



Oprichting en statuten van de Nederlandse SE (I)

1. Inleiding

Eind november vorig jaar is bij de Tweede Kamer ingediend het voorstel van wet tot Uitvoering van Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (Uitvoeringswet Verordening Europese vennootschap)¹, hierna te noemen: de Uitvoeringswet. Dit wetsvoorstel geeft uitvoering aan de Verordening van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het Statuut van de Europese vennootschap (SE)², hierna te noemen: de Verordening. De uitvoering dient te zijn afgerond op 8 oktober 2004.³ De Verordening schrijft voor dat de SE de rechtsvorm krijgt van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Dat beantwoordt zowel uit een oogpunt van financiering als uit een oogpunt van bestuur, het beste aan de behoeften van vennootschappen die hun activiteiten op Europees niveau uitoefenen. Teneinde te waarborgen dat deze vennootschappen een redelijke omvang hebben, moet een minimum kapitaal worden vastgesteld dat de garantie biedt dat zij over een toereikend vermogen beschikken, zonder dat de oprichting van een SE door kleine en middelgrote ondernemingen wordt bemoeilijkt.⁴ Met betrekking tot bestuur en toezicht heeft de SE de keuze tussen de twee thans in de gemeenschap bestaande verschillende systemen inzake de organisatie van bestuur van naamloze vennootschappen.⁵ Hiermee wordt het zogenaamde dualistisch en monistisch systeem bedoeld, waarop hierna nader wordt ingegaan.

De voorschriften betreffende de rol van de werknemers in de SE vormen het voorwerp van 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 werknemers⁶ (hierna te noemen: medezeggenschapsrichtlijn).⁷ Deze voorschriften vormen een onlosmakelijke aanvulling op de Verordening en moeten gelijktijdig daarmee worden toegepast. Deze richtlijn wordt bij separate wet ingevoerd.⁸ In dit artikel zal niet nader op de medezeggenschap van werknemers van de SE worden ingegaan.⁹

Hiervoor is het europees- en nationaalrechtelijk kader van de SE weergegeven. Hierna zal nader ingegaan worden op de Verordening en de Uitvoeringswet en met name die bepalingen daarin die van belang zijn voor de akte van oprichting en de statuten van een Nederlandse SE.

2. Doel van de SE

De Europese Vennootschap (Societas Europaea (SE)) is bedoeld als middel om grensoverschrijdende herstructureringen mogelijk te maken van ondernemingen waarvan de activiteiten niet louter op de bevrediging van zuiver

lokale behoeften zijn gericht.¹⁰ Aan vennootschappen die onder verschillende lidstaten ressorteren, wordt de mogelijkheid geboden een SE op te richten door een juridische fusie, door oprichting van een holdingvennootschap dan wel oprichting van een gemeenschappelijke dochtervennootschap.¹¹ In dezelfde geest dient het aan een naamloze vennootschap met statutaire zetel en hoofdbestuur in de gemeenschap te worden toegestaan zich zonder ontbinding om te vormen tot een SE, indien deze vennootschap een dochteronderneming heeft in een andere lidstaat dan die van haar statutaire zetel.¹² De SE voorziet ook in de behoefte aan zetelverplaatsing van een vennootschap naar een andere lidstaat zonder dat dit leidt tot ontbinding van die vennootschap. Zo dient de SE de mogelijkheid te hebben haar statutaire zetel naar een andere lidstaat over te brengen.¹³ De Nederlandse wetgever noemt de SE daarom een belangrijk Europees instrument. Door de SE worden grensoverschrijdende activiteiten vergemakkelijkt bijvoorbeeld door de oprichting van een SE via een grensoverschrijdende fusie van vennootschappen en de mogelijkheid van grensoverschrijdende zetelverplaatsing. De lidstaten dienen de SE de keuze te bieden uit verschillende bestuursstructuren (monistische of dualistische stelsel) hetgeen de flexibiliteit van de inrichting van de SE ten goede komt.¹⁴

Of de SE ook daadwerkelijk voor deze doeleinden zal worden gebruikt hangt met name af van de fiscale consequenties van dergelijke grensoverschrijdende fusies en zetelverplaatsingen. De huidige nationale fiscale regels dwingen veelal tot afrekening aan de grens bij dit soort transacties en staan geïntegreerde fiscale behandeling van de SE met vestigingen in verschillende lidstaten niet toe.

1. Kamerstukken II 2003/04, 29309

2. *PbEG* 2001 L 294/1. Zie over de geschiedenis van de Verordening en literatuur hierover: P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, *Van de B.V. en de N.V.*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 151.

3. Zie nader over de SE: H.J. de Kluiver e.a., *De Europese vennootschap (SE)*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004, Deventer: Kluwer 2004.

4. Preambule Verordening, 13^e overweging.

5. Preambule Verordening, 14^e overweging.

6. *PbEG* 2001 L 294/22.

7. Preambule Verordening, 19^e overweging.

8. Wetsvoorstel Uitvoering van richtlijn nr. 2001/86/EG van de Raad van de EU met betrekking tot de rol van de werknemers (Wet rol werknemers bij Europese vennootschappen), *Kamerstukken II* 2003/04, 29298.

9. Zie hierover o.a. A.M. Helstone, "Toekomstige medezeggenschap bij de Europese Vennootschap", *Vennootschap & Onderneming* 2003, p. 178-182.

10. Preambule Verordening, 1^e tot en met 4^e overweging.

11. Preambule Verordening, 10^e overweging.

12. Preambule Verordening, 11^e overweging.

13. Preambule Verordening, 25^{ste} overweging. Zie hierover o.a. H.J. de Kluiver, "De Verordening op de Europese Vennootschap (SE), Haarlemmerolie of levertraan?", *WPNR* (2002) 6481, p. 245-246.

14. *Kamerstukken II* 2003/04, 29203 nr. 3, p. 3. Zie over de bestuursstructuur van de Nederlandse SE nader paragraaf 7.1 van dit artikel (deel II).

Nadere nationale en Europese regelgeving op fiscaal gebied is noodzakelijk.¹⁵

3. Vorm van de Nederlandse SE

De Verordening bevat voorschriften over toepasselijk recht, oprichting, vennootschappelijke structuur, jaarrekening en ontbinding van de SE. Voor de uitwerking van vele onderwerpen wordt teruggevallen op het nationale recht dat van toepassing is op de naamloze vennootschappen in de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft.¹⁶ Daardoor kunnen de voorschriften die op de SE van toepassing zijn per lidstaat verschillen. Dat betekent dat niet gesproken kan worden van <<de>> SE, maar van verschillende meer of minder op elkaar gelijkende SE-vormen. De statutaire zetel van de SE bepaalt van welke lidstaat het recht dat geldt voor naamloze vennootschappen van toepassing is (art. 3 lid 1 Verordening). Zo hebben we in Nederland: de “Europese naamloze vennootschap met statutaire zetel in Nederland”.¹⁷

De Nederlandse wetgever heeft de bepalingen van de Verordening niet in het wetsvoorstel tot uitvoering van de Verordening overgenomen. De Verordening heeft rechtstreekse werking. De uitvoering van de Verordening door de Nederlandse wetgever is beperkt tot die onderwerpen, waar de Verordening aan de lidstaten keuzemogelijkheden biedt tot het aanwijzen van een bevoegde autoriteit of andere aanvullende voorschriften. Ten einde te bepalen welke Europese en nationale regels op de SE van toepassing zijn, dienen derhalve de Verordening, de regels van de Uitvoeringswet en de regels betreffende de naamloze vennootschap in boek 2 BW te worden geraadpleegd, onverlet de voorschriften betreffende de positie van de werknemers van een SE op basis van de medezeggenschapsrichtlijn.

De SE en de structuurregeling

Over de toepassing van de structuurregeling op de SE wordt in de Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet uitvoerig ingegaan.¹⁸ Dit wordt hierna in eigen woorden weergegeven.

Op de SE met statutaire zetel in Nederland zijn de wettelijke voorschriften die gelden voor naamloze vennootschappen van toepassing (artikel 3 lid 1 Verordening), uiteraard voor zover deze niet strijdig zijn met de voorschriften in de Verordening. De regels op grond van de structuurregeling inzake de benoeming van de leden van de raad van commissarissen zijn evenwel niet automatisch van toepassing op de Nederlandse SE. De Verordening heeft als hoofdregel dat de leden van het toezichthoudend orgaan worden benoemd door de algemene vergadering (artikel 40 lid 1 Verordening); een systeem dat uitgaat van benoeming door coöptatie moet hiervoor wijken. Voorts geldt op grond van artikel 13 lid 2 van de medezeggenschapsrichtlijn dat de overeenkomstig het nationale recht geldende bepalingen inzake werknemersmedezeggenschap in de vennootschapsorganen, welke niet tot uit-

voering van de medezeggenschapsrichtlijn strekken, niet van toepassing zijn op SE's. De regels met betrekking tot de rol van de ondernemingsraad in verband met de benoeming van leden van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap worden hiermee, in aanvulling op artikel 40 lid 2 Verordening (zie hierna), expliciet buiten werking gesteld (artikel 2:158-159 BW). Die regels kunnen wel van toepassing zijn wanneer de bijzondere onderhandelingsgroep daartoe overeenkomstig de medezeggenschapsrichtlijn besluit. Ook kunnen die regels van de structuurregeling van toepassing zijn op een Nederlandse SE wanneer één van de oprichtende vennootschappen aan de structuurregeling is onderworpen en de rol van de werknemers wordt bepaald overeenkomstig de referentievoorschriften voor medezeggenschap van de medezeggenschapsrichtlijn (artikel 7 medezeggenschapsrichtlijn en deel 3 van de bijlage bij de medezeggenschapsrichtlijn). Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat een werknemersvertegenwoordiging van een vennootschap die betrokken is bij de oprichting van een Nederlandse SE, er in medezeggenschap op achteruit gaat na de oprichting.

De structuurregeling bevat ook bepalingen die niet rechtstreeks “medezeggenschap” in de zin van de medezeggenschapsrichtlijn betreffen. Dit zijn bijvoorbeeld de regels met betrekking tot de benoeming van bestuurders, de vaststelling van de jaarrekening, een goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten. Voorzover de nationale regeling niet aansluit bij de Verordening, gaat de Verordening voor. Voorzover de toepassing van onderdelen van de structuurregeling op de Nederlandse SE niet afketst op andersluidende bepalingen, is de toepassing volgens de Nederlandse wetgever niet opportuun. Het ligt meer voor de hand, en dit is ook het uitgangspunt van de Uitvoeringswet, om voor de Nederlandse SE aan te sluiten bij het wettelijke regime voor N.V.'s die niet aan de structuurregeling zijn onderworpen. Wel kunnen in de statuten van de Nederlandse SE aan de raad van commissarissen bijzondere bevoegdheden worden toegekend overeenkomstig de structuurregeling. Zo kan in de

15. Zie hierover en over de fiscale aspecten van de SE: J.W. Bellingwout en J.L. van de Streek, “Fiscale aspecten van de Societas Europaea (I)”, *MBB* 2003, p. 337-350, idem, “Fiscale aspecten van de Societas Europaea (II)”, *MBB* 2004, p. 61-79.

16. Zo wordt in artikel 5 van de Verordening bepaald dat het kapitaal van de SE, de instandhouding en de wijziging ervan, alsmede de aandelen, obligaties en andere daarmee gelijk te stellen effecten van de SE, vallen onder de voorschriften die gelden voor naamloze vennootschappen met statutaire zetel in de lidstaat waar de SE is ingeschreven. In artikel 9 van de Verordening wordt onder letter C, ii) en iii) bepaald dat op de SE onder andere van toepassing zijn de wettelijke voorschriften van de lidstaten die gelden voor een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft en in artikel 10 van de Verordening wordt bepaald dat onverminderd de bepalingen van de Verordening een SE in iedere lidstaat wordt behandeld als een naamloze vennootschap die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft.

17. Artikel 2 Uitvoeringswet.

18. *Kamerstukken II* 2003/04, 29309 nr. 3, p. 4, 5 en 6.

statuten van een Nederlandse SE worden bepaald welke handelingen van het leidinggevend orgaan zijn onderworpen aan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan in het geval is gekozen voor het dualistische stelsel. In het geval is gekozen voor het monistische stelsel kan in de statuten worden aangegeven voor welke handelingen het bestuursorgaan een uitdrukkelijk besluit moet nemen (artikel 48 lid 1, alinea 1 Verordening (zie hierna)). De Nederlandse wetgever maakt niet gebruik van de in artikel 48 lid 1, alinea 2 Verordening aan de lidstaten geboden mogelijkheid om in de wet te bepalen dat het toezichthoudend orgaan uit eigen beweging bepaalde categorieën handelingen van het leidinggevend orgaan kan onderwerpen aan zijn goedkeuring in het geval is gekozen voor het dualistische stelsel. Hiervoor is volgens de Nederlandse wetgever een statutaire grondslag vereist, welke op grond van artikel 48 lid 1, alinea 1 Verordening kan worden gerealiseerd. Het zou te ver gaan wanneer het toezichthoudende orgaan uit eigen beweging kan overgaan tot het vergroten van zijn bevoegdheden in verhouding tot het leidinggevend orgaan. Evenmin heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor de in artikel 48 lid 2 Verordening aan de lidstaten geboden mogelijkheid om in de wet voor te schrijven dat bepaalde bestuurshandelingen in elk geval in de statuten moeten worden opgenomen, waarvoor goedkeuring van het toezichthoudend orgaan dan wel een uitdrukkelijk besluit van het bestuursorgaan nodig is. Men zou dan kunnen denken aan een overeenkomstige toepassing van art. 2:164 BW.¹⁹ Maar omdat de regels voor de benoeming van commissarissen krachtens de structuurregeling niet automatisch van toepassing zijn op de Nederlandse SE, ligt het volgens de Nederlandse wetgever niet voor de hand om andere onderdelen van die regeling die leiden tot bijzondere bevoegdheden van de raad van commissarissen toch overeenkomstig van toepassing te verklaren. Wel is bij niet-structuur N.V.'s gebruikelijk een statutaire regeling waarbij al dan niet aansluiting wordt gezocht bij het bepaalde in artikel 2:164 BW. Ook bij de Nederlandse SE kan aan een goedkeuringsrecht invulling worden gegeven via een statutaire regeling. De Nederlandse wetgever eindigt met de conclusie dat voor de uitvoering van de Verordening het uitgangspunt is om aan te sluiten bij de regels voor de "gewone" naamloze vennootschap en derhalve niet van een structuurvennootschap. De toepassing van de bepalingen van de structuurregeling die niet uitdrukkelijk door de Verordening of door de Uitvoeringswet worden "gemaakt", verdraagt zich niet met het systeem van de Verordening en de Uitvoeringswet.

4. Oprichting en oprichters van de Nederlandse SE

Op de oprichting van de Nederlandse SE zijn de regels die gelden voor naamloze vennootschappen van toepassing.²⁰ De Nederlandse SE verkrijgt pas rechtspersoonlijkheid na inschrijving in het handelsregister.²¹

Oprichting van een Nederlandse SE kan plaatsvinden door:

1. juridische fusie;
2. oprichting van een holding-SE;
3. oprichting van een dochter-SE (artikel 1 leden 1, 2 en 3 Verordening).

Daarnaast kan een naamloze vennootschap die overeenkomstig het recht van een lidstaat is opgericht en haar statutaire zetel en hoofdbestuur in de gemeenschap heeft, in een SE worden omgezet (artikel 2 lid 4 Verordening).

Oprichters van een Nederlandse SE via juridische fusie kunnen alleen naamloze vennootschappen zijn (artikel 2 lid 1 Verordening). Ten minste twee van die vennootschappen dienen onder het recht van verschillende lidstaten te ressorteren.²²

Een Nederlandse holding-SE kan worden opgericht door naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen (artikel 2 lid 2 Verordening). Ten minste twee van die vennootschappen dienen:

- a. onder het recht van verschillende lidstaten te ressorteren; of
- b. elk sinds ten minste 2 jaar een dochtervennootschap te hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert, dan wel een vestiging die in een andere lidstaat is gelegen.

Een Nederlandse dochter-SE kan worden opgericht door vennootschappen in de zin van artikel 48, tweede alinea, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (dat zijn: maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of vennootschappen en overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen die geen winst beogen), alsmede andere publiekrechtelijke of privaatrechtelijke lichamen (artikel 2 lid 3 Verordening). Ten minste 2 van die vennootschappen dienen:

- a. onder het recht van verschillende lidstaten te ressorteren; of
- b. elk sinds ten minste 2 jaar een dochtervennootschap te hebben die onder het recht van een andere lidstaat ressorteert, dan wel een vestiging die in een andere lidstaat is gelegen.

De hiervoor bedoelde oprichtende vennootschappen moeten alle zijn opgericht overeenkomstig het recht van een lidstaat en hun statutaire zetel in de gemeenschap hebben. Voor de oprichting van een Nederlandse SE is niet vereist dat de oprichtende vennootschap ook het hoofdbestuur in de Gemeenschap heeft.

19. Zie ook artikel 2:107a BW in het wetsvoorstel Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de structuurregeling, *Kamerstukken II* 2002/03, 28179.

20. Artikel 15 lid 1 Verordening.

21. Artikel 16 lid 1 Verordening. Artikel 6 Uitvoeringswet wijst als register voor de inschrijving van de Nederlandse SE of van een Nederlandse vestiging van een Europese naamloze vennootschap aan het handelsregister bedoeld in artikel 2 Handelsregisterwet 1996.

22. Zie over oprichting van een SE via juridische fusie nader P.J. Dortmond, "De Europese Vennootschap en juridische fusie", *Ondernemingsrecht* 2001-7, p. 190-193.

In de Uitvoeringswet is bepaald dat ook een vennootschap die haar hoofdbestuur niet in de gemeenschap heeft, kan deelnemen aan de oprichting van een Nederlandse SE mits zij overeenkomstig het recht van een lidstaat is opgericht, haar statutaire zetel in die lidstaat heeft en een daadwerkelijk en duurzaam verband met de economie van een lidstaat heeft (artikel 2 Uitvoeringswet).²³ De economische band hoeft volgens de Nederlandse wetgever niet te bestaan met de lidstaat van oprichting; het kan ook een andere lidstaat betreffen. In het algemeen is van een daadwerkelijk en duurzaam verband sprake wanneer een nevenvestiging van de vennootschap in de gemeenschap is gevestigd of wanneer de gemeenschappelijke markt één van de belangrijkste afzetgebieden is.²⁴

Een SE kan zelf ook één of meer dochtervennootschappen in de vorm van een SE oprichten (artikel 3 lid 2 Verordening).

In dit artikel zal niet nader worden ingegaan op de wijze van oprichting van een Nederlandse SE en wordt volstaan met een verwijzing naar de hiervoor geldende voorschriften in Afdeling 2 (Oprichting van een SE via fusie), Afdeling 3 (Oprichting van een holding-SE) en Afdeling 4, (Oprichting van een dochter-SE) van de Verordening.

5. Naam en zetel van de Nederlandse SE

Artikel 11 lid 1 Verordening schrijft voor dat de naam van de SE wordt voorafgegaan of gevolgd door de letters "SE". Lid 2 bepaalt dat alleen SE's de letters "SE" in hun naam mogen dragen.

Op grond van artikel 7 Verordening moet de statutaire zetel van de SE binnen de gemeenschap zijn gelegen, in dezelfde lidstaat als het hoofdbestuur. De Nederlandse wetgever maakt geen gebruik van de in de tweede zin van laatstgenoemde bepaling aan de lidstaten geboden mogelijkheid om voor te schrijven dat de Nederlandse SE haar statutaire zetel en haar hoofdbestuur op dezelfde plaats moet hebben.²⁵ Dit is gedaan om de vrije keuze van een vestigingsplaats en de mogelijkheid om daarin een wijziging aan te brengen, niet onnodig te beperken.

Indien het hoofdbestuur van de Nederlandse SE buiten Nederland is gevestigd, kan de Nederlandse SE op verzoek van het Openbaar Ministerie van Justitie worden ontbonden door de rechtbank. Alvorens tot ontbinding

over te gaan, dient de Nederlandse SE in de gelegenheid te worden gesteld om binnen een bepaalde termijn de situatie te regulariseren door ofwel het hoofdbestuur weer in Nederland te vestigen ofwel op grond van artikel 8 Verordening de statutaire zetel te verplaatsen naar de lidstaat waar het hoofdbestuur is gevestigd (artikel 18 Uitvoeringswet).²⁶

De autoriteiten van de lidstaat die constateert dat een SE haar hoofdbestuur op haar grondgebied heeft in inbreuk op artikel 7, stellen de autoriteiten van de lidstaat van de statutaire zetel daarvan onverwijld in kennis (artikel 64 lid 4 Verordening). Voor Nederland is als autoriteit hiertoe aangewezen het hoofd van het ressortsparket te Amsterdam (artikel 22 Uitvoeringswet).

6. Kapitaal en aandelen van de Nederlandse SE

Artikel 1 lid 2 Verordening bepaalt dat een SE een vennootschap is met een in aandelen verdeeld kapitaal. Het kapitaal van de SE luidt in euro (artikel 4 lid 1 Verordening). Het geplaatst kapitaal bedraagt ten minste 120.000 euro (artikel 4 lid 2 Verordening). Over een minimum gestort kapitaal zwijgt de Verordening. Aangenomen moet worden dat Nederlandse wetgever heeft gekozen om het gestort kapitaal ad € 45.000,- in art. 2:67 lid 3 BW te handhaven.²⁷

Voor het overige (kapitaal, instandhouding en wijziging daarvan, de aandelen, obligaties en andere daarmee gelijk te stellen effecten) gelden de nationale voorschriften voor naamloze vennootschappen (artikel 5 Verordening).

*Mr. W. Bosse**

wordt vervolgd

* Notaris te Amsterdam.

23. Daarmee maakt de Nederlandse wetgever gebruik van de optie die wordt gegeven in artikel 2 lid 5 Verordening aan lidstaten die thans reeds bestaan dat het hoofdbestuur van een vennootschap – die naar het recht van een lidstaat is opgericht – zich in een ander land bevindt.

24. *Kamerstukken II 2003/04, 29309*, nr. 3, p. 7.

25. *Kamerstukken II 2003/04, 29309*, nr. 3, p. 7 en 8.

26. Hiermee geeft de Nederlandse wetgever uitvoering aan het bepaalde in artikel 64 Verordening.

27. In deze zin P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 151 en M. van Olfen, "De Europese NV; kapitaal- en aandelenstructuur", *Ondernemingsrecht 2001-7*, p. 194.