

Naar een Europese BV?

Het voorstel voor een SPE-Verordening nader bezien in het licht van de SE en enkele recente Europese ontwikkelingen

M.A. Verbrugh¹

1. Inleiding

Op 22 oktober 1959 sprak Piet Sanders zijn rede *Naar een Europese N.V.?*² uit in Rotterdam.² Dit bracht de Europese Commissie ertoe om het idee van een Europese vennootschap, in eerste instantie met behulp van Sanders, verder uit te werken. Nadat de Commissie in 1970 haar eerste voorstel had gepubliceerd, duurde het uiteindelijk tot oktober 2001 voordat de Verordening betreffende het statuut van de Europese vennootschap (*Societas Europaea*; verder: SE-VO) en de bijbehorende Richtlijn tot aanvulling van het statuut met betrekking tot de rol van werknemers een feit waren.³ De SE-VO trad in werking op 8 oktober 2004.

Een belangrijk kenmerk van de SE-VO is dat zij vooral is gericht op grote ondernemingen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de omvang van het vereiste minimumkapitaal van 120.000 euro. Dat past goed bij de tijdgeest waarin het SE-project werd gestart. De laatste jaren richt de Europese wetgever zich echter in toenemende mate op het midden- en kleinbedrijf (verder: het MKB). Een logische gedachte is dan ook om een met de SE vergelijkbare rechtsvorm in het leven te roepen, maar dan gericht op kleine en middelgrote ondernemingen. Die gedachte is ook gevolgd door de Commissie. Op 25 juni 2008 heeft zij een voorstel voor een verordening betreffende het statuut voor een Europese besloten vennootschap (*Societas Privata Europaea*, verder: SPE) openbaar gemaakt.⁴ Bij de totstandkoming van het voorstel heeft de Commissie getracht de SPE te behoeden voor enkele belangrijke nadelen die zijn verbonden aan de SE-VO. Daarbij kan met name worden gewezen op het veelvuldig verwijzen naar nationaal recht bij deze laatste regeling.

Op 10 maart 2009 bracht het Europees Parlement advies uit over het voorstel en diende zij een wetsresolutie in.⁵ Vervolgens besprak de Raad Concurrentievermogen de belangrijkste openstaande discussiepunten op 4 december 2009. Het ging daarbij om de zetel van de SPE, het minimumkapitaal en de rol van werknemers. Nadat bleek dat de Raad geen overeenstemming kon bereiken,⁶ is op 25 maart 2011 een compromisvoorstel van het voorzitterschap gepubliceerd.⁷ Ook daarover bleek de Raad concurrentievermogen, gehouden op 30 en 31 mei 2011, echter geen overeenstemming te kunnen bereiken. Op dit moment is het dan ook onzeker of en zo ja, op welke termijn de verordening betreffende het statuut van een SPE werkelijkheid zal worden.

In deze bijdrage zal het voorstel van de Commissie uit 2008 nader worden onderzocht. Daartoe zal zowel aandacht worden besteed aan de meest karakteristieke elementen van het voorstel, als aan de meest opvallende en/of controversiële onderdelen.⁸ Daar waar het compromisvoorstel belangrijke wijzigingen aanbrengt, zullen ook deze aan de orde komen. Het doel van deze analyse is met name meer inzicht te krijgen in de (vermoedelijke) haalbaarheid van de voorstellen en de voornaamste pijnpunten bloot te leggen. Nu de SE-VO bij de totstandkoming van het voorstel een belangrijke rol heeft gespeeld, zal hieronder allereerst aandacht worden geschonken aan het SE-Statuut. Daarnaast zullen enkele ontwikkelingen in het BV-recht in Europa aan de orde

¹ Mr. dr. M.A. Verbrugh is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Erasmus School of Law.

² P. Sanders, *Naar een Europese N.V.?* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

³ Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PbEU* 2001 L294/1, resp. Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, *PbEU* 2001 294/22.

⁴ Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap, COM(2008) 396/3 van 25 juni 2008. Reeds vanaf het begin van de jaren zeventig van de vorige eeuw zijn de eerste ideeën te vinden over een SPE en nadien zijn – buiten de Commissie om – diverse initiatieven ondernomen om te komen tot een SPE-Statuut. Daarbij moet met name de Franse juriste Boucourechliev worden genoemd. Zie hiervoor verder, N.M. Roetert Steenbruggen, *De Europese BV. Een rechtsvergelijkende studie naar de Societas Privata Europaea, de Societas Europaea en de Flex BV*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, p. 5-8.

⁵ Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 maart 2009 over het voorstel voor een verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap (COM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)).

⁶ Council of the European Union, Press Release, 3-4 December 2009, p. 22; te raadplegen via:

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/111732.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 4 oktober 2011).

⁷ Interinstitutional File 2008/0130 (CNS), document 8084/11, DRS 43, SOC 276. Hieronder zal simpelweg worden gesproken van het compromisvoorstel.

⁸ Het voorstel heeft zowel in Nederland als daarbuiten veel pennen in beweging gebracht. Zie voor Nederland bijv. H.E. Boschma en J.N. Schutte Veenstra, 'De Europese BV: het voorstel voor een SPE-Statuut', *Ondernemingsrecht* 2008-17, p. 604; J. Oostenbrink, 'Op weg naar één Europese bv?' *O&F* 2009-2, p. 69-84 en H. ten Voorde, 'De Europese besloten vennootschap (SPE) in de praktijk', *TOP* 2009-8, p. 287-290. Zie verder de literatuurlijst in Roetert Steenbruggen 2009.

komen. Hoewel het vraagstuk van de rol van de werknemers een belangrijke rol speelt in de discussies, zal deze problematiek in deze bijdrage buiten beschouwing worden gelaten.

2. De Europese naamloze vennootschap

2.1 Inleiding

De Europese vennootschap is, kort gezegd, in het leven geroepen om grote ondernemingen beter in staat te stellen de vruchten te plukken van de interne markt. Zo is in de preambule van de verordening onder meer te lezen dat het onontbeerlijk is dat de ondernemingen waarvan de activiteiten niet louter op de bevrediging van zuiver lokale behoeften zijn gericht, de reorganisatie van hun werkzaamheden op Gemeenschapsniveau⁹ kunnen uitvoeren.

Op het grondgebied van de Gemeenschap kunnen vennootschappen worden opgericht in de vorm van een Europese naamloze vennootschap, aldus artikel 1 SE-VO. De SE is een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en bezit rechtspersoonlijkheid. Elke aandeelhouder verbindt zich slechts tot het bedrag van zijn inbreng in het kapitaal.¹⁰ Voor aangelegenheden als het doen van uitkeringen aan aandeelhouders of het inkopen van eigen aandelen, bevat de verordening geen regeling.

Hoewel de SE tot op heden niet als populaire rechtsvorm kan worden omschreven en sommigen zelfs spreken van een mislukking, neemt het aantal SE's de laatste jaren relatief snel toe in Europa. Vermeldt het rapport van de Europese Commissie van november 2010 naar het gebruik van de SE nog een totaal aantal ingeschreven SE's van 595,¹¹ op 17 oktober 2011 waren er reeds 944 SE's opgericht.¹²

2.2 Toepasselijk recht

Anders dan het oorspronkelijke idee voor een echte supranationale rechtsvorm, waarbij elke opgerichte SE is onderworpen aan dezelfde uniforme regels, speelt nationaal recht een belangrijke rol in de definitieve versie van de verordening. De SE-VO verwijst namelijk op tal van plaatsen naar het nationale NV-recht waar de SE haar statutaire zetel heeft.¹³ De reden hiervan is dat lidstaten het over de inhoud van deze onderwerpen niet eens konden worden. Door de niet te overbruggen discussiepunten uit de verordening te verwijderen en te verwijzen naar nationaal recht, konden deze hobbels bij de totstandkoming van het statuut alsnog worden genomen. Het gevolg is echter dat er in plaats van één SE in de praktijk wel 27 verschillende SE's mogelijk zijn, hetgeen als een groot nadeel van de regeling wordt beschouwd.

Artikel 9 SE-VO biedt een gedetailleerd stappenplan om te bepalen welk recht op de SE van toepassing is. Dat zijn allereerst de bepalingen van de verordening. Vervolgens gelden de bepalingen van de statuten van de SE, wanneer de verordening dit uitdrukkelijk toestaat. Voor aangelegenheden die niet of slechts gedeeltelijk bij de verordening worden geregeld moet allereerst worden teruggevallen op de door de lidstaten vastgestelde voorschriften die specifiek op SE's zijn gericht. Indien ook dat geen soelaas biedt, gelden de voorschriften van de lidstaat die van toepassing zijn op NV's waar de SE haar statutaire zetel heeft. Als laatste stap komen de bepalingen van de statuten van de SE in aanmerking.

2.3 Oprichting

Uit artikel 2 van de SE-VO volgt op welke wijze een SE kan worden opgericht.¹⁴ Als kernvereiste bij alle oprichtingsmodaliteiten geldt dat er sprake moet zijn van een Europese dimensie. Vereist is namelijk dat ten minste twee vennootschappen onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren.¹⁵ Ook hieruit blijkt dat de SE is bedoeld om optimaal gebruik te kunnen maken van de interne markt en daarmee vooral op de grotere ondernemingen is gericht.

De eerste mogelijkheid is oprichting via fusie. Vennootschappen van het NV-type kunnen via fusie een SE oprichten. Het gaat daarbij feitelijk om een grensoverschrijdende fusie, waarbij de verkrijgende vennootschap met de inwerkingtreding van de fusie de rechtsvorm van een SE aanneemt. De tweede mogelijkheid is oprichting van een holding-SE. Deze SE kan zowel worden opgericht door vennootschappen van het NV-type als door vennootschappen van het BV-type. De holding ontstaat doordat de aandeelhouders van de deelnemende vennootschappen (een meerderheid van de) aandelen inbrengen in de SE. Daarvoor in de plaats ontvangen zij aandelen in de SE. Als derde oprichtingsmethode kunnen vennootschappen¹⁶ en andere publiekrechtelijke of

⁹ Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon gaat het om het niveau van de Europese Unie.

¹⁰ Art. 1 lid 2 SE-VO.

¹¹ Zie COM(2010) 676 definitief. Zie verder het Commission Staff Working Document, SEC(2010) 1391 final, 'Ernst&Young: Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (Final Report)' van 9 december 2009 en J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, 'De SE: pro's en con's', *Ondernemingsrecht* 2011-1, p. 23-27.

¹² Zie www.worker-participation.eu.

¹³ Zie bijv. de artikelen 3 lid 1, 10, 15, 18, 53, 61, 63 SE-VO.

¹⁴ Zie voor een uitwerking van de oprichtingsmodaliteiten Titel II (art. 15 e.v.) van de verordening.

¹⁵ Bij oprichting van een holding-SE of een dochter-SE geldt als alternatief vereiste dat elk sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap of een bijkantoor in een andere lidstaat heeft.

¹⁶ Het gaat om vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU. De verordening verwijst nog naar art. 48 van het EG-Verdrag.

privaatrechtelijke lichamen een dochter-SE oprichten. Als laatste kan een SE zelf een of meer dochtervennootschappen in de vorm van een SE oprichten. Daarnaast is het voor een NV mogelijk om in een SE te worden omgezet, indien zij sinds ten minste twee jaar een dochtervennootschap heeft in een andere lidstaat.

2.4 Enkele overige kenmerken

Om een goed beeld te krijgen van het eigen karakter van de SE, kan een beschrijving van enkele overige kenmerken in de verordening niet ontbreken. Allereerst is dat de bepaling in artikel 7 SE-VO. Daarin is bepaald dat de statutaire zetel van de SE in dezelfde lidstaat moet zijn gelegen als het hoofdbestuur. Lidstaten worden met andere woorden verplicht de reële zetelleer toe te passen op de SE, ook als zij voor de nationale rechtsvormen de incorporatieleer zouden hanteren.¹⁷ Nu de meeste lidstaten tot op heden de reële zetelleer hanteren voor hun vennootschappen¹⁸ en deze leer strenger is dan de incorporatieleer, is deze keuze niet echt verrassend. Interessant in dit verband is dat, hoewel het legitieme gebruik van de reële zetelleer nog in december 2009 is (her)bevestigd in het Cartesio-arrest, een aantal landen recent (grotendeels) is overgestapt op de incorporatieleer.¹⁹

Als tweede kenmerk kan worden genoemd de vrijheid die de SE-VO biedt om te kiezen voor een monistisch of een dualistisch bestuursmodel.²⁰ Dat betekent dat ook in landen waar het monistisch bestuursmodel gangbaar is, zoals in het Verenigd Koninkrijk, een SE moet kunnen kiezen voor toepassing van een dualistisch bestuursmodel en in landen waar het dualistisch bestuursmodel gebruikelijk is, zoals in Nederland, een SE moet kunnen kiezen voor toepassing van een monistisch bestuursmodel. In dat licht is het opvallend dat deze keuzevrijheid niet aan lidstaten wordt geboden, maar aan de SE zelf. Een aardig gevolg hiervan is dat alle lidstaten beter bekend raken met deze verschillende stelsels, hetgeen aanleiding zou kunnen zijn om ook aan de eigen rechtsvormen meer flexibiliteit te bieden. Een goed voorbeeld hiervan is Nederland, waar BV's en NV's op korte termijn – vermoedelijk vanaf 1 juli 2012 – ook kunnen kiezen voor een monistisch bestuursmodel.

Als laatste kan worden gewezen op de regeling in artikel 8 SE-VO over grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing. Nu het NV-recht van de lidstaat waar de statutaire zetel is gevestigd een vrij grote rol speelt, biedt deze rechtshandeling de mogelijkheid uit te wijken naar een, wat het vennootschapsrecht betreft, als aantrekkelijker beschouwde lidstaat.²¹ Het betreft hier een vrij unieke regeling, omdat de mogelijkheid voor nationale vennootschappen om over te gaan tot een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing in de praktijk (nog) beperkt is. Weliswaar blijkt uit het Cartesio-arrest dat deze rechtshandeling valt onder het recht op vrije vestiging en dat een lidstaat het vertrek van een vennootschap niet mag belemmeren, door het ontbreken van een geharmoniseerde regeling op Europees niveau bestaat er nog veel onduidelijkheid over de uitwerking van een zetelverplaatsing in de praktijk.

3. Enkele recente ontwikkelingen op het gebied van het BV-recht in Europa

Met name sinds het Centros-arrest,²² waarbij de weigering van de inschrijving van een filiaal van een Engelse *limited* in Denemarken door het Hof van Justitie in strijd werd geacht met het recht op vrije vestiging (art. 49 VWEU), zijn diverse lidstaten bezig (geweest) het recht van de vennootschap van het BV-type (verder: het BV-recht) te hervormen. Door dit arrest werd duidelijk dat ondernemers in Europa vrij kunnen kiezen voor de rechtsvorm uit een lidstaat die hen het meest aantrekkelijk voorkomt. Daarbij is niet vereist dat zij enige activiteit ontplooiën in de lidstaat van oprichting.²³ Nu de Engelse *limited* relatief eenvoudig en snel (via internet) is op te richten, zonder dat bijvoorbeeld een minimumkapitaal is vereist, is vooral deze rechtsvorm aantrekkelijk gebleken voor ondernemers van buiten het Verenigd Koninkrijk.²⁴ Mede om deze trend te keren, zijn diverse lidstaten gestart met het aanpassen van het BV-recht met als inzet deze rechtsvorm (internationaal) aantrekkelijker te maken. Men zou hiermee dan ook kunnen spreken van een zekere mate van concurrentie tussen lidstaten om het meest aantrekkelijke BV-recht.²⁵

¹⁷ Kort gezegd bepaalt de reële zetelleer dat op een vennootschap het vennootschapsrecht van toepassing is waar de werkelijke zetel – veelal het hoofdbestuur – is gevestigd. De incorporatieleer daarentegen knoopt aan bij het land van oprichting. Nu in het laatste geval de werkelijke zetel niet in dezelfde lidstaat als de statutaire zetel hoeft te zijn gelegen, is deze leer minder streng dan de eerste leer.

¹⁸ Sinds het Überseering-arrest weten wij dat lidstaten deze leer niet op buitenlandse vennootschappen mogen toepassen, wanneer de werkelijke zetel op hun grondgebied is gevestigd.

¹⁹ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06. Als voorbeelden van deze lidstaten kunnen worden genoemd Duitsland en Hongarije. Zie voor Duitsland de *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG), welke wet op 1 november 2008 in werking is getreden.

²⁰ Ook wel one-tier en two-tier stelsel genoemd. In het eerste geval kent de SE één bestuursorgaan. In het tweede geval kent de SE naast een leidinggevend, een toezichthoudend orgaan. Zie art. 39 e.v. SE-VO.

²¹ Uit art. 7 SE-VO volgt dat in dat geval ook het hoofdbestuur moet worden meeverhuisd.

²² HvJ EG 9 maart 1999, zaak C-212/97.

²³ Uit het Inspire Art-arrest werd duidelijk dat de lidstaat waar het filiaal zich bevindt in dat geval in beginsel ook geen aanvullende eisen kan opleggen. Zie HvJ EG 30 september 2003, zaak C-167/01.

²⁴ Zie voor een uitgebreid empirisch onderzoek naar het gebruik van de Engelse *limited* door buitenlandse ondernemers, M. Becht, C. Mayer en H.F. Wagner, *Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*, *ECGI Law Working Paper No. 70/2006*, augustus 2007; te raadplegen via http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906066 (laatstelijk geraadpleegd op 6 oktober 2011).

²⁵ Zie hierover verder M.A. Verbrugh, 'Concurrentie van vennootschapssystemen in Europa', *SEW* 2008-7/8, p. 267-278.

Kernbegrippen bij de hervormingen zijn vereenvoudiging en flexibilisering. Daarbij staat vrijheid van inrichting van de vennootschap veelal voorop en gaat relatief veel aandacht uit naar het aanpassen van regels van kapitaalbescherming. Hoewel de doelstellingen van de hervormingen grotendeels vergelijkbaar zijn, verschilt de mate waarin de wijzigingen worden voorgesteld of zijn doorgevoerd per lidstaat. Zo heeft de Nederlandse wetgever er geen enkele moeite mee het merendeel van de regels van kapitaalbescherming, zoals het minimumkapitaal, simpelweg af te schaffen.

Andere lidstaten, zoals Duitsland en België, zijn daar veel voorzichtiger mee. Hoewel ook zij de noodzaak van het (sterk) verlagen of afschaffen van het minimumkapitaal wel inzien, maar tegelijkertijd (nog steeds) geloven in de beschermende werking ervan voor crediteuren, hebben beide landen een creatieve oplossing bedacht. In Duitsland is dat de invoering van de *Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)*. Deze in 2008 nieuw ingevoerde variant van de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* kan zonder minimumkapitaal worden opgericht, maar daar staan wel enkele vereisten tegenover. De belangrijkste eis is dat elk jaar 25% van de winst moet worden gereserveerd, totdat het minimumkapitaal voor de ‘gewone’ *GmbH* van 25.000 euro is bereikt.²⁶ De Belgische wetgever heeft in 2010 een variant van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (bvba) voor starters ingevoerd, te weten de bvba *Starter*. Deze rechtsvorm kan met een kapitaal van 1 euro worden opgericht. Daar staat echter tegenover dat aan het minimumkapitaal van 18.550 euro binnen vijf jaren alsnog moet worden voldaan en dat jaarlijks ten minste een vierde van de nettowinst moet worden ingehouden voor een toekomstige kapitaalverhoging. Daarnaast geldt voor oprichters tot vijf jaar na oprichting een verhoogd aansprakelijkheidsrisico.²⁷ Deze voorbeelden laten goed zien dat lidstaten verschillend denken over de (on)zin van het voorschrijven van een minimumkapitaal.

4. Het voorstel voor een Europese besloten vennootschap

4.1 Inleiding

Het voorstel voor de SPE-VO is gebaseerd op artikel 352 VWEU en is een van de kernonderdelen van de ‘Small Business Act for Europe’ uit 2008. Doel van het voorstel is een nieuwe Europese rechtsvorm te scheppen die erop gericht is kleine en middelgrote ondernemingen concurrerender te maken door het hun makkelijker te maken zich in de interne markt te vestigen en op deze markt hun bedrijf uit te oefenen. Het voorstel heeft ook ten doel de nalevingskosten bij de oprichting en werking van ondernemingen te verminderen welke voortvloeien uit de verschillen tussen de nationale voorschriften voor de oprichting en werking van vennootschappen.²⁸

Evenals de SE is de SPE een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal en bezit zij rechtspersoonlijkheid.²⁹ Groot verschil met de SE is dat de SPE geen aandelen aan het publiek mag aanbieden en dat de aandelen niet openbaar mogen worden verhandeld.

4.2 Toepasselijk recht

In het licht van de kritiek op de SE-VO was een belangrijk streven van de Commissie bij de totstandkoming van het voorstel voor de SPE-VO om zo min mogelijk te verwijzen naar nationaal recht. Daarnaast is het bij de SPE nog belangrijker dan bij de SE om zoveel mogelijk aan het supranationale karakter vast te houden, nu het nationale BV-recht van de lidstaten meer van elkaar verschilt dan het nationale NV-recht. Dat brengt met zich dat zoveel mogelijk onderwerpen in de verordening moeten worden opgenomen. Hiermee neemt echter tevens de kans op aanneming van de verordening af. Zo omvatte ook het oorspronkelijke voorstel voor de SE-VO een nagenoeg uitputtende regeling voor de SE, en is daar verandering in gekomen doordat lidstaten het over onderdelen niet eens konden worden. Zoals hieronder zal blijken, zijn hiervan ook al bij de SPE voorbeelden te vinden, nu het voorzitterschap enkele verwijzingen naar nationaal recht heeft toegevoegd in het compromisvoorstel.

Behalve het streven naar een zo volledig mogelijke verordening, heeft de Commissie nog een manier bedacht om nationaal recht zo veel mogelijk buiten de deur te houden. Deze methode is te vinden in artikel 4 SPE-VO, dat ziet op het toepasselijk recht. Daarin staat allereerst dat de SPE zal zijn onderworpen aan de verordening en, voor zaken die zijn opgenomen in Annex I, aan de statuten van de SPE. Het gaat in Annex I vooral om zaken die verband houden met de interne organisatie van de SPE. Door de onderwerpen te benoemen die in ieder geval moeten worden opgenomen in de statuten wordt bovendien niet alleen de toepassing van nationaal recht vermeden. Hiermee wordt tevens grote vrijheid geboden aan oprichters om de inhoud van deze onderwerpen te bepalen. Wel kan hierbij als belangrijke kritische vraag worden gesteld hoe het zit met de (uniforme) interpretatie van deze bepalingen in de statuten.³⁰

²⁶ Zie art. 5a GmbH-Gesetz.

²⁷ Zie art. 211bis en 212 bis Wetboek van vennootschappen.

²⁸ Aldus de toelichting bij het voorstel, p. 2-3. Daarin wordt tevens opgemerkt dat ruim 99% van de ondernemingen in de EU behoort tot het MKB.

²⁹ Art. 3 SPE-VO.

³⁰ Zie hierover kritisch, J.W. Winter, ‘De paradox van de Europese vennootschap’, in: J.B.S. Hijink (red.), Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders’ Europese NV, Deventer: Kluwer 2010, p. 104-105. Winter merkt op dat dergelijke statutaire bepalingen volstrekt in het luchtledige komen te hangen.

Artikel 4 SPE-VO vermeldt vervolgens dat indien een aangelegenheid niet bij de verordening of bij Annex I is geregeld, de SPE onderworpen zal zijn aan het recht dat van toepassing is op de vennootschap van het BV-type in de lidstaat waar haar statutaire zetel is gevestigd. Nu een uitputtende regeling voor de SPE in de verordening niet haalbaar moet worden geacht, gaat het hier om een logisch vangnet wat betreft het vennootschapsrecht. Daarnaast vallen hier bijvoorbeeld aangelegenheden onder uit het insolventierecht, het arbeidsrecht en fiscale zaken.

Het compromisvoorstel heeft het systeem van het toepasselijke recht iets gewijzigd. In artikel 8 is een opsomming ingevoegd met onderwerpen die in ieder geval in de statuten moeten worden opgenomen, terwijl Annex I nog slechts aangelegenheden bevat waarover bepalingen in de statuten mogen worden opgenomen. Indien daarvan gebruik wordt gemaakt, brengt dat wel het voordeel met zich dat deze bepalingen boven nationaal BV-recht gaan.³¹ Indien men dit vergelijkt met de regeling in artikel 9 SE-VO, kan worden geconcludeerd dat de inhoud van de statuten bij de SPE een belangrijker rol speelt dan bij de SE het geval is.

4.3 Oprichting

De SPE-VO stelt geen beperkingen aan de wijze waarop een SPE kan worden opgericht, aldus de toelichting.³² Artikel 5 SPE-VO somt vijf manieren op waarop dat mogelijk is. Een SPE kan worden opgericht overeenkomstig de verordening, door omzetting van een bestaande vennootschap, door fusie van bestaande vennootschappen of door splitsing van een bestaande vennootschap. Een omzetting, fusie of splitsing is onderworpen aan het nationale recht van de lidstaat waar de rechtshandeling plaatsvindt.

Het compromisvoorstel bevat enkele tekstuele en inhoudelijke wijzigingen van en aanvullingen op artikel 5. Zo wordt de eerste methode als *ex nihilo* aangeduid en komt oprichting door splitsing niet meer voor. Nieuw in het compromisvoorstel is een vrij gedetailleerde uitwerking voor oprichting via omzetting. Zij wordt daarmee niet langer door nationaal recht bepaald, zoals nog wel het geval is bij fusie. Nu de oprichting van een SPE relatief eenvoudig is en fusie nog wel volgens nationaal recht plaatsvindt, is deze supranationale regeling op het eerste gezicht niet evident. Vermoedelijk heeft deze wijziging in het compromisvoorstel te maken met het feit dat er geen geharmoniseerde omzettingsregeling bestaat in de EU en gevreesd werd voor omzeiling van nationale voorschriften

Opvallend is dat bij de oprichting van een SPE niet als eis wordt gesteld dat er sprake is van een Europese dimensie, zoals bij de SE het geval is. Dat brengt met zich dat elke startende ondernemer bij de keuze voor een geschikte rechtsvorm ook de SPE in overweging kan nemen. De SPE zal met andere woorden direct concurreren met nationale rechtsvormen. Mede gezien de grote mate van vrijheid van inrichting bij de SPE en het ontbreken van een minimumkapitaal, kan worden aangenomen dat deze concurrentie niet door elke lidstaat zal worden gewaardeerd. Zo merkt ook de Reflection Group in het rapport over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht op: '[N]ew company forms should be carefully vetted against existing national law so that on the one hand the new forms are as flexible as national companies, and on the other hand the new forms should not intrude on national arrangement.'³³ Nadat het Europees Parlement ten aanzien van dit aspect had aanbevolen dat in ieder geval de intentie zou moeten bestaan om in de toekomst grensoverschrijdend te gaan ondernemen, is op dit punt een wijziging aangebracht in het voorstel voor de SPE-VO. Aan artikel 3 is in het compromisvoorstel toegevoegd dat een SPE een grensoverschrijdend element moet bevatten op het moment van registratie. Dat kan blijken uit de ententie om in een andere lidstaat te ondernemen of uit de doelomschrijving in de statuten. Daarnaast kan als bewijs dienen het bestaan van een filiaal of dochteronderneming in een andere lidstaat of het hebben van een of meer leden in een andere lidstaat. Nu met name aan de eerste twee criteria wel erg eenvoudig kan worden voldaan zonder daadwerkelijk grensoverschrijdend te ondernemen, is de vraag of deze handreiking voldoende is voor alle lidstaten.

4.4 Minimumkapitaal

Een van de meest opvallende en tevens controversiële bepalingen in de SPE-VO is artikel 19 lid 4. Daaruit volgt dat een SPE kan worden opgericht met een geplaatst kapitaal van 1 euro. Dit lage bedrag sluit goed aan bij het bestaande of toekomstige BV-recht van enkele lidstaten. Zo zou de toelichting bij het artikel eveneens afkomstig kunnen zijn uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht' in Nederland. In de toelichting bij artikel 19 lid 4 is te lezen:

'Om het starten van een bedrijf te vergemakkelijken, stelt de verordening het vereiste minimumkapitaal vast op 1 euro. (...). Studies wijzen uit dat schuldeisers tegenwoordig meer oog hebben voor andere aspecten dan kapitaal (zoals kasstroom), omdat die relevanter zijn voor de solvabiliteit. Aandeelhouders-bestuurders van kleine ondernemingen bieden hun schuldeisers (bv. banken) vaak persoonlijke garanties. Ook leveranciers gebruiken andere methoden om hun vorderingen veilig te stellen (...). Bovendien hebben ondernemingen verschillende kapitaalbehoeften al naargelang hun activiteit, waardoor het onmogelijk is om

³¹ Zie art. 4 van het compromisvoorstel. Het artikel is ook wat betreft opbouw wat gewijzigd en komt daarmee meer overeen met de opbouw van art. 9 SE-VO.

³² Toelichting SPE-VO, p. 6.

³³ Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussel, 5 april 2011, p. 29 en 31; te raadplegen via http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 4 oktober 2011).

een kapitaalniveau vast te stellen dat voor alle ondernemingen geschikt is. De aandeelhouders van een vennootschap verkeren in de beste positie om uit te maken hoeveel kapitaal er voor hun bedrijfsactiviteit vereist is.’³⁴

Zoals uit de vorige paragraaf bleek, staat een wettelijk minimumkapitaal van 1 euro echter op gespannen voet met de opvattingen hierover in enkele andere lidstaten. Het verbaast dan ook niet dat dit voorstel niet voor iedereen aanvaardbaar is gebleken. Nadat eerst het Europees Parlement had voorgesteld een minimumkapitaal van 8.000 euro voor te schrijven indien niet in een solvabiliteitstest bij uitkeringen zou zijn voorzien in de statuten, is door het voorzitterschap een ‘echt’ compromis gezocht. Aan artikel 19 is toegevoegd dat lidstaten een hoger minimumkapitaal mogen voorschrijven. Het bedrag mag evenwel niet hoger zijn dan 8.000 euro. Nu ook dit bedrag aanzienlijk lager is dan het bedrag in diverse lidstaten, is de vraag of deze oplossing de eindstreep zal halen.

Daarnaast is in het compromisvoorstel aan de Commissie opgedragen om twee jaar na de inwerkingtreding van de verordening het effect van een in de lidstaten gedifferentieerd minimumkapitaal te onderzoeken. Bij een dergelijk onderzoek zal de meest interessante vraag zijn in hoeverre ondernemers de keuze voor de plaats van de statutaire zetel laten hangen van de omvang van het wettelijk minimumkapitaal. In de volgende paragraaf zal echter blijken dat dit door een andere wijziging in het compromisvoorstel de eerste drie jaren na de inwerkingtreding een minder relevante onderzoeksvraag is geworden.

4.5 Enkele overige kenmerken

Een andere – in het licht van de SE-VO en de huidige stand van het Europese vennootschapsrecht – opvallende en eveneens controversiële bepaling is te vinden in artikel 7 SPE-VO. Daarin is niet slechts bepaald dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur of de hoofdvestiging zijn gelegen in de Gemeenschap, maar is expliciet opgenomen dat de SPE niet verplicht is beide zetels in dezelfde lidstaat te hebben. De reële zetelleer is met andere woorden volledig in de ban gedaan. Gezien de toepassing van deze leer in tal van lidstaten, is deze keuze opvallend. Ook de motivering in de toelichting, dat deze vrijheid voor de SPE in overeenstemming is met het Centros-arrest, snijdt mijns inziens geen hout. In dat arrest gaat het immers om de vrijheid voor ondernemers om gebruik te maken van een nationale rechtsvorm uit een (ander) incorporatieland. Het zal dan ook op dit punt niet verbazen dat een aanpassing in het compromisvoorstel is te vinden. Daarbij is (uiteindelijk) voor de meest voor de hand liggende oplossing gekozen, namelijk de toepassing van nationaal recht. Om de bezwaar makende lidstaten nog verder tegemoet te komen, is bovendien bepaald dat de eerste drie jaren de statutaire zetel en het hoofdbestuur in dezelfde lidstaat zal zijn gelegen.

Wat betreft de bestuursstructuur biedt de SPE-VO nog meer flexibiliteit dan de SE-VO. Zo kan in de statuten het aantal bestuurders worden bepaald en kan worden gekozen voor een monistisch of een dualistisch stelsel. En ook de SPE-VO bevat een uitgebreide procedure voor een grensoverschrijdende statutaire zetelverplaatsing. Het voorstel voor de SPE-VO kent daarnaast tal van onderwerpen die niet voorkomen in het statuut betreffende de SE. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de diverse bepalingen inzake kapitaalbescherming, zoals dividenduitkeringen en inkoop van eigen aandelen.³⁵ Als meer in het oog springende elementen in de SPE-VO kan voorts worden gewezen op de regelingen over uitsluiting en uittreding van aandeelhouders en over de aansprakelijkheid van bestuurders.³⁶ De wellicht meest verrassende aanvulling ten opzichte van de SE is echter artikel 29 SPE-VO. Daarin is een soort enquêteprocedure opgenomen voor aandeelhouders die menen dat sprake is van ernstige inbreuk op de wetgeving of op de statuten van de SPE. Over deze verschillen met de SE kan ik kort zijn: op de regels inzake kapitaalbescherming na zijn zij allen gesneuveld in het compromisvoorstel.

5. Uitleiding

De Europese Commissie heeft in juni 2008 een moedig voorstel voor een SPE openbaar gemaakt. Zij heeft niet alleen getracht de nadelen die de SE-VO kent zoveel mogelijk te ondervangen, maar heeft tevens enkele gewaagde en moderne elementen opgenomen. Gezien de huidige stand van zaken lijkt de Commissie daarin echter te ver gegaan. Geconcludeerd kan worden dat de oorzaak hiervan voor een deel moet worden gezocht in het feit dat diverse onderdelen in het voorstel ogenschijnlijk niet goed aansluiten bij het huidige BV-recht van een aantal lidstaten. Daar komt bij dat de SPE met dit voorstel direct zal concurreren met de nationale rechtsvormen in de lidstaten.

Hoewel het compromisvoorstel aan de belangrijkste kritiekpunten tegemoet komt, is ook hierover geen overeenstemming bereikt. Het lijkt erop dat meer compromissen en verwijzingen naar nationaal recht in de verordening moeten worden opgenomen om te kunnen worden aangenomen. Daarmee zou de uitkomst echter wel eens kunnen worden dat zelfs de voorstanders van een SPE tot de conclusie komen dat het project beter kan

³⁴ Toelichting SPE-VO, p. 8.

³⁵ Zie art. 21 en 23 SPE-VO. Zie voor een kritische analyse van de regels in het voorstel voor dividenduitkeringen, J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, ‘The European Private Company and Capital Protection’, te verschijnen in *European Company and Financial Law Review*.

³⁶ Zie art. 17 en 18, resp. art. 31 SPE-VO.

worden stopgezet. Nu ik persoonlijk positief tegenover het idee van een SPE sta, hoop ik dat een goed en bruikbaar statuut echter alsnog tot de mogelijkheden behoort.