

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Beknopt advies inzake

**het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake
besloten eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid
("SUP"), hierna: "het Voorstel."**

1. Inleiding en samenvatting

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: GCV) heeft kennis genomen van het Voorstel dat ter consultatie is aangeboden. Gegeven de korte consultatietermijn beperkt dit advies zich tot een aantal hoofdpunten. Het Voorstel strekt ertoe om voor het MKB grensoverschrijdende activiteiten binnen de EU te faciliteren en de oprichting van bedrijven in dat kader te vereenvoudigen. De Europese Commissie verwacht dat het voorstel de uniformiteit van de eisen in de EU verhoogt en daardoor de rechtszekerheid met betrekking tot de vestiging van besloten eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid bevordert. Tevens verwacht de Commissie dat de oprichtings- en bedrijfskosten van eenpersoonsvennootschappen zullen dalen. De GCV meent dat het Voorstel niet aan de genoemde strekking zal voldoen. Dit is vooral ingegeven doordat de SUP niet echt een eenduidige rechtsvorm zal zijn. Dit is het gevolg van het feit dat de SUP naast de bijzondere SUP bepalingen geregeerd zal worden door nationaal recht. Wat betreft de typische SUP bepalingen zijn er veel onduidelijkheden en vragen. De GCV heeft zorgen omtrent mogelijk misbruik van de SUP omdat de regeling omtrent controle van de identiteit van de oprichter en aandeelhouder vooralsnog onduidelijk is en niet sluitend lijkt. Bovendien is anders dan bij de oprichting van de NV en de BV een preventief toezicht door ontbreken van toepasselijkheid van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (**Wwft**) een mogelijk serieus issue. Wat betreft de Nederlandse situatie constateert de GVC dat op grond van het Voorstel er heel veel regelgeving wordt ingevoerd voor de zogenaamde eenvoudige oprichting van een SUP waar de oprichting van een NV of BV in de praktijk geen noemenswaardige issues oplevert.

Overigens heeft de GCV een aantal opmerkingen en vragen van meer technische aard die hieronder tot uitdrukking komen.

2. Algemene bepalingen

- 2.1** De GCV constateert dat het Voorstel in Nederland betrekking zal hebben op de BV en de NV, nu deze rechtsvorm in Nederland ook één aandeelhouder kan hebben (art. 1.1 jo. art. 1.3). Daardoor zullen bij invoering van het Voorstel in Nederland twee verschillende BV's en twee verschillende NV's kunnen ontstaan. Telkens één soort zoals wij die nu kennen, geregeerd door Boek 2 BW, en één soort die zal worden geregeerd door de nieuw in te voeren bepalingen voor de SUP en door de (overige) bepalingen van Boek 2 BW, voor zover die onderwerpen bestrijken die niet door het Voorstel zijn geregeld.
- 2.2** Het Voorstel strekt ertoe de SUP alleen beschikbaar te stellen voor de structuur waarin de vennootschap slechts één aandeelhouder heeft. In de praktijk zijn er verschillende structuren bekend waarin de vennootschap weliswaar slechts één aandeelhouder kent, maar waarbij er meer dan één persoon een economisch belang in de vennootschap heeft die al dan niet ook nog zeggenschap in de vennootschap kan uitoefenen. Daarbij kan o.a. worden gedacht aan certificering van aandelen, een vruchtgebruik op aandelen en vergelijkbare structuren. In art. 4.1 van het Voorstel wordt bepaald dat de enige vennoot die aan de algemene vergadering toegekende bevoegdheden uitoefent. De GCV neemt aan dat die bepaling niet zal voorkomen dat de hiervoor bedoelde structuren ten aanzien van de SUP kunnen worden aangewend. De GCV concludeert daarom dat de SUP in de voorgestelde regeling dan ook voor andere doeleinden gebruikt zal worden dan nu wordt voorgesteld.
- 2.3** Omdat de SUP niet alleen beschikbaar zal zijn voor ondernemers in het buitenland die in Nederland een SUP willen oprichten maar ook voor Nederlandse ondernemers, verwacht de GCV dat ook Nederlandse (of misschien wel met name Nederlandse) ondernemers gebruik zullen willen maken van de SUP.
- 2.4** Hoewel de SUP bedoeld is om grensoverschrijdende activiteiten binnen de EU voor het MKB te vereenvoudigen, is er geen limitering in omvang van de onderneming (balans, omzet, aantal werknemers) in het Voorstel opgenomen en staat deze rechtsvorm ook open voor (grote) vennootschappen binnen een groep. Zo zal de vraag rijzen of een SUP die aan alle vereisten voor het toepasselijk worden van het structuurregime voldoet, deze bepalingen die thans alleen voor de in boek 2 BW omschreven rechtsvormen gelden, ook moet toepassen.

3 Oprichting

- 3.1** De GCV begrijpt het Voorstel zo dat de SUP ab initio kan worden opgericht of door omzetting. De oprichting door omzetting geschiedt door omzetting van een

in bijlage I bij het voorstel genoemde vennootschap. Voor Nederland de BV; de NV kan blijkbaar niet worden omgezet omdat ingevolge art. 1.3 alleen deel I van het Voorstel ook op de NV ziet. Onduidelijk is of de omzetting alleen kan plaatsvinden van een nationale rechtsvorm in een SUP die geregeerd zal worden door hetzelfde recht als de omgezette rechtsvorm of dat ook omzetting mogelijk is naar een SUP die beheerst zal worden door het recht van een ander land. Voor de omzetting wordt in art. 9.3.c een bepaling van kapitaalbescherming voorgeschreven. Onduidelijk is nog hoe de controle moet plaatsvinden op de activa. Overigens is opvallend dat er geen aandacht wordt besteed aan de passiva. Voorts is opvallend dat alleen wordt gesproken over statutaire reserves, terwijl de vennootschap die wordt omgezet ook wettelijke reserves kan hebben. Het punt van het ontbreken van wettelijke reserves komt ook op andere plaatsen aan de orde; zie bijv. art. 16.4 en art. 18.2. Het is de GCV niet duidelijk hoe en waarom een SUP niet onderworpen zal zijn aan wettelijke reserves.

- 3.2** Voor de oprichting ab initio worden geen voorschriften gesteld, anders dan de onderwerpen genoemd in art. 11.2.
- 3.3** De GCV constateert dat de SUP zal kunnen ontstaan op een andere datum dan de hierna te bespreken inschrijving in het handelsregister. Door welke regels zal zij in die periode worden geregeerd?
- 3.4** Krachtens het bepaalde in art. 10 kan de SUP een statutaire zetel hebben in een ander land dan haar hoofdbestuur of hoofdvestiging. De GCV constateert dat de SUP daardoor geregeerd kan worden door meer dan één rechtstelsel. Sommige landen knopen voor de vraag van het toepasselijk recht immers aan bij de statutaire zetel en andere landen knopen aan bij de locatie van het hoofdbestuur of de hoofdvestiging. In art. 7.4 van het Voorstel wordt bepaald dat de SUP en haar statuten zijn onderworpen aan het nationale recht van de lidstaat waar de SUP is ingeschreven. De GCV constateert dat een SUP met een statutaire zetel in een land en een hoofdkantoor in een ander land in twee landen zal zijn ingeschreven en dat niet duidelijk zal zijn welk nationaal recht nu de SUP beheerst. Dat lijkt een niet aanvaardbare regeling voor de SUP.

4. Statuten

- 4.1** De GCV begrijpt het Voorstel zo dat de SUP bij oprichting geregeerd zal worden door (i) het beperkte aantal onderwerpen als opgenomen in het uniforme model voor de statutaire bepalingen en (ii) de wettelijke bepalingen van het recht dat de SUP beheerst voor zover die onderwerpen bestrijken die niet door het Voorstel worden geregeerd. Als gevolg daarvan zal er geen sprake zijn van een uniforme SUP en zal de gebruiker van die rechtsvorm zich moeten verdiepen in het desbetreffende recht.

Een andere onduidelijkheid is de verhouding tussen de bepalingen in het uniforme model en het nationale recht dat de SUP regeert indien slechts een gedeelte van een bepaalde kwestie wordt geregeld in het uniforme model, wat afwijkt van het nationale recht en een gedeelte niet of niet voldoende.

- 4.2** Na inschrijving in het handelsregister kunnen de statuten worden gewijzigd; zie art. 12 van het Voorstel. Dan moeten weliswaar nog steeds ten minste de onderwerpen worden bestreken als genoemd in art. 11.2 maar de GCV begrijpt die regeling zo dat daar voor het overige dan een eigen invulling aan kan worden gegeven.

5. Inschrijving

- 5.1** De SUP verkrijgt rechtspersoonlijkheid op de datum waarop zij is opgenomen in het handelsregister. De GCV constateert dat dit een ander moment is dan het moment waarop de in te schrijven gegevens worden aangeleverd. De GCV vraagt zich overigens af hoe de gegevens onder artikel 13 lid 1 sub d gelezen moeten worden. De registratie kan immers ook een SUP of een om te zetten rechtspersoon betreffen die al bestaat en inmiddels een andere aandeelhouder heeft dan de oprichtende vennoot. Ook vraagt de GVC zich af wat precies bedoeld wordt met de " begunstigde eigenaar".
- 5.2** De wijze van oprichting en verkrijgen van rechtspersoonlijkheid van een SUP wijkt af van de regeling die wij kennen voor de NV en de BV. Voor de oprichting van die rechtsvormen is notariële tussenkomst voorgeschreven die de nodige waarborgen geeft voor het proces en daarnaast ook een preventief element in zich draagt tegen misbruik van rechtspersonen door de beroepsregels en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (**Wwft**). In art. 11.5 van het Voorstel wordt bepaald dat lidstaten regels kunnen stellen voor de controle van de identiteit van de oprichter en andere personen die de inschrijving uitvoeren. Gegeven het feit dat de oprichting volledig online moet kunnen plaatsvinden, zal die controle niet veel kunnen inhouden. Bovendien vindt de Wwft geen toepassing op personen werkzaam bij het handelsregister. De GCV meent dat de kans dat misbruik wordt gemaakt van de SUP om de hiervoor genoemde redenen aanzienlijk is.
- 5.3** De ratio van het Voorstel is om de oprichting van bedrijven in het buitenland te vereenvoudigen. De oprichting van een NV of BV door een buitenlander is in Nederland een vrij eenvoudig proces, mede door het gebruik van standaard statuten en formulieren die nodig zijn voor de oprichting. De GCV erkent dat er kosten verbonden zijn aan de notariële tussenkomst maar die kosten zijn in de praktijk voor een eenvoudige oprichting te verwaarlozen. De GCV meent dan ook dat de mogelijke voordelen van een gepercipieerde eenvoudiger oprichting

van een SUP niet opwegen tegen de risico's van misbruik van SUP's zoals hiervoor geconstateerd.

- 5.4** Opvallend is dat artikel 16 lid 4 voorschrijft dat de lidstaten ervoor zullen zorgen dat de SUP geen wettelijke reserves hoeft aan te houden. De GVC vraagt zich af hoe zich dit verhoudt tot de verplichting voor kapitaalvennootschappen om een wettelijke reserve aan te houden (al dan niet) op grond van implementatie van de jaarrekeningenrichtlijnen.

6. Uitkeringen

- 6.1** In de artt. 18 tot en met 20 van het Voorstel zijn bepalingen opgenomen ter bescherming van crediteuren van de SUP. De GCV constateert dat die bepalingen aanzienlijk afwijken van de in de BV wetgeving opgenomen regeling.
- 6.2** Een paar niet uitputtende observaties:
- a. de gestelde grens van het eigen vermogen van de netto activa vermeerderd met statutaire (wederom niet ook de wettelijke) reserves is niet relevant. Waar het om gaat is dat de kasstromen van de SUP toereikend zijn om schulden te betalen;
 - b. de verplichte solvabiliteitsverklaring zal leiden tot kostenverhoging;
 - c. de mogelijke aansprakelijkheid van een directeur, zelfs indien uitkeringen later worden terugbetaald, althans het ontbreken van een regresregeling van de directeur op de aandeelhouder.

7. Eén aandeel

- 7.1** Het voorstel gaat uit van één aandeel waarbij de aandeelhoudersrechten slechts mogen worden uitgeoefend door één daartoe aangewezen persoon. Zolang er maar één aandeelhouder is, levert dit geen probleem op. Indien er echter verschillende aandeelhouders zijn door bijvoorbeeld overlijden, echtscheiding van de aandeelhouder of indien een aandeelhouder-rechtspersoon wordt gesplitst en het aandeel niet aan één van de bij de splitsing betrokken rechtspersonen wordt toegekend, ontstaat er discussie over wie de aandeelhoudersrechten mag uitoefenen. Het is onduidelijk of aanwijzing van de persoon die de rechten mag uitoefenen met unanimiteit geschiedt of met meerderheid. Tevens is onduidelijk wat in dat geval de rechten van de verschillende gerechtigden tot het aandeel zijn.
- 7.2** Het voorstel houdt geen rekening met het vestigen van beperkte rechten op het aandeel zoals pand en vruchtgebruik. Dit klemmt des te meer nu in een aantal gevallen vruchtgebruik een wettelijk recht is, bijvoorbeeld bij uitoefening van wilsrechten als omschreven in boek 4 BW.