

Maakt de Europese BV de huidige BV en de komst van de Flex-BV overbodig?

Inleiding

Op 25 juni 2008 heeft de Europese Commissie een voorstel gepubliceerd voor een verordening waarin het statuut is opgenomen van een nieuwe Europese rechtsvorm: de Europese Besloten Vennootschap (*Societas Privata Europaea*, SPE) (hierna: de Verordening).¹ Het voorstel voor een statuut van de SPE, dat in beginsel 1 juli 2010 in werking zal treden, is toegesneden op de specifieke behoeften van het MKB en maakt deel uit van een maatregelenpakket ter ondersteuning van het MKB, dat bekendstaat als de Europese *Small Business Act*. De SPE is daarmee de vierde rechtsvorm naar Europees recht naast de Europese vennootschap (SE), het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV) en de Europese coöperatieve vennootschap (ECV).

Het doel van deze bijdrage is om aan de hand van een aantal kenmerken van de SPE zoals deze zijn bepaald in de Verordening, een vergelijking te treffen tussen (1) de SPE, (2) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid overeenkomstig het huidige recht (hierna: de Huidige BV), (3) de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid zoals deze eruit komt te zien op grond van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (hierna: de Flex-BV),² en (4) de SE. Aan de hand van deze vergelijking zal ik tot de conclusie komen dat, hoewel de SPE zoals voorgesteld, aantrekkelijk is en voordelen biedt, de Huidige BV en de komst van de Flex-BV hierdoor niet overbodig worden.

Algemene kenmerken van de SPE

Met de SPE beoogt de Verordening het MKB een uniform instrument te bieden waarmee de interne markt toegankelijker wordt en waarmee activiteiten makkelijker naar andere lidstaten kunnen worden uitgebreid.³ De Verordening beoogt verder de administratieve kosten te verminderen die aan de oprichting en de werking van vennootschappen in andere lidstaten verbonden zijn. Hoewel de SPE in beginsel als vennootschap voor het MKB bedoeld is, kan deze vennootschapsvorm ook gebruikt worden voor grotere ondernemingen en concerndochters. Het is niet noodzakelijk dat er bij oprichting van een SPE sprake is van een grensoverschrijdend element. Een vennootschap met haar statutaire zetel in Nederland en haar activiteiten in Nederland kan dus de vorm aannemen van zowel de Huidige BV, de Flex-BV

als de SPE; de SPE vormt daardoor een rechtstreekse concurrent van de Huidige BV of de Flex-BV.

De SPE kenmerkt zich, evenals de Huidige BV en de Flex-BV, als een vennootschap met rechtspersoonlijkheid en een in aandelen verdeeld kapitaal en kent een besloten karakter; de aandelen ervan mogen niet aan het publiek worden aangeboden, of ten beurse worden verhandeld. De SPE is verder, evenals de Huidige BV en de Flex-BV, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid; de aandeelhouders zijn slechts verbonden tot het bedrag van hun inbreng.

Voor wat betreft het toepasselijke recht is de SPE in eerste instantie onderworpen aan de Verordening. Daarnaast is het recht van de staat waar de SPE haar zetel heeft van toepassing (1) wanneer de Verordening dit uitdrukkelijk bepaalt – hetgeen onder meer geldt voor het recht van aandeelhouders om besluiten aan te tasten, voor de aansprakelijkheid van bestuurders anders dan in de Verordening geregeld, voor de procedure van het intrekken van aandelen, voor fusie, splitsing, omzetting en insolventie van de SPE en voor tegenwerpbaarheid van besluiten aan derden; en (2) wanneer een aangelegenheid niet, of niet geheel, door de bepalingen van de Verordening of door Bijlage 1 wordt geregeld. Bijlage 1 bij de Verordening bepaalt welke aangelegenheden in de statuten van de SPE geregeld dienen te worden; de statuten mogen niet in strijd zijn met de bepalingen van de Verordening. Er zijn voldoende aanknopingspunten om ervan te mogen uitgaan dat het de bedoeling van de Verordening is dat de statuten van de SPE, in afwijking van wat voor een SE geldt (namelijk dat de statuten uitsluitend boven de dwingendrechtelijke bepalingen van ons NV-recht gaan indien de SE-verordening daar uitdrukkelijk in voorziet), niet (tevens) door het recht van de staat waar de SPE haar zetel heeft, beheerst worden, tenzij de Verordening of Bijlage 1 dit uitdrukkelijk voorschrijft.⁴ De Commissie heeft zich echter wellicht niet (of onvoldoende) gerealiseerd dat dit betekent dat de statuten van een SPE met zetel in Nederland mogelijkerwijs bepalingen kunnen bevatten die in strijd zijn met dwingend vennootschapsrecht. Zou in de statuten van een SPE bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat aan de bestuurders de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van commissarissen toekomt of dat één bestuurder meer stemmen heeft dan alle andere bestuurders gezamenlijk? Zelfs als dit inderdaad de bedoe-

1. COM(2008) 396 definitief.

2. De vergelijking met de Flex-BV wordt gemaakt op basis van de tekst van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht zoals deze luidt na de nota van wijziging, Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7.

3. Commission staff working document – Impact Assessment COM (2008) 396.

4. Toelichting bij de Verordening; Report with recommendations to the Commission on the European private company statute (2006/2013 (INI)); L. Lennarts & O. Uziuhu-Santcroos, Report on the Conference on the European Private Company, *Societas Privata Europaea* (SPE), held in Brussels, 10 March 2008, *Ondernemingsrecht* 2008, 76.

ling van de Commissie is, is het nog maar de vraag of nationale rechters bereid zijn om deze dwingendrechtelijke Nederlandse bepalingen terzijde te schuiven wanneer een geschil optreedt met betrekking tot een 'Nederlandse' SPE.

De SPE kan in beginsel haar zetel verplaatsen naar een andere lidstaat zonder daarmee haar rechtspersoonlijkheid te verliezen of te moeten worden ontbonden. De verplaatsingsprocedure is geïnspireerd op de in de SE-verordening voorkomende bepalingen betreffende zetelverplaatsing en voorziet in een speciale regeling ingeval een SPE aan werknemersmedezeggenschap is onderworpen.

Nederlandse positie ten opzichte van de Verordening

Het ministerie staat kritisch ten opzichte van de Verordening.⁵ Hoewel Nederland volgens de werkgroep het streven steunt om de grensoverschrijdende mobiliteit van ondernemingen te bevorderen, twijfelt zij of de Verordening voldoende duidelijkheid en rechtszekerheid biedt, in het bijzonder ten aanzien van de verhouding tussen de Verordening en het nationale recht, de geldigheid van besluiten en aandelenoverdrachten en de bescherming van crediteuren, werknemers en minderheidsaandeelhouders.

Oprichting

Elke bestaande vennootschapsvorm naar nationaal recht (besloten of openbaar, met of zonder rechtspersoonlijkheid) of Europees recht (SE, EESV, ECV en SPE) kan als oprichter van een SPE fungeren.

De Verordening legt geen beperkingen op ten aanzien van de wijze waarop een SPE mag worden opgericht. Een SPE mag zelfstandig (*ex nihilo*) worden opgericht, maar mag ook worden opgericht door een bestaande vennootschap om te zetten of te splitsen, of door bestaande vennootschappen te fuseren.

Voor het zelfstandig oprichten van een SPE is voldoende de inschrijving daarvan in het daartoe door het toepasselijke nationale recht aangewezen register, door de oprichtende aandeelhouders of een daartoe gemachtigd persoon. Voor Nederland betekent dit inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (art. 3 van Richtlijn 68/151/EEG). Een verzoek tot inschrijving kan elektronisch worden gedaan. In tegenstelling tot de Flex-BV en de Huidige BV is voor de zelfstandige oprichting van een SPE noch een notariële akte, noch een ministeriële verklaring van geen bezwaar vereist; de Verordening biedt daarmee een snelle(re) oprichtingsprocedure.

Voor de oprichting van een SPE door omzetting, fusie of splitsing van bestaande vennootschappen verwijst de Verordening naar het nationale recht dat geldt voor de omzet-

tende vennootschap, voor elk van de fuserende vennootschappen of voor de splitsende vennootschap. Voor een SPE met haar statutaire zetel in Nederland die wordt opgericht door omzetting, fusie of splitsing, betekent dit dat hiervoor dezelfde bepalingen gelden als voor de Huidige BV en de Flex-BV.

Verder verdient vermelding dat de statutaire zetel en het hoofdbestuur van een SPE in de Europese Gemeenschap dienen te zijn gelegen, maar dat een SPE niet verplicht is haar hoofdbestuur te hebben in de lidstaat waar zij haar statutaire zetel heeft. Dit in tegenstelling tot de SE waarbij dit wel verplicht is.

Kapitaal en aandelen

De Verordening laat de traditionele opvatting los dat een wettelijk minimumkapitaal bescherming biedt voor schuldeisers. De Verordening gaat ervan uit dat schuldeisers tegenwoordig meer kijken naar andere aspecten dan kapitaal (bijvoorbeeld *cash flows*). Om die reden heeft een SPE een aandelenkapitaal dat geheel geplaatst dient te zijn en dat minimaal slechts één euro bedraagt. Eenzelfde redenering zien we terug bij de Flex-BV, waar de gedachte van een verplicht (hoger) minimumkapitaal eveneens is verlaten (het vereiste minimumkapitaal voor de Flex-BV is geschrapt). Bij de Flex-BV geldt verder dat optioneel in de statuten kan worden vastgelegd dat de vennootschap een maatschappelijk aandelenkapitaal heeft. De Huidige BV maakt nog een verplicht onderscheid tussen het maatschappelijk aandelenkapitaal en het geplaatst aandelenkapitaal dat minimaal 18.000 euro bedraagt.

In de statuten dient te worden vastgelegd of de oprichters een inbreng in geld of in natura dienen te verstrekken. Zij mogen vrij beslissen welke vermogensbestanddelen, diensten, enzovoort zij als inbreng op aandelen aanvaarden en wanneer deze inbreng moet worden gestort of verstrekt. In het geval van een storting op aandelen in natura kunnen de statuten optioneel bepalen dat deze storting door een deskundige moet worden gewaardeerd. Bij de Huidige BV geldt nog dat deze waardering van de inbreng door een accountant verplicht is. Bij de Flex-BV zal deze verplichting vervallen. Zowel voor de Huidige BV als de Flex-BV geldt wel de verplichting voor de oprichters (in het geval van inbreng bij oprichting) of het bestuur (in het geval van inbreng na oprichting) om een beschrijving op te stellen van hetgeen wordt ingebracht.

In de statuten van de SPE dient te worden vastgelegd welke geldelijke en niet-geldelijke rechten en verplichtingen aan de aandelen of categorieën aandelen verbonden zijn. Hierbij moet met name worden gedacht aan de deelneming in het vermogen en de winsten van de vennootschap en de aan de aandelen verbonden stemrechten. De Verordening lijkt de uitgifte van stemrechtloze aandelen niet te belemmeren, hetgeen bij de Huidige BV niet mogelijk is, maar bij de Flex-BV straks wel zal zijn toegestaan.

5. Kamerstukken II 2007/08, 22 112, nr. 674 (BNC-fiche).

De statuten van de SPE dienen een regeling te geven voor de procedures (1) tot wijziging van aan aandelen verbonden rechten en verplichtingen, en (2) voor uitgifte en overdracht van aandelen, inclusief daarmee eventueel samenhangende voorkeursrechten, goedkeuringsrechten of andere beperkingen. De statuten van de SPE hoeven geen blokkeringsregeling (inclusief daarbij behorende complicerende prijsbepalingmethoden) te bevatten, die voor de Huidige BV zo kenmerkend is. Bij de Flex-BV zal het opnemen van een blokkeringsregeling in de statuten niet langer verplicht zijn. De SPE kent geen uitkoopregeling zoals die er wel is voor de Huidige BV en de Flex-BV.

Aandelen in de SPE kunnen bij onderhandse akte worden uitgegeven of geleverd, mits de statuten dit toestaan. Aandelen in de Huidige BV en de Flex-BV kunnen uitsluitend bij notariële akte worden uitgegeven of geleverd.

Crediteurenbescherming

Het loslaten van de traditionele opvatting dat bescherming van schuldeisers gezocht moet worden in bescherming van het kapitaal van de vennootschap, zien we behalve bij de minimale verplichtingen voor wat betreft het aandelenkapitaal, ook op andere gebieden bij de SPE terugkomen. Zo zien we dat onderwerpen als *financial assistance*, het verkrijgen van een accountantsverklaring bij storting op aandelen in natura en *Nachgründung*, ten aanzien waarvan voor de Huidige BV allerlei dwingendrechtelijke bepalingen gelden, in de Verordening in het geheel niet aan de orde komen. Ook bij de Flex-BV zien we deze dwingendrechtelijke bepalingen niet (meer) terugkomen. Dit betekent dat crediteuren van de SPE en de Flex-BV meer zijn aangewezen op prudent handelen van bestuurders dan bij de Huidige BV.

Vanuit het oogpunt van crediteurenbescherming bevat de Verordening eenvormige voorschriften voor het doen van uitkeringen aan aandeelhouders uit de activa van de SPE (bijvoorbeeld dividenduitkering, agio-uitkering of inkoop van eigen aandelen). Er mag pas een uitkering worden gedaan indien de SPE aan een balanstest voldoet, namelijk als na de uitkering de activa van de SPE haar verplichtingen volledig dekken. De Verordening kent geen definitie van 'activa' of 'verplichtingen'; in dit verband zijn de desbetreffende jaarrekeningvoorschriften van toepassing.⁶

De statuten van de SPE kunnen optioneel een aanvullende solvabiliteitstest voor het doen van uitkeringen bevatten. Indien de aandeelhouders in de statuten bepalen dat het leidinggevend orgaan vóór het doen van een uitkering een verklaring dient te ondertekenen dat de SPE in staat zal zijn al haar schulden in het kader van de gewone bedrijfsuitoefening te betalen die binnen een jaar na de datum van uitkering vallen (solvabiliteitsattest), dan dienen de statuten

ook de toepasselijke voorschriften te bevatten. Het solvabiliteitsattest dient openbaar te worden gemaakt.

In het geval van de Huidige BV mogen uitkeringen alleen worden gedaan voor zover het eigen vermogen groter is dan het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden (eigen vermogen toets). Voor de Flex-BV geldt dat uitkeringen alleen mogen worden gedaan indien het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet en de statuten dienen te worden aangehouden. Daarnaast geldt dat het bestuur dient in te stemmen met de uitkering. Het bestuur zal alleen dan niet instemmen in het geval het weet of redelijkerwijs voorziet dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Stemt het bestuur in een dergelijk geval toch in, dan zijn de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk ten opzichte van de vennootschap voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Oorspronkelijk was het idee om bestuurders hoofdelijk aansprakelijk te doen zijn voor het gehele bedrag van de uitkering, maar bij de nota van wijziging is bepaald dat de hoofdelijke aansprakelijkheid alleen geldt voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan.⁷

Interne organisatie van de SPE

Besluitvorming door aandeelhouders

De Verordening geeft de aandeelhouders grote flexibiliteit bij het inrichten van de SPE. De Verordening bevat een niet-uitputtende lijst van besluiten die door aandeelhouders genomen moeten worden (al dan niet met een gewone of een gekwalificeerde meerderheid). In de statuten van de SPE dient de wijze van besluitvorming door aandeelhouders geregeld te worden (methode, termijnen, oproepingsvereisten, (gekwalficeerde) meerderheidsvereisten, enz.). De enige beperkingen die hierbij gelden, zijn een aantal specifieke bepalingen in de Verordening met betrekking tot (1) het doen van uitkeringen, en (2) gekwalificeerde meerderheidsvereisten ten aanzien van specifieke aandeelhoudersbesluiten (ten minste twee derde van de stemrechten, maar de statuten mogen voorzien in een grotere meerderheid). Bij de Huidige BV en de Flex-BV beslissen aandeelhouders in beginsel met gewone meerderheid, tenzij bij de wet of de statuten een grotere meerderheid is voorgeschreven.

De Verordening waarborgt twee specifieke minderheidsrechten voor aandeelhouders die ten minste 5% van de aan de aandelen van de SPE verbonden stemrechten vertegenwoordigen: (1) het recht te verzoeken dat een aandeelhoudersbesluit wordt genomen; en (2) het recht de bevoegde rechter of administratieve instantie te verzoeken dat een onafhankelijke deskundige (onder wie een onafhankelijke accountant) wordt aangewezen.

6. Richtlijn 78/660/EEG of Verordening (EG) nr. 1606/2002.

7. Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 7.

Bij de Huidige BV en de Flex-BV kunnen houders van 1% van het geplaatste aandelenkapitaal een verzoek indienen voor het opnemen in de oproeping voor een algemene vergadering van een bepaald agendapunt. Houders van ten minste 10% van het geplaatste kapitaal kunnen een enquête-procedure verzoeken zoals bedoeld in artikel 2:345 BW. Dit geldt ook voor rechthebbenden van aandelen of certificaten met een nominale waarde van EUR 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen (art. 2:346 sub b BW).

Onder bepaalde omstandigheden staat de Verordening de uitsluiting of de uittreding van een aandeelhouder toe. Voor uitsluiting kan men denken aan het geval waarin een aandeelhouder de belangen van de SPE ernstig heeft geschaad, of het aandeelhouderschap nadelig is voor de goede werking van de SPE. Een aandeelhouder mag uit de SPE treden indien de activiteiten van de SPE de belangen van de aandeelhouder ernstig schaden, bijvoorbeeld als gevolg van (1) het verlies van de SPE van een aanzienlijk deel van haar vermogen, (2) de zetelverplaatsing van de SPE naar een andere lidstaat, (3) een ingrijpende wijziging van de activiteiten van de SPE, of (4) het oppotten van dividend gedurende ten minste drie jaar. Ook de Huidige BV en de Flex-BV staan in specifieke omstandigheden vormen van uitsluiting en uittreding toe (art. 2:336 e.v. BW over uitsluiting en art. 2:343 e.v. BW over uittreding).

Leidinggevend orgaan

Ook ten aanzien van de inrichting van het leidinggevend orgaan van de SPE biedt de Verordening een grote vrijheid. Er kan worden gekozen voor een monistisch bestuursmodel (*one-tier*) met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, maar ook voor een dualistisch bestuursmodel (*two-tier*), bestaande uit een raad van bestuur en (optioneel) een raad van toezicht. De statuten dienen bepalingen te bevatten die de samenstelling, organisatie en procedures voor benoeming en ontslag van bestuurders regelen.

Naast het wettelijke dualistisch bestuursmodel is in de praktijk een monistisch bestuursmodel ook voor de Huidige BV en de Flex-BV al mogelijk. Met de komst van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht is tevens de wettelijke grondslag voor dit monistisch bestuursmodel ophanden. Ten aanzien van besluitvorming binnen het leidinggevend orgaan en vertegenwoordiging van de vennootschap door het leidinggevend orgaan, gelden voor de Huidige BV en de Flex-BV dwingendrechtelijke bepalingen (men denke hierbij onder meer aan een wettelijke regeling met betrekking tot tegenstrijdig belang en vertegenwoordigingsbevoegdheid) die voor de SPE niet gelden.

Een in de praktijk belangrijk verschil tussen de SPE enerzijds en de Huidige BV en de Flex-BV anderzijds is dat overeenkomstig de Verordening alleen natuurlijke personen als bestuurder van de SPE mogen worden benoemd. Onder het huidige BV-recht en ook bij de Flex-BV is het mogelijk om tevens rechtspersonen als bestuurder te benoemen. Het

wetsvoorstel Bestuur en Toezicht bepaalt wel dat in het geval er wordt gekozen voor een monistisch bestuursmodel, alleen natuurlijke personen als niet-uitvoerende bestuurder mogen worden benoemd.⁸

De bepalingen in de Verordening ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid zijn beperkt; de Verordening voorziet in de aansprakelijkheid van de bestuurders voor elk verlies of schade die de SPE lijdt, omdat zij inbreuk hebben gepleegd op hun verplichtingen die uit de Verordening, de statuten of een aandeelhoudersbesluit voortvloeien (inclusief het doen van uitkeringen in strijd met de Verordening of de statuten). Voor andere aspecten van de aansprakelijkheid, zoals de gevolgen van een inbreuk op de verplichtingen jegens de vennootschap, wordt door de Verordening terugverwezen naar het toepasselijke nationale recht.

Tot slot

Met de SPE geeft de Verordening de markt een instrument dat de oprichters zeer grote flexibiliteit biedt bij de keuze van de interne vennootschapsorganisatie die het best op hun behoeften en activiteiten is toegesneden, waardoor kostenbesparingen kunnen worden gerealiseerd.

Nu de huidige bedoeling van de Verordening lijkt te zijn dat de statuten van de SPE niet worden beheerst door het toepasselijke nationale recht, biedt de SPE op het gebied van oprichting en inrichting meer mogelijkheden en flexibiliteit dan de Flex-BV en zeker de Huidige BV.

Het feit dat voor een aantal belangrijke onderwerpen wordt terugverwezen naar het op de SPE van toepassing zijnde nationale recht, maakt echter dat de Huidige BV en de komst van de Flex-BV zeker niet overbodig zijn. Daarnaast is het nog maar de vraag of de Verordening in haar huidige vorm stand houdt, of dat dwingendrechtelijke bepalingen van nationaal recht toch een grotere rol zullen gaan spelen. In dat laatste geval bestaat het risico dat de SPE daardoor juist voor het bedrijfsleven weer minder aantrekkelijk wordt.

*Mr. F. van der Steenstraten
Clifford Chance*

8. Kamerstukken II 2008/2009, 31 763, nr. 1-4.