordt betaald, de auto niet meer kan worden gestart of de uitvoering van effectentransacties als aan bepaalde voorwaarden is voldaan ('algoritmische handel'). Stevens onderscheidt drie brede categorieën van 'smart contracts' en werkt een en ander, mede aan de hand van voorbeelden, uit en plaatst die in een juridisch kader. Juist ook hier kan de blockchaintechnologie – overigens veeleer het Ethereumsysteem en niet de bitcointechnologie – een belangrijke rol vervullen, maar zoals Stevens laat zien vergt dat wel een grote zorgvuldigheid in de systeemarchitectuur, onder meer in het licht van juridische noties die verbonden zijn met contractinterpretatie. Stevens analyseert dat dit nieuwe uitdagende vragen oproept.

Ten slotte bespreekt Stevens de perspectieven voor de digitalisering van waardepapieren en certificaten. Hoewel die perspectieven er zeker zijn, is het ook hier niet zo dat met blockchain de ultieme oplossing van alle problemen is gevonden. Het is ook mogelijk dat andere instrumenten worden ontwikkeld en Stevens geeft daarvan een aantal voorbeelden. Al met al concludeert Stevens in dit rijke en brede preadvies, in mijn woorden, dat digitalisering van het handelsrecht ongetwijfeld zich verder zal ontwikkelen, maar dat de vraag of en in hoeverre blockchain daarvan een onlosmakelijk onderdeel is, nog niet definitief te beantwoorden is. Hoe dat ook zij, als men zich vertrouwd wil maken met de brede context en juridische significantie van digitalisering en blockchain in het handels- en ondernemingsrecht dan is het preadvies van Stevens daarvoor uitermate geschikt.

Digitale oprichting van een rechtspersoon en de digitale notariële akte

Een voor de hand liggende digitaliseringsslag in het vennootschapsrecht is de digitalisering van de oprichting van de vennootschap. Die slag is inmiddels geslagen door de EU. In Richtlijn (EU) 2019/1151 is verordonneerd dat alle EU-lidstaten op 1 augustus 2021 daartoe hun nationale wetgeving zouden hebben aangepast. Dat is in Nederland niet gelukt. Wel is op 21 april 2022 eindelijk een daarop gericht wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend (*Kamerstukken* 36085). Dat wetsvoorstel wordt in hun doorwrochte preadvies op de juridische snijtafel gelegd door Boschma, Schutte-Veenstra en De Vries. Zij geven inzicht in de achtergrond van deze EU-richtlijn, de beoogde juridische veranderingen en de technische aspecten daarvan. In het kader van dit laatste gaan ook zij, net als Stevens, in op elektronische identificatie, de elektronische handtekening en daarmee verbonden onderwerpen. Ook wordt aandacht besteed aan de regeling van een en ander in het buitenland.

Het voornemen van de Nederlandse regering is om de Richtlijn beperkt te implementeren. Zo gaat deze slechts gelden voor de B.V. en (vooralnog?) niet voor de N.V. en staat die slechts open voor gebruik door EU-onderdanen. Voorts is de faciliteit beperkt tot een storting op aandelen in geld (niet in natura). De preadviseurs constateren in dit verband een aantal praktische complicaties (waaronder dat het verkrijgen van een bankrekening, zeker voor een B.V. in oprichting, uiterst moeizaam is en de onzekerheid over mogelijk geldende bestuursverboden) en oplossingen daarvoor. Bijzondere aandacht wordt geschonken aan de vragen die rijzen bij het elektronisch passeren van een notariële (oprichtings)akte. Voor het faciliteren van buitenlandse partijen is een interessant punt dat de akte ook in de Engelse taal kan worden verleden (helaas geldt dat echter (nog) niet voor nadien te realiseren (statuten)wijzigingen). Boschma, Schutte-Veenstra en De Vries bespreken vervolgens gedetailleerd het digitale oprichtingsproces en wijzen op de mogelijke problemen en reiken daarvoor oplossingen aan. Specifiek komen aan de orde de identificatie van partijen, de verificatie van hun identiteit, de vereiste beeld- en geluidsverbinding en, last but not least, de digitale ondertekening en de verschillende varianten daarvan. In dat kader wordt nader ingegaan op de betekenis van de eerder reeds vermelde EU eIDAS-verordening ("electronic Identification And Trust Services"). Ik verwijs in dit verband ook naar het preadvies van Stevens.

In het verlengde daarvan bespreken Boschma, Schutte-Veenstra en De Vries in breder verband de toekomst van de elektronische notariële akte en de principiële en praktische vragen (bijvoorbeeld: hoe wordt ervoor gezorgd dat een elektronische akte toegankelijk blijft, ook als elektronische systemen veranderen? Hoe wordt akte opgenomen in het protocol van de notaris). Ook hier doemt uiteindelijk de vraag op of er nog wel zinvol sprake kan zijn van een fysiek-geografisch aanknopingspunt (en daarmee van een aanknopingspunt aan nationaal recht) of dat dergelijke klassieke noties in de ‘cloud’ verdampen. Ten slotte doen de preadviseurs negen concrete aanbevelingen aan de wetgever tot aanpassing van het wetsvoorstel. Hopelijk zal de wetgever daarmee inderdaad haar voordeel doen.

Digitale besluitvorming; op weg naar de virtuele aandeelhoudersvergadering

Naast de digitale oprichting is een belangrijk thema in de discussie over de digitalisering van het handels- en ondernemingsrecht de vraag naar een digitalisering van de besluitvorming in de organen van rechtspersonen. Dit onderwerp heeft een grote actualiteitswaarde verkregen in en door de covid-pandemie en de daarmee gepaard gaande lockdown. Daarmee werden fysieke vergaderingen van het ene op het andere moment onmogelijk en moest hals over kop worden uitgezien naar digitale mogelijkheden. Geconstateerd kan worden dat het juridische systeem daarop niet was toegerust, in ieder geval niet met betrekking tot bijeenkomsten van de algemene vergadering van leden of aandeelhouders bij rechtspersonen. Met stoom en kokend water is begin 2020 met vereende krachten door belangenorganisaties en het Ministerie van Justitie een spoedwet in elkaar gesleuteld die voor deze problematiek een oplossing bood (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid) en besturen van rechtspersonen in staat stelde om, ongeacht of sprake was van een statutaire regeling, een digitale algemene vergadering te beleggen. Uit de aard der zaak biedt dat echter geen definitieve voorziening die ook voor de toekomst in voorkomende gevallen soelaas biedt. Over de vraag hoe een finale wettelijke regeling eruit moet zien, bestaat ondertussen nog zeker geen overeenstemming. Met de bedoeling om tot consensus te geraken, heeft de Minister van Justitie een expertgroep samengesteld met, zoals in Nederland gebruikelijk, vertegenwoordigers van betrokken organisaties van ondernemingen, leden en aandeelhouders. Dat roept temeer de vraag op welke regeling uiteindelijk de meest aangewezen zou zijn.

In het inzichtelijke preadvies van Manon Cremers, Sandra Rietveld en Lieke Stroeve komt een en ander uitgebreid aan bod en worden zowel de stand van zaken alsook de mogelijke perspectieven inzake digitaal vergaderen nader geschetst en geanalyseerd. Zij constateren dat de praktijk aan een finale wettelijke regeling toe is en dat de covid-periode heeft getoond dat digitale vergaderingen ook uitstekend kunnen werken. Als uitgangspunten voor een finale regeling hanteren zij dat deze faciliterend en flexibel zou moeten zijn, de dialoogfunctie zou moeten waarborgen en aandacht zou moeten hebben voor het kostenaspect en duurzaamheid. Daarbij moet het idee worden verlaten dat een digitale vergadering inferieur zou zijn aan een fysieke vergadering. In dat verband analyseren zij de diverse functies van de algemene vergadering en de diverse wensen en meningen met betrekking tot de

vraag hoe die digitale vergadering eruit zou kunnen zien. Uiteindelijk mondt dat uit in een aantal voorstellen voor een wettelijke regeling. In de visie van Cremers, Rietveld en Stroeve zou zo'n regeling mede moeten voorzien in gelijktijdig tweezijdig contact waar het betreft de invulling van 'beraadslaging'. Dat kan, maar hoeft niet noodzakelijk een beeldfunctie te zijn, maar kan bijvoorbeeld via een chatfunctie plaatsvinden. Om praktische redenen zou in dit verband moeten kunnen worden gekozen voor een voorafgaande aanmelding door aandeelhouders die aan de beraadslaging willen deelnemen. Anders dan momenteel nog wordt voorzien door de Tijdelijke (covid)-wet achten Cremers, Rietveld, Stroeve het niet nodig om aandeelhouders wettelijk het recht te geven om voorafgaand aan de vergadering vragen te stellen (die dan voorafgaand of uiterlijk in de vergadering, al of niet schriftelijk, beantwoord moeten worden). Wat betreft de vraag of een digitale vergadering slechts bijeen kan worden geroepen als de statuten daarin voorzien, concluderen zij dat het de voorkeur verdient om tot een wettelijke regeling te komen die niet afhankelijk is van een voorziening in statuten (zodat het bestuur ongeacht of de statuten daarin voorzien altijd kan kiezen voor een digitale vergadering). Wel zou in hun optiek in de statuten kunnen worden bepaald dat mede een fysieke plaats van samenkomst wel of juist niet mogelijk zou moeten zijn. Ten slotte ronden zij hun beschouwing af met een analyse van de risico's dat een digitale vergadering technisch niet ongestoord verloopt en geven zij aan hoe daarmee kan worden omgegaan en voor wiens risico dergelijke stringen zouden moeten komen.

Uitleiding

Het voorgaande moge illustreren dat de effecten van de ongetwijfeld voortgaande digitalisering van de samenleving zich ook in het handels- en ondernemingsrecht zullen doen gevoelen. Wat die effecten precies zullen zijn staat echter nog ter discussie. Tegelijkertijd kan in het licht van de huidige ontwikkelingen wel al het nodige worden gezegd over de mogelijkheden en moeilijkheden en hoe de wetgever reeds nu daarop kan voorsorteren. Natuurlijk kan in dit opzicht iedere lezer conclusies trekken die niet noodzakelijkerwijs ook de conclusies van de preadviseurs zijn. Dat biedt vervolgens weer een uitstekende basis voor verdere discussie. Het bestuur van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht kijkt ernaar uit die nadere discussie te faciliteren tijdens haar algemene ledenvergadering die op woensdag 9 november 2022 zal plaatsvinden en ziet ernaar uit u daarin te mogen verwelkomen. Die discussie zal zeker interessant zijn. Dat is uiteraard geheel te danken aan de mooie preadviezen die hierna in dit boek zijn opgenomen en alle inspanningen, tijd en energie die de preadviseurs zich hebben willen getroosten. Namens het bestuur van de Vereeniging betuig ik hen graag grote erkentelijkheid daarvoor. Met hun preadviezen helpen zij ons en de wetgever wezenlijk verder.

Namens het bestuur van de Koninklijke Vereeniging Handelsrecht
Harm-Jan de Kluiver
Voorzitter