

Hij is er (bijna): de Europese Vennootschap!

Deze bijdrage schetst de contouren van de Europese NV, *societas europeae* (of kortweg: SE), zoals die de komende jaren in alle EU-lidstaten zal kunnen worden opgericht. Ik zal pogen de koudwatervrees weg te nemen en aantonen dat we er een bruikbare, uitermate flexibele rechtsvorm bij krijgen. Vooral de mogelijke bestuursstructuren en de gedachte achter het geven van uiteenlopende opties krijgen hier aandacht.

Stukje historie – een Nederlands initiatief

Dertig jaar geleden had de Rotterdamse hoogleraar Pieter Sanders het lumineuze idee om één Europese vennootschap te creëren. Het mede door Sanders geformuleerde voorstel bleek te ambitieus, vooral vanwege de grote verschillen in regelgeving tussen de lidstaten. Daarom is de Europese Commissie het vennootschapsrecht van de lidstaten eerst via richtlijnen gaan harmoniseren. Deze richtlijnen karakteriseren op dit moment het ‘Europese vennootschapsrecht’. Enkele belangrijke geschilpunten die de Europese geleerden verdeeld hield, zijn stapsgewijs opgelost.

Toen de richtlijnen eind jaren tachtig enerzijds de nodige harmonisatie hadden opgeleverd en anderzijds vastliepen op een aantal principiële kwesties, heeft de Europese Commissie het project voor een SE nieuw leven ingeblazen. Belangrijkste obstakel voor de SE bleek vervolgens de medezeggenschap van werknemers te zijn. Een laatste voorstel, begin jaren negentig, kwam dan ook te vroeg. Pas toen de Engelsen een uitzonderingspositie wisten te verkrijgen voor de (niet-)regulering van hun arbeidsmarkt, ontstond er ruimte voor een richtlijn over de Europese ondernemingsraad. In een volgende stap, over de millenniumwisseling heen, kon de Europese vennootschap worden geregeld. Zoals we de komende jaren zullen zien, is er een tijd van flexibilisering en internationalisering aangebroken. Zo heeft bijvoorbeeld het Italiaanse parlement onlangs (3 oktober 2001) ingestemd met de hoofdlijnen voor een grote herzieningsoperatie van hun rechtspersonenrecht. De SE past goed in die ontwikkeling.

De SE berust op een verordening en op een richtlijn van 8 oktober dit jaar (de teksten zijn te vinden op <http://europa.eu.int/eurllex/nl/search/search_oj.html> onder referenties L 294/1 en L 294/22 jaar 2001). Kort

gezegd regelt de verordening het vennootschapsrecht van de SE en de richtlijn de positie van de werknemers in een SE. Hoewel de verordening pas op 8 oktober 2004 in werking treedt (de dag dat de richtlijn uiterlijk moet zijn geïmplementeerd), zal de Nederlandse wetgever aan de slag moeten. Ik zal hierna alleen ingaan op de richtlijn, waarbij de belangrijkste aspecten zullen worden aangestipt (voor uitgebreidere besprekingen zie het bijzondere nummer *Ondernemingsrecht* 2001-7).

Algemeen

Het praktische voordeel van de SE is dat ondernemingen flexibeler worden. Grensoverschrijdende fusies en pan-Europese activiteiten worden eenvoudiger. De verordening forceert vooral met het oog op de mogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing binnen de EU een doorbraak: het vrije verkeer van personen is nu ook voor rechtspersonen (de SE) een realiteit aan het worden. Voor de SE kiest de ondernemer één set van toepasselijke regels, inclusief jaarverslaggevingsrecht; er geldt voor de gehele EU een eenvormige bestuursstructuur, die overigens op uiteenlopende wijzen kan worden vormgegeven; en het zal niet langer nodig zijn om lokale vestigingen te incorporeren. De administratieve last voor vennootschappen die in sommige lidstaten bestaat, zal met een SE verdwijnen. In principe is het mogelijk de SE te vestigen in het thuisland van de onderneming, mits dat een EU-lidstaat is. Verder acht men het Europese karakter van de SE, dus de ogenschijnlijke onafhankelijkheid van een nationaal recht, een psychologisch voordeel om de SE te gebruiken als rechtsvorm voor joint ventures.

De fiscale behandeling van een SE zal worden gekoppeld aan het bekende begrip ‘vaste inrichting’. De belastingplichtigheid bestaat dus, eenvoudig gezegd, op de plaats waar vennootschappelijk inkomen wordt genoten. Echter, in alle gevallen zal het nu mogelijk worden om fiscale verliezen te compenseren met de winsten op de plaats van de hoofdvestinging.

Wie gewend is met BV's of NV's te werken, mag geen last hebben van koudwatervrees. Ik zal hierna enkele heikle Europese onderwerpen bespreken: het ontstaan en de bestuursstructuur van een SE.

Oprichting, fusie, omzetting, zetelverplaatsing en registratie

De Europese vennootschap kan op uiteenlopende wijzen en op uiteenlopende locaties worden opgericht. De verordening beschrijft deze allemaal.

Wie bereid en in staat is het voorgeschreven minimumkapitaal van 120.000 euro vol te storten, kan een SE oprichten. Veel bepalingen die wij voor de NV (en de BV) kennen, zijn terug te vinden in de verordening voor de SE. Zo is een SE een rechtspersoon, heeft deze statuten, een statutaire en een werkelijke zetel (die zouden moeten samenvallen), een in aandelen verdeeld kapitaal en kent de SE beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders. Als de relevante bepalingen niet in de verordening zelf staan, verwijst deze hetzij naar het nationale NV-recht, hetzij naar relevante EG-richtlijnen. Zo is het nationale kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht van toepassing en gelden de nationale voorschriften voor fusie en oprichting.

De verordening geeft voor de onderscheidenlijke ontstaansoorzaken aanvullende regelingen. Een SE kan ontstaan (art. 2) door fusie van NV-rechtsvormen die onder het recht van verschillende lidstaten ressorteren, door oprichting van een gezamenlijke moedermaatschappij, door oprichting van een gezamenlijke dochtermaatschappij (joint venture), door oprichting door een SE of door omzetting van een nationale NV-rechtsvorm die ten minste gedurende twee voorafgaande jaren een dochtermaatschappij heeft die in een andere lidstaat actief is. De bottom line is dat een SE, met uitzondering van dochter-SE's, via haar groeps- of dochtermaatschappijen actief moet zijn in meerdere lidstaten.

Een SE moet worden geregistreerd in de handelsregisters van de landen waarin deze statutair is gevestigd en het leidinggevende orgaan zetelt. De registratie, en daarmee dus de uiteindelijke oprichting, is pas mogelijk als de medezeggenschap van de werknemers (ook statutair) is geregeld overeenkomstig de richtlijn voor de SE. De onmacht om een aanvaardbare zeggenschapsregeling overeen te komen, of liever gezegd, de onwil om hieraan tijd te spenderen, kunnen een ondernemer ertoe verleiden de nationale rechtsvorm te kiezen.

Bestuursstructuur

De vijfde EG-richtlijn (die nooit richtlijn werd) betrof de organisatiestructuur van de NV-rechtsvormen uit

de lidstaten. Lange tijd bestond discussie over de vraag hoe de functies (taken en bevoegdheden) binnen een NV moesten of mochten worden georganiseerd. Het laatste voorstel voor de vijfde richtlijn gooide alle deuren open: NV's van de lidstaten zouden zowel een dualistische als een monistische bestuursstructuur mogen aannemen. Vooral de bestuursstructuur zoals die in de mediterrane lidstaten gebruikelijk is, leek buiten de boot te vallen. Onder de verordening voor de SE is dat opgevangen.

In feite zijn alle nationale bestuursstructuren mogelijk gemaakt (zie ook J.W. Winter, *Ondernemingsrecht* 2001-7, p. 195-199). Wellicht dat de toenemende behoefte aan flexibiliteit in het internationale rechtsverkeer hieraan heeft bijgedragen. Een Europese rechtsvorm eist dan ook niet een rechtspolitieke keuze tussen de nationale varianten, maar vraagt om het toegankelijk maken van een bekende structuur (want wat de boer niet kent ...). Een gevolg hiervan is, dat iedere multinational in staat zou moeten zijn om met een voor hem bekende organisatiestructuur in andere lidstaten te ondernemen. Laten we eens zien of dat is gelukt.

Monistische of dualistische bestuursstructuur

De verordening biedt ondernemers, niet de wetgever, de vrijheid om te kiezen voor twee bestuursmodellen: een monistische of een dualistische bestuursstructuur. De monistische structurering van vennootschappelijke functies kenmerkt het Angelsaksische recht en is in veel gevallen ook beschikbaar in het Nederlandse vennootschapsrecht en het Duitse GmbH-recht. De dualistische structuur treft men overal in de Europese Unie aan (ook in Nederland en optioneel in de Duitse GmbH), behalve in de Angelsaksische landen. De verordening voor de SE biedt dus voor elk wat wils.

Het monistische bestuursmodel gaat uit van de vereniging van bestuurders ('executive directors') en toezichhouders ('non-executive directors') in één orgaan. De executives zijn belast met het (dagelijkse) management. De non-executives houden vooral het oog op de ontwikkeling en uitvoering van de ondernemingsstrategie op lange en middellange termijn. Als belangrijk voordeel van dit model wordt wel gezien dat deze non-executive toezichhouders nauw zijn betrokken bij het besturen. Niet alleen de toezichhoudende, maar ook de adviserende functie van non-executives komt hierdoor goed tot zijn recht. Een veelgenoemd bezwaar tegen het monistische bestuursmodel zou de geringe onafhankelijkheid van de non-executives zijn.

In het dualistische bestuursmodel zijn de bestuurlijke en de toezichthoudende taken en bevoegdheden organisatorisch gescheiden. Het toezichthoudende orgaan is onafhankelijk van het leidinggevende orgaan, dat verantwoordelijk is voor de dagelijkse gang van zaken. Het moge duidelijk zijn dat de voordelen van het monistische model tegelijkertijd de bezwaren vormen tegen het dualistische ('two-tier board') model, en vice versa. Omdat het vooral gaat om een juiste appreciatie van beide bestuursmodellen, waartussen op zijn best accentverschillen bestaan, moet de functionele invulling denk ik vooral worden gezien tegen de achtergrond van culturele verschillen.

Culturele verschillen en nuancering van functies

Culturele verschillen komen vooral tot uitdrukking in een hiërarchische structurering van taken en bevoegdheden ('machtsafstand') en in opvattingen over individualiteit en collectiviteit van verantwoordelijkheden. Wie de bestuursfunctie (de dagelijkse leiding) beschouwt als een monistisch gegeven (voorbehouden aan het bestuur als geheel), zal menen dat de verantwoordelijkheid hiervoor een collectieve is (differentiatie van verantwoordelijkheden binnen het bestuur is rechtens niet mogelijk). Deze opvatting heeft vooral in Nederland en in mindere mate in Duitsland wortel geschoten, maar is bijvoorbeeld in Frankrijk en Italië bepaald niet vanzelfsprekend. In deze laatste rechtsstelsels kan het leidinggevend orgaan (dat bovendien is onderworpen aan financieel toezicht van de 'commissaires aux comptes' namens de aandeelhouders, en aan sociaal 'toezicht' door de werknemersvertegenwoordiging) bijzondere taken en bevoegdheden, met uitsluiting van de overige bestuurders, toebedelen aan de bestuursvoorzitter ('président-directeur général' ofwel PDG). De verordening staat al deze nuances in de verdeling van verantwoordelijkheden toe.

Met het oog op deze nuancering van vennootschappelijke verantwoordelijkheden bevat artikel 39 lid 1 van de verordening de bepaling dat 'een lidstaat kan voorschrijven dat een lid of leden van het leidinggevend orgaan onder eigen verantwoordelijkheid belast is of zijn met de dagelijkse leiding, onder dezelfde voorwaarde als die welke gelden voor [de betreffende nationale NV-rechtsvormen]'. Deze enigszins curieuze bepaling heeft betrekking op de differentiatie en verdeling van verantwoordelijkheden binnen het leidinggevend orgaan, iets wat bijvoorbeeld de Fransen en Italianen dus goed begrijpen. De regel van artikel 39 lid 1

geldt dan ook alleen voor SE's die hun statutaire zetel op het grondgebied van de betreffende lidstaat hebben.

De algemene vergadering van een SE

Tot de vennootschappelijke organisatie behoort uiteraard ook de algemene vergadering (ook al is de bestuurlijke bevoegdheid functioneel sterk ingeperkt). De bevoegdheden van dit verplichte orgaan van de SE zijn geregeld in een afzonderlijke afdeling, onder dezelfde titel III, die de bestuursstructuren regelt.

De verordening is erg summier over de functie van de algemene vergadering. Alleen voor statutenwijziging, zetelverplaatsing en ontbinding regelt de verordening deze zelf. Voor overige onderwerpen is de wetgeving van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft, doorslaggevend. Voorzover ik weet, kan de (goedkeurings)functie van de algemene vergadering daarom in alle gevallen in de statuten worden verankerd. Wát de externe werking van een goedkeuringsrecht is, hangt vervolgens af van het land van (statutaire) vestiging.

De besluitvorming vindt plaats bij gewone meerderheid en is onderworpen aan de voorschriften 'in de wetgeving inzake NV's van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft'. De algemene vergadering komt jaarlijks ten minste eenmaal bijeen, uiterlijk zes maanden na de afsluiting van het boekjaar (tenzij de betreffende lidstaat een hogere frequentie voorschrijft). Aandeelhouders die ten minste 10% (of zoveel minder als statuten of toepasselijke nationale wetgeving bepalen) van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, kunnen een algemene vergadering bijeenroepen of verzoeken één of meer nieuwe punten op de agenda te plaatsen. Dit is ten opzichte van het Nederlandse recht een kleine verbetering van de positie van de aandeelhouders: de mogelijkheden van het leidinggevende en het toezichthoudende orgaan lijken procedureel minder vertragend te zijn of minstens minder frustrerend (zie in samenhang art. 2:110, 114 en 115 BW).

Slotsom

Door de variëteit aan bestuursmodellen is het gemakkelijker voor ondernemingen uit een lidstaat om activiteiten te ontplooiën in andere lidstaten, zonder daarbij te maken te krijgen met juridische eigenaardigheden uit de beoogde andere lidstaten.

In de praktijk gebeurt het nogal eens dat een buitenlandse cliënt om advies of uitleg komt vragen over het hoe en wat van het Nederlandse vennootschapsrecht

(bekende voorbeelden zijn, naast de functie van commissarissen, die zich moeten richten naar het vennootschappelijk belang, de structuurregeling en het bindend voordrachtsrecht). Op hun beurt verliezen Nederlandse ondernemingen onnodig veel tijd (en geld) met het structureren van hun buitenlandse handel en wandel. (Wie kent niet het wettelijk voorschrift dat een Franse SA zeven aandeelhouders moet hebben, dat de levering van 'aandelen' in een GmbH veel goedkoper bij een Zwitserse notaris kan, of dat Engelse vennootschappen bij vertegenwoordigingshandelingen bestuursbesluiten overhandigen en bij overnames verklaren dat alle aandelen certificaten op naam zijn overhandigd?) Met de SE kan men deze buitenlandse curiositeiten in veel gevallen vermijden. Iedere EU-ondernemer zal dat vanuit zijn eigen perspectief kunnen verwelkomen.

Nu al is duidelijk dat de SE gemakkelijk in het bestaande systeem van rechtspersonen valt in te passen: er zijn veel overeenkomsten en er is een overzichtelijk aantal verbeteringen. Zonder twijfel zal de invoering van de SE het proces van eenwording en verdere flexibilisering van vennootschapswetgevingen in de EU versnellen. Ook om die reden is de introductie van een nieuwe Europese rechtsvorm luid toe te juichen.

*Mr. W.J.H. Wiggers
Allen & Overy*
