

**GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT  
("Gecombineerde Commissie")**

**van de**

**Nederlandse Orde van Advocaten**

**en de**

**Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie**

**Advies**

**Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM(2008, 396); Kamerstukken 31 543 (het "Voorstel"))**

**1. Algemene opmerkingen**

- 1.1 Het Voorstel beoogt een nieuwe Europese rechtsvorm te scheppen, de Societas Privata Europaea ("SPE"), die erop gericht is "kleine en middelgrote ondernemingen concurrerender te maken door het hen gemakkelijker te maken zich in de interne markt te vestigen en op deze markt hun bedrijf te uitoefenen". Binnen de Europese Unie (de Gecombineerde Commissie gaat er vanuit dat de EER hier ook onder valt) kennen wij thans reeds drie supranationale rechtsvormen: het EESV, de SE en SCE. Geen van deze drie rechtsvormen is tot nu toe succesvol gebleken. Niettemin meent de Gecombineerde Commissie dat het op zich een mooie gedachte is een Europese rechtsvorm te creëren die in alle landen hetzelfde is. Teneinde dat te bereiken is echter een groot aantal waarborgen vereist, waarvan de Gecombineerde Commissie meent dat hier in het Voorstel in ieder geval niet aan voldaan wordt. Het is zelfs de vraag of hier sowieso wel aan voldaan zal kunnen worden.
- 1.2 Het Voorstel gaat uit van een eenvormige regeling. Naast de Verordening is echter op een aantal wezenlijke onderdelen krachtens het Voorstel nationaal recht van toepassing. Ook heeft het Voorstel onder andere geen betrekking op aangelegenheden op het gebied van arbeidsrecht (hieronder valt kennelijk ook het medezeggenschapsrecht), belastingrecht, verslaggeving en insolventie. Forumshopping (in welk land krijgt de SPE haar statutaire zetel!) en onduidelijkheid over de toepasselijke regelgeving zullen het gevolg zijn. Ondernemers zullen bovendien kiezen voor het land met het eenvoudigste of het meest flexibele rechtstelsel, het laagste aansprakelijkheidsrisico en de laagste kosten.
- 1.3 Een SPE is onderworpen aan de Verordening, alsmede aan haar statuten waar het betreft de aangelegenheden die in een bijlage bij het Voorstel zijn opgesomd. Indien deze aangelegenheden worden geregeld in de statuten lijkt een zekere uniformiteit te ontstaan.

Maar de uniformiteit is betrekkelijk omdat deze aangelegenheden op zeer uiteenlopende wijze statutair kunnen worden ingevuld. Onderwerpen die niet in het Voorstel of krachtens de bijlage in de statuten zijn geregeld blijven onder het toepasselijke nationale recht vallen, hetgeen de uniformiteit ook niet ten goede komt.

Bovendien is de bijlage zeer uitgebreid. Het gevolg daarvan zal zijn dat de adviseurskosten voor het maken van statuten eerder omhoog zullen gaan dan omlaag, hetgeen in tegenspraak is met een van de doelstellingen van het Voorstel, te weten lastenverlichting.

- 1.4 Het Voorstel lijkt aan te geven dat het kiest voor het recht van de statutaire zetel als verwijzingsregel naar het toepasselijke nationale recht. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of deze constatering juist is. Het is de Gecombineerde Commissie niet geheel duidelijk of met "registered office" ook altijd bedoeld wordt op de "statutaire zetel".
- 1.5 Een belangrijk uitgangspunt voor een werkbare Europese rechtsvorm zou, naar de mening van de Gecombineerde Commissie, op basis van wensen zoals die door ondernemers in de praktijk worden geuit moeten zijn dat er zoveel mogelijk sprake is van regeland recht. Het Voorstel gaat thans veelal uit van dwingend recht. De Gecombineerde Commissie realiseert zich dat een keuze voor regeland recht op gespannen voet staat met de wens naar een eenvormige regeling. Een oplossing zou gevonden kunnen worden door te kiezen voor aanvullend recht. Het Voorstel zou bijvoorbeeld uit kunnen gaan van "Model Statuten" voor de SPE, waarvan afwijking mogelijk is. Zo bereikt men een zekere uniformiteit, terwijl anderzijds flexibiliteit wordt gecreëerd.
- 1.6 De SPE kan volgens het Voorstel alleen worden opgericht door natuurlijke personen en EU-lichamen als bedoeld in artikel 48 EG-Verdrag (zie artikel 3 lid 3 van het Voorstel). De Gecombineerde Commissie begrijpt niet waarom op dit punt onderscheid wordt gemaakt tussen natuurlijke personen en rechtspersonen en waarom, wat betreft rechtspersonen, niet EU-ingezetenen niet tot oprichting van een SPE over kunnen gaan. Nu er echter overigens voor overdracht van aandelen, omzetting of fusie geen communautaire grondslag is vereist lijken niet EU-rechtspersonen via deze weg uiteindelijk ook over een SPE te kunnen beschikken. De Gecombineerde Commissie zou dit laatste graag bevestigd zien. Hieruit blijkt ook dat er geen reden is om de kring van oprichters te beperken.
- 1.7 De invoering van de SPE zou tot gevolg moeten hebben dat oprichters kiezen voor de SPE in plaats van een nationale vergelijkbare rechtsvorm. Deze nationale rechtsvormen kennen echter veelal een uitgewerkt systeem van waarborgen ter bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders. Ook al moet worden toegegeven dat deze stelsels in vele EU-landen vereenvoudigd en geflexibiliseerd worden, er blijft een aantal basis beschermingsbeginselen bestaan binnen het nationale toepasselijke recht. Door de invoering van de SPE, die een aantal van deze waarborgen niet kent, zal deze uitgewerkte nationale

basisbescherming voor schuldeisers en minderheidsaandeelhouders verloren gaan, indien daadwerkelijk in grote mate gebruik gemaakt gaat worden van de SPE.

- 1.8 In de Effectbeoordeling (punt 6 van de toelichting bij het Voorstel) worden vier algemene beleidsopties onderzocht om te komen tot de SPE. Daarbij valt kennelijk de mogelijkheid tot het verbeteren van het Statuut van de Europese vennootschap af. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie ten onrechte. Indien de knelpunten in de huidige SE zouden worden opgelost kan de SE zeer wel omgebouwd worden tot een Europese rechtsvorm die geschikt is als Europese besloten vennootschap, een zogenaamde "SE-light". De Gecombineerde Commissie vermoedt dat de procedure tot wijziging van de SE om te komen tot een "SE-light" doelmatiger en sneller is dan de creatie van een nieuwe Europese rechtsvorm.
- 1.9 De formaliteiten bij een SPE voor oprichting, inschrijving, uitgifte en overdracht van aandelen en wijziging van de statuten zijn beperkt. Naar de mening van de Gecombineerde Commissie zouden deze handelingen vanuit overwegingen van rechtszekerheid en misbruikbestrijding met meer waarborgen omkleed moeten worden. Denkbaar is dat hierin voorzien wordt in de Verordening. Een alternatief is dat deze formaliteiten beheerst (blijven) worden door nationaal recht, zodat ook de nationale beschermingsregels in dit kader van toepassing blijven (zie ook 1.7 hiervoor).

## **2. Artikelsgewijs Commentaar**

### **2.1 *Hoofdstuk I: Algemene bepalingen.***

- 2.1.1 Artikel 3 lid 2 geeft naar de mening van de Gecombineerde Commissie een erg ruime uitleg aan het publiek verhandelen van aandelen, als gevolg waarvan een besloten vennootschap al snel niet zal kunnen voldoen aan het vereiste als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub d van de oprichting van een SPE.
- 2.1.2 Naar Nederlands recht zou op de SPE als rechtspersoon een algemene inleidende titel (Algemene Bepalingen) in Boek 2 BW (Rechtspersonen) van toepassing zijn. Hierin wordt o.a. geregeld dat op de verhouding tussen een vennootschap en haar organen de redelijkheid en billijkheid van toepassing is (artikel 2:8 BW) en hoe besluiten kunnen worden vernietigd, bekrachtigd en bevestigd (artikelen 2: 14 en 15 BW). Nu het Voorstel geen vergelijkbare algemene inleidende bepalingen kent vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of deze nationale bepalingen ook voor de SPE gelden, of dat hierop een nog te ontwikkelen Europees recht van toepassing zal worden, met alle onzekerheden die daaraan (voor nog lange tijd) verbonden zullen zijn.

### **2.2 *Hoofdstuk II: Oprichting***

2.2.1 De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of het mogelijk is en zou daar voor willen pleiten, dat ook aanvullende bepalingen krachtens de statuten op de SPE van toepassing zijn. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat terzake van de in bijlage I geregelde onderwerpen in de statuten verwezen wordt naar een buiten de statuten om vast te leggen reglement of besluit?

2.2.2 De formaliteiten voor oprichting en inschrijving van de SPE zouden, zoals hiervoor al is aangegeven, naar de mening van de Gecombineerde Commissie hetzij aan nationaal recht moeten worden onderworpen dan wel anderszins met strenge waarborgen omkleed moeten zijn. Per land zal een bevoegde autoriteit moeten zijn aangewezen die de rechtsgeldigheid van de oprichting kan waarborgen. Voor Nederland zou deze waarborg moeten liggen in de toets door een Nederlandse notaris.

De vraag is verder in hoeverre EU-landen in nationaal verband nadere eisen mogen stellen voor de oprichting van een SPE, zoals bijvoorbeeld in Nederland het vereiste van de verklaring van geen bezwaar af te geven door de Minister van Justitie. Valt dit vereiste binnen artikel 10 lid 4 van het Voorstel? Wat is het standpunt ten aanzien van andere nationale vereisten (bijvoorbeeld repressief toezicht)? Valt de ambtshalve toets die het Handelsregister in Nederland doet hieronder?

2.2.3 Volgens artikel 13 van het Voorstel vallen bijkantoren van een SPE onder het recht van de lidstaat waar een bijkantoor is gelegen. Hierdoor ontstaat een spanningsveld tussen het recht dat op de SPE van toepassing is (het recht van de statutaire zetel) en het recht van een bijkantoor indien dit de hoofdvestiging is. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of dit niet tot problemen respectievelijk forumshopping (ten aanzien van de statutaire zetel) aanleiding zou kunnen geven.

## 2.3 *Hoofdstuk III: Aandelen*

2.3.1 In Nederland is het aandeelhoudersregister niet openbaar. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of de openbaarheidseis uit het Voorstel (artikel 15 lid 3) met het oog op privacy wel voor de hand ligt. Bovendien blijkt uit het Voorstel niet op welke wijze deze openbaarmaking moet plaatsvinden.

2.3.2 In Nederland is uit overwegingen van rechtszekerheid en misbruikbestrijding een notariële akte voorgeschreven voor overdracht en uitgifte van aandelen in een BV (en besloten NV). Het Voorstel eist in dit kader slechts een schriftelijke overeenkomst. De Gecombineerde Commissie meent dat dit geen afdoende waarborg biedt. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn dat op overdracht en uitgifte van aandelen nationaal recht van toepassing blijft. De vraag is bovendien welk recht van toepassing is op de bescherming van derden in geval van een niet geldige verkrijging van aandelen: het toepasselijk recht ten tijde van de overdracht of het toepasselijke recht ten tijde van de gewenste derdenbescherming, dat wil zeggen bij een opvolgende overdracht?

2.3.3 In het Voorstel ontbreekt een regeling inzake de bezwaring van aandelen (pandrecht en vruchtgebruik). Een dergelijke regeling zou wel moeten worden opgenomen, waarin ook de rechten van pandhouders en vruchtgebruikers worden uiteengezet. Dit geldt ook voor de in Nederland, met name bij familiebedrijven, vaak toegepaste constructie van "certificering" van aandelen. Uit de statuten zal dan moeten blijken of houders van certificaten vergaderrechten hebben.

2.3.4 In de artikelen 17 en 18 van het Voorstel wordt een regeling uitgewerkt die lijkt op de geschillenregeling in Nederland. De voorgestelde regeling lijkt een dwingend karakter te hebben. Aandeelhouders zouden echter naar de mening van de Gecombineerde Commissie vrij moeten zijn om een eigen regeling voor geschillen uit te werken.

#### 2.4 *Hoodstuk IV: Kapitaal*

De Gecombineerde Commissie mist regels met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders indien in strijd met de bepalingen in het Voorstel uitkeringen zijn gedaan aan aandeelhouders. Is het de bedoeling dat die aansprakelijkheid wordt geregeld door het toepasselijke nationale recht (met als gevolg dus uiteenlopende aansprakelijkheidsregelingen)? Of is wellicht bedoeld dat de enige sanctie is de terugbetalingsverplichting door de aandeelhouders zoals geregeld in artikel 22? Daarnaast valt het de Gecombineerde Commissie op dat kennelijk statutaire reserves niet uitkeerbaar zijn (zie artikel 21 lid 1), maar dat dit verbod niet geldt voor wettelijke reserves (bijvoorbeeld herwaarderingsreserves).

#### 2.5 *Hoofdstuk V: Organisatie van de SPE*

2.5.1 De Gecombineerde Commissie heeft bezwaren, en ziet daarvoor ook geen redelijk belang, tegen het openbaar maken van bepaalde besluiten van aandeelhouders, als bedoeld in artikel 27 lid 1 (zie artikel 27 lid 6), zoals de besluiten onder a, c, e en k. De Gecombineerde Commissie heeft geen bezwaar tegen het openbaar maken van de gevolgen van andere besluiten, bijvoorbeeld het feit dat een bestuurder is gedefungeerd.

2.5.2 De Gecombineerde Commissie meent dat artikel 14 lid 3 en artikel 27 lid 2 van regeland recht in plaats van dwingend recht zouden moeten zijn. In dit artikel wordt bepaald dat de daar genoemde besluiten altijd een gekwalificeerde meerderheid (2/3) vereisen.

2.5.3 Krachtens artikel 28 hebben aandeelhouders een recht op informatie jegens het bestuur van de SPE. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of dit recht op informatie toekomt aan aandeelhouders individueel of alleen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, als orgaan van de SPE.

- 2.5.4. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom niet ook rechtspersonen, zoals in Nederland gebruikelijk, bestuurder kunnen zijn van een SPE (artikel 30 lid 1), mits uiteraard gewaarborgd is dat een eventuele aansprakelijkheid doorwerkt naar de natuurlijke (achterliggende) persoon.
- 2.5.5. Het is niet duidelijk of in artikel 31 lid 1 waarin voorgeschreven wordt dat een bestuurder zich moet "inzetten voor de belangen van de SPE" bedoeld wordt dat dit belang ook de leidraad moet zijn bij alle bestuursbeslissingen en –handelingen? Bovendien is niet duidelijk of met "de belangen van de SPE" het zogenoemde "vennootschappelijk belang" bedoeld wordt waaronder in Nederland alle bij de vennootschap en haar onderneming betrokkenen wordt verstaan.
- 2.5.6. De Gecombineerde Commissie gaat er van uit dat het in artikel 31 lid 2 bepaalde overeenstemt met het bepaalde in artikel 2:9 BW. Maar daarmee houden de verplichtingen van bestuurders niet op. De Gecombineerde Commissie vindt een bepaling als artikel 2:8 BW (die ook verplichtingen van bestuurders jegens anderen behelst) eveneens wenselijk voor de SPE. Zie ook de opmerkingen in onderdeel 2.1.2.
- 2.5.7. De Gecombineerde Commissie meent dat het bepaalde in artikel 31 lid 3 niet werkbaar is in de praktijk. Bepaalde conflicten als daar bedoeld zijn onvermijdelijk (bijvoorbeeld de situatie dat een bestuurder van een SPE ook bestuurder is van een dochtermaatschappij). Waar het om gaat is dat in een dergelijk geval een regeling bestaat die voorziet in het controleren van dergelijke conflicten.
- 2.5.8. Artikel 31 lid 4 bepaalt dat een bestuurder van een SPE aansprakelijk is voor handelingen of nalatigheden die een inbreuk vormen op verplichtingen die voortvloeien uit de Verordening, de statuten of een aandeelhoudersbesluit en die verlies of schade voor de SPE met zich meebrengen. Naar Nederlands recht zal een bestuurder alleen aansprakelijk zijn indien er sprake is van "ernstige verwijtbaarheid". De Gecombineerde Commissie meent dat het Voorstel een dergelijke nuancering zou moeten aanbrengen dan wel op deze aansprakelijkheid nationaal recht van toepassing verklaren (hetgeen niet ten goede komt van de gewenste uniformiteit).
- 2.6 *Hoofdstuk VI: Werknemerszeggenschap*  
De Gecombineerde Commissie vraagt zich of het begrip werknemerszeggenschap gelijk is aan dat van de definitie onder de medezeggenschapsrichtlijn voor de SE en SCE, kortom de zogenoemde "rechtspersonenmedezeggenschap"? Indien dit inderdaad het geval is zou in artikel 38 ook op eenvoudige wijze een verwijzing kunnen worden opgenomen naar de regeling voor de grensoverschrijdende fusie (10<sup>e</sup> Richtlijn).
- 2.7 *Hoofdstuk X: Slotbepalingen*

De Gecombineerde Commissie zou menen gezien het Europese karakter van de SPE dat inschrijving in een internationaal handelsregister een voorwaarde zou moeten zijn voor oprichting, welk register dan door derden geraadpleegd zou moeten kunnen worden.

Den Haag, 12 september 2008